



**HAL**  
open science

## Le standard juridique

Marie Zaffagnini

► **To cite this version:**

Marie Zaffagnini. Le standard juridique : Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats. Droit. Université côte d'azur, 2022. Français. NNT: . tel-04485761

**HAL Id: tel-04485761**

**<https://hal.science/tel-04485761>**

Submitted on 1 Mar 2024

**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.



# THÈSE DE DOCTORAT

## Le standard juridique

Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats

**Marie ZAFFAGNINI**

(CERDP - UPR 1201)

Présentée en vue de l'obtention du  
grade de docteur en droit  
d'Université Côte d'Azur

Dirigée par : M. Mathias LATINA,  
Professeur, Université Côte d'Azur

Soutenu le : 3 octobre 2022

Devant le jury, composé de :

**Mme Sandrine CHASSAGNARD-PINET**

Professeur, Université de Lille

**M. Thomas GENICON**, Professeur,

Université Paris II, Panthéon-Assas

**M. Dimitri HOUTCIEFF**, Professeur,

Université d'Évry Val d'Essonne (Paris-  
Saclay)

**M. Mathias LATINA**, Professeur, Université  
Côte d'Azur

**Mme Eva MOUIAL-BASSILANA**, Professeur,  
Université Côte d'Azur

**Mme Judith ROCHFELD**, Professeur,

Université Paris I, Panthéon-Sorbonne



# LE STANDARD JURIDIQUE

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE À L'ÉPREUVE DU DROIT DES CONTRATS

*Jury :*

## **Président du Jury**

Mme le Professeur Judith Rochfeld (Université Paris I, Panthéon-Sorbonne)

## **Rapporteurs**

Mme le Professeur Sandrine Chassagnard-Pinet (Université de Lille)

M. le Professeur Thomas Genicon (Université Paris II, Panthéon-Assas)

## **Examineurs**

M. le Professeur Dimitri Houtcieff (Université d'Évry Val d'Essonne – Paris - Saclay)

Mme le Professeur Eva Mouial-Bassilana (Université Côte d'Azur)

*Directeur :* M. le Professeur Mathias Latina (Université Côte d'Azur)



## **Le standard juridique, Essai d'une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats**

---

### **Résumé**

*Le standard juridique, longtemps considéré comme une notion indéterminée à la technicité molle et à la variabilité menaçant la sécurité juridique, méritait pourtant d'être réhabilité. Son usage croissant par le législateur, sa capacité à adapter le droit aux contingences contemporaines le rendait effectivement digne d'intérêt. Les définitions qui avaient été proposées et retenues par une majorité l'avaient, pourtant, réduit à la qualité de notion indéterminée générique et ainsi confondu tour à tour avec la notion-cadre, le principe juridique ou les simples adjectifs et adverbess intégrés dans la règle. Il est apparu, dans cette perspective, que la classification des standards sous le prisme de l'idée de normalité, elle-même particulièrement confuse et abstraite, obscurcissait davantage une notion déjà en déficit de concrétisation. La voie que nous avons choisi de suivre était donc celle de la réobjectivation d'une technique juridique vieille et riche de plusieurs millénaires. Appréhendé par l'intermédiaire d'une méthode réductionniste, le standard juridique a été redéfini comme une sous-directive, dépendante et référée, d'application d'une directive référentielle, dotée de deux caractères dynamiques : sa capacité d'objectivation et de concrétisation. Cette définition, au carrefour d'une approche fonctionnelle et conceptuelle, devait subir l'épreuve de sa mise en oeuvre. C'est au droit des contrats que nous avons décidé de soumettre notre essai théorique. À la fois en quête de prévisibilité et de liberté, le contrat est le creuset d'antagonismes réfléchis. Le standard juridique, instrument à sa juste mesure, a ainsi été décrit comme le vecteur prépondérant d'objectivation et de concrétisation du principe d'équilibre contractuel interne et externe au contrat.*

**Mots clés :** *Standards, Principes, Notions-cadre, Référentiel, Équilibre contractuel, Sous-directive*

## **The legal standard, Essay of general theory to the test of contract law**

---

### **Abstract**

*Long considered as an indeterminate concept with weak technicality and a variability threatening legal certainty, the legal standard deserves to be rehabilitated. Indeed, its growing use by the legislator and its ability to adapt the law to contemporary contingencies made it worthy of interest. The definitions that had been proposed and retained by a majority had, however, reduced it to the quality of a generic indeterminate concept, thus confused alternately with principles or adjectives and adverbs integrated into the rule. It appeared, in this perspective, that the classification of standards under the prism of the idea of normality, in itself particularly equivocal and abstract, further obscured a concept already in need of concretization. The path we chose to follow was therefore the reobjectification of a rich legal technique dating back several millennia. Apprehended through a reductionist method, the legal standard is redefined as a sub-directive, dependent and referred, applying what ought to be regarding a superior referential directive, and composed of two dynamic characteristics: its ability of concretization and objectivation. This definition, at the crossroads of a functional and conceptual approach, had to undergo the test of its practical application. It is in contract law that we have decided to submit our theoretical essay. Both in search of predictability and freedom, the contract is the crucible of pragmatic antagonism. The legal standard, an instrument in its proper measure, is described as the preponderant vector of objectification and concretization of the principle of an internal and external contractual balance.*

**Keywords :** *Standards, Principles, Guiding-concepts, Referential, Contractual balance, Sub-directive*



*L'Université n'entend donner aucune approbation ou improbation  
aux propos tenus dans la présente thèse.  
Ceux-ci sont propres à leur auteur.*





## REMERCIEMENTS

---

*La thèse est œuvre de l'esprit, elle le met à l'œuvre aussi bien qu'à l'épreuve. Pénétrer, avec humilité, la pensée de tant d'auteurs et parcourir, sans perdre confiance, les méandres de la sienne propre, telle était la tâche à accomplir. Cette quête de clarté aurait été bien plus rude et bien moins enthousiasmante sans l'aide et le soutien de mes compagnons de route. Qu'ils aient été de passage, ou opiniâtres, prêtant leurs forces jusqu'au bout du voyage, je souhaitais, par ces quelques mots, infiniment les remercier.*

Avec l'expression de ma profonde reconnaissance au Professeur Mathias Latina qui, par des conseils justes et avisés, un investissement et une bienveillance sans failles, m'a permis de surmonter les obstacles et les difficultés avec conviction et sérénité.



## TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

---

Al.	Alinéa
AP	Assemblée plénière
APD	Archives de Philosophie du droit
Art.	Article
Bull. AP	Bulletin de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin civil
Bull. ch. mixte	Bulletin de la chambre mixte de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMF	Code monétaire et financier
CNTRL	Centre national des ressources textuelles et lexicales
Com.	Chambre commerciale
CPC	Code de procédure civile
Crim.	Chambre criminelle
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz
Dr. et patr.	Revue droit et patrimoine
Dr. soc.	Revue droit et sociétés
Fasc.	Fascicule
Gaz. pal.	Gazette du Palais
J.-Cl.	Jurisclasseur
JCP E	Semaine juridique édition entreprises
JCP G	Semaine juridique édition générale
JCP N	Semaine juridique édition notariat

JO	Journal officiel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
N°	Numéro
Obs.	Observation
Op. cit.,	Opus citatum
P.	Page
Préc.	Précité
PUF	Presses universitaires de France
RDA	Revue de droit des affaires
RDC	Revue de droit d'Assas
RDC	Revue de droit des contrats
RDT	Revue de droit du travail
Rép. civ.	Répertoire de droit civil
Rép. com.	Répertoire de droit commercial
Rép. trav	Répertoire de droit du travail
Req.	Requête
Rev.	Revue
RIDC	Revue de droit international comparé
RTD. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD. eur.	Revue trimestrielle de droit européen
Soc.	Chambre sociale
Spéc.	Spécialement
T.	Tome
Th.	Thèse
Trad.	Traduction
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
V.	Voir
Vol.	Volume





## SOMMAIRE

---

*Chapitre Préliminaire. L'imperfection des approches contemporaines du standard juridique*

### PREMIÈRE PARTIE

#### LE STANDARD JURIDIQUE : SOUS-DIRECTIVE D'APPLICATION D'UNE DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE

*Titre premier. La nature du standard*

Chapitre I. Une sous-directive

Chapitre II. Une sous-directive inscrite dans un rapport d'application

*Titre second. Les caractères du standard*

Chapitre I. La détermination des caractères propres

Chapitre II. L'incidence des caractères propres

### SECONDE PARTIE

#### LE STANDARD CONTRACTUEL : SOUS-DIRECTIVE D'APPLICATION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

*Titre premier. L'identification de la directive référentielle dans le contexte contractuel*

Chapitre I. La réfutation de la bonne foi et du raisonnable

Chapitre II. La détermination du principe d'équilibre contractuel

*Titre second. L'application de la directive référentielle par le standard contractuel*

Chapitre I. L'application de l'équilibre interne

Chapitre II. L'application de l'équilibre externe





## INTRODUCTION

---

I. L'impératif contemporain de la technique du standard – II. L'origine et l'étymologie du standard juridique – III. Une catégorie générique à réhabiliter – IV. Une démarche renouvelée – V. Annonce de plan.

*« Beaucoup d'actes immoraux se commettent au nom de l'intérêt public : on cite un chef d'armée qui, après être convenu avec l'ennemi d'une trêve de trente jours, ravageait de nuit son territoire parce que, disait-il, le pacte conclu s'appliquait aux jours, non aux nuits. Mais dès lors, la manière d'arbitrer ce dilemme ne dépend plus de la règle elle-même, mais d'une posture éthique d'application de la règle. Et cette éthique se situe entre deux excès dogmatiques : le primat absolu de la **sécurité juridique** au détriment des **valeurs poursuivies**, le primat absolu des valeurs au détriment de la sécurité juridique. En bref, l'une travaille l'autre selon une tension dynamique, qui conjoint la contingence des cas à l'abstraction de la formulation normative »<sup>1</sup>.*

### *I. L'impératif contemporain de la technique du standard*

**1. Entre sécurité et valeurs, l'impérativité du standard.** Au cœur des législations modernes, les standards juridiques ont acquis un caractère essentiel et « *indépassable* »<sup>2</sup>. Capables, contrairement aux règles abstraites et rigides, de « *s'adapter (...) à ce qui est individuel* »<sup>3</sup>, ils feraient contrepoids, par leur mise en œuvre, à la raideur de l'arsenal

---

<sup>1</sup> MAZABRAUD B., « Dernières nouvelles de l'équité », *Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les valeurs du magistrat*, pp. 33-44, spéc. p. 42.

<sup>2</sup> V. notamment : NAVARRO J.-S., « Standards et règles de droit », *RRJ* 1988-4, p. 846 : « *Les standards (comme tous les auteurs le soulignent) sont non seulement utiles mais également indispensables, non seulement en tant qu'expression de la dimension axiologique du droit mais encore en tant que technique juridique* » ; TUNC C., « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC* 1970, n° 22-2, p. 250 ; CARBONNIER J., « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in PERELMAN CH., VANDER EST R., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99 et s. ; PERELMAN CH., « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in PERELMAN CH., VANDER ELST R., (dir.), *op. cit.*, LGDJ, 1984, p. 132.

<sup>3</sup> PATTARO E., « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique », *RRJ* 1988-4, p. 815.

normatif plus classique, jugé incompatible avec la mouvance du réel<sup>4</sup>. Aussi le standard juridique est-il utilisé comme « *exemple significatif dans le domaine moral et juridique de reviviscence (...) d'anciens thèmes (comme) ceux de la prudence ou de la sagesse du jugement et de l'esprit* »<sup>5</sup>. Il permettrait alors au juge « *de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte* »<sup>6</sup>. Celui-ci recourrait aux standards précisément dans la mesure où certaines règles sont parfois inadaptées aux cas qui lui sont soumis, au point, paradoxalement, d'être sources d'iniquités<sup>7</sup>. Or, à notre époque, semblent prévaloir des valeurs qui, « *dans l'esprit de beaucoup de juristes, s'identifient à la justice : la prévisibilité, l'impartialité, l'égalité devant la loi, l'absence d'arbitraire des juges* »<sup>8</sup>. À la règle rigide est assurément prêtée la vertu de préserver la sécurité juridique en bridant la liberté d'interprétation d'une autorité judiciaire souvent soupçonnée de s'arroger des prérogatives du pouvoir législatif. Dès la seconde moitié du XIXe siècle, le *formalism*<sup>9</sup> s'impose, d'ailleurs, en droit américain, fondant un système légal visant à la complétude et à l'universalité conceptuelle. Le droit se veut dès lors abstrait, objectif et prévisible, afin de garantir, notamment, les intérêts industriels et commerciaux. Il n'en demeure pas moins que, sur le terrain, le juge continue d'avoir pour mission d'être un acteur d'une justice équitable, flexible, humaine. Le standard, « *au même titre que l'équité* », interviendrait alors « *en qualité d'auxiliaire du droit légiféré* »<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> NÉRON S., « Le standard, un instrument juridique complexe », *art. cit.*, JCP G 2011, n° 38, doct. 1003 : « *Le standard issu de l'école sociologique du droit est un instrument flexible au service du juge, opposé à la règle assimilée à du droit rigide* ».

<sup>5</sup> WROBLESKI J., « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit », *RRJ* 1988-4, p. 865.

<sup>6</sup> STATI M.O., *Le standard juridique*, E. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, Paris, 1927, p. 244.

<sup>7</sup> v. aussi : FISCHER J., *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p. 340, n° 342 et s.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> NÉRON S., *art. cit.*, JCP G 2011, n° 38, doct. 1003 : « *Ce courant juridique se caractérise par son "aspiration à ce que le système légal devienne complet à travers la formalité universelle et universellement formel à travers l'ordre conceptuel". Selon le doyen Langdell, le Droit est une science exacte qui fonctionne par l'analogie. Il est par nature utilitaire, prévisible, objectif, immuable, extrinsèque au climat social et étranger à la politique. Le juge doit appliquer ce qu'est le Droit – law that is – et non ce que le Droit devrait être – law that ought to be –. Son pouvoir d'appréciation est strictement limité. Cette approche abstraite est garante de la sécurité juridique* ».

<sup>10</sup> Sur la notion d'équité, v. ALBIGES C., *De l'équité en droit privé*, thèse, LGDJ, t. 329, 2000 ; Sur le rapprochement entre l'équité et l'utilisation des standards, plus précisément v. *Ibid.*, p. 77, n° 131 : « *Une remarque analogue peut, de plus, être effectuée en ce qui concerne des notions proches de l'équité, au contenu qualifié d'incertain, de vague, dont les applications varient selon les applications, les circonstances et les époques. Considérées comme des (...) standards, elles représentent des délégations au bénéfice du juge à la suite d'une initiative du législateur. Dominées par leur caractère flou (...), elles garantissent une réelle souplesse du droit et leur mise en œuvre est soumise, au même titre que l'équité, aux considérations d'espèce* » ; Encore, p. 113, n° 185 : « *l'équité, au même titre que certaines notions au contenu également indéterminé, intervient ainsi en qualité d'auxiliaire du droit légiféré. Une telle introduction, même ponctuelle, représente ainsi réellement un retour en grâce du jugement selon l'équité* ».

L'utilisation de standards juridiques comblerait, de façon analogue, les zones grises ou marginales du droit qui échapperaient à toute exigence ou tentative de s'appuyer sur des données précises. Le Doyen Roubier affirmait à cet égard que l'on y « *gagne assurément ceci que, dans les matières neuves et encore mal connues, comme le sont les questions difficiles de la vie industrielle moderne, le droit n'est pas immobilisé trop tôt par des formules abstraites* »<sup>11</sup>. L'indétermination même de la vie imposerait, dès lors, « *de se référer non seulement aux éléments stables du système juridique, mais aussi à des standards* »<sup>12</sup>. Aussi leur importance se manifeste-t-elle par l'universalité de la technique<sup>13</sup>. Les recherches liées à la notion réunissent les cinq continents et les « *diverses familles juridiques du monde* »<sup>14</sup>. Ce dispositif est présent dans tous les systèmes juridiques<sup>15</sup> et surtout en droit américain où les standards les plus topiques sont la prudence nécessaire, la procédure irrégulière, la conduite déloyale ou encore l'effet raisonnable<sup>16</sup>. Récemment, la notion de standard juridique a surtout intéressé les acteurs et juristes du droit international : l'effervescence de l'ordre juridique international contemporain<sup>17</sup> se traduit notamment par une mutation du processus<sup>18</sup> normatif et l'apparition d'une normativité floue, variable<sup>19</sup>, autrement dit, par le développement des standards. Notamment, les Principes européens du droit des contrats ont abondamment recours aux notions indéterminées : un article sur trois contient le vocable de « *raisonnable* » ; « *déraisonnable* » ou « *raisonnablement* »<sup>20</sup>. Conçu comme un concept clé, le raisonnable aurait d'ailleurs vocation à faire office de « *passerelle entre le système romaniste et la Common law* »<sup>21</sup>.

Recours fécond, optimisant même la mission du juge, complément intelligent, interprète du particulier, du nouveau, de tout ce qui est rétif ou non encore soumis à l'étiquetage, possédant l'autorité de la loi, sans le bandeau aveuglant d'une justice de marbre, le standard a conquis une place remarquable dans le droit français.

---

<sup>11</sup> ROUBIER P., *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Recueil Sirey, 1951, p. 317.

<sup>12</sup> BERGEL J.-L., « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *RRJ* 1988-4, p. 809.

<sup>13</sup> Sur le standard entendu comme technique législative : WROBLESKI J., *art. cit.*, *RRJ* 1988-4, p. 865.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 805.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> OUEDRAOGO A., « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2013, 26.1, p. 156.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> DUONG L., « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », *RIDC* 2008, p. 701.

<sup>21</sup> *Ibid.*

**2. L'essor des standards en droit commun des contrats.** Tenant ainsi compte « *de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes* »<sup>22</sup>, le législateur a peu à peu introduit des standards dans les dispositions normatives, consacrant ceux déjà utilisés par les juges ou en adoptant de nouveaux. Portalis déclarait, à ce titre, que le Code civil devait être une œuvre de modération : « *il ne suffit pas, en législation, de faire des choses bonnes : il faut encore en faire des convenables (...). Il ne faut point de lois inutiles... ni tout simplifier... ni tout prévoir... Ce serait une erreur de penser qu'il pût exister un corps de loi qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles et qui cependant fut à la portée du moindre citoyen. On gouverne mal quand on gouverne trop* »<sup>23</sup>. En droit de la famille notamment, le Doyen Carbonnier avait saisi l'urgence de l'introduction volontaire d'une variabilité dans le droit pour concevoir les réformes<sup>24</sup> permettant une application juste du droit aux faits<sup>25</sup>. Toujours est-il que c'est dans le droit commun des contrats que les standards font flores<sup>26</sup>. Tirant ses racines du droit romain et du droit canonique, le droit contractuel porte avec lui des valeurs ancestrales. Cependant, depuis le Code Napoléon de 1804 jusqu'à la loi de ratification de l'ordonnance du 20 avril 2018<sup>27</sup>, il n'a cessé d'être tiraillé par de nouveaux enjeux sociaux et économiques,<sup>28</sup> en contradiction, parfois, avec ces valeurs<sup>29</sup>. Le rapport au Président de la République, relatif à l'ordonnance portant réforme du droit des obligations, soulignait d'ailleurs clairement le déficit d'adaptation du droit des contrats déclarant que « *dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène*

---

<sup>22</sup> BERGEL J.-L., *art. cit.*, *RRJ* 1988-4, p. 805.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> MALAURIE PH., *Anthologie de la pensée juridique*, éd. Cujas, Paris, 1996, p. 144.

<sup>24</sup> CARBONNIER J., *art. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99 et s.

<sup>25</sup> BERGEL J.-L., *art. cit.*, *RRJ* 1988-4, p. 805.

<sup>26</sup> Il est à noter, cependant, que l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux fait également la part belle aux standards avec l'introduction du *raisonnable* (art. 1881 et 1886-1), du *manifestement excessif* (art. 1590), ou encore du *manifestement disproportionné* (art. 1882, al. 2).

<sup>27</sup> L. n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO*, 11 févr. 2016.

<sup>28</sup> FREUND J., « Droit et politique. Essai de définition », *APD* 1971, p. 15-35 ; DWORKIN R., « Hard Cases », *Harvard Law Review*, avr. 1975, vol. 88, n° 6, pp. 1057-1109.

<sup>29</sup> CHAZAL J.-P., « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC* 2003, n° 1, pp. 27-34, spéc. p. 28 : « *On sait que les concepts, principes et règles qui l'innervent, ne sont pas de pures abstractions, mais le produit d'une société ; ils résultent le plus souvent de conflits d'intérêts, d'oppositions politiques, économiques et philosophiques et sont, pour la plupart, soumis à l'évolution des équilibres en présence* ».

*internationale* »<sup>30</sup>. Les rapports Doing Business<sup>31</sup> de la Banque mondiale aboutissaient au même constat : le droit français est un droit tout à la fois complexe, rigide, peu attractif, et néanmoins, étonnement imprévisible. Un droit qui, en somme, ne favorise pas la vie des affaires<sup>32</sup>, en tous cas, de façon moins évidente que celui des pays de Common Law. Paradoxalement, ce sont ces derniers qui ont le plus recours au standard, et qui, pourtant, ne semblent pas souffrir de l'imprévisibilité reprochée au droit français<sup>33</sup>. Finalement, comme le relevait un auteur, l'idée qui prédomine dans le système romano-germanique, selon laquelle la loi serait à la fois le fondement, le commencement et la fin du droit n'est pas plus tenable « *que celle selon laquelle le droit procède exclusivement de l'activité juridictionnelle* »<sup>34</sup>. De fait, ces « *deux formules totalitaires* », tout aussi déconnectées l'une que l'autre d'une réalité plus complexe que l'opposition stricte entre jurisprudence et loi, ont dû être amendées. Au surplus, « *tous les systèmes juridiques des pays modernes n'ont pu ni faire l'économie de l'élaboration d'un droit étatique contraignant ni empêcher la production naturelle du droit non écrit* »<sup>35</sup>. Il apparaît donc que l'opposition fondamentale entre le système de common law et le système romano germanique ne repose plus, en définitive, sur « *leur système de source* »<sup>36</sup>, mais bien sur « *l'ontologie juridique qui en constitue le fondement* »<sup>37</sup>.

Aussi, jusqu'à la réforme du droit des obligations a-t-on, semble-t-il, en France, souvent opposé au couple *souplesse - imprévisibilité* le couple *rigidité - sécurité juridique*. L'antinomie entre la *sécurité juridique* (qui imposerait une norme rigide) et l'*attractivité* (qui imposerait une normativité plus souple) doit néanmoins être nuancée. La conciliation de ces enjeux et la coexistence de ces deux types de normativité sont aujourd'hui impératives dans la mesure où la sécurité juridique serait « *le socle* »<sup>38</sup> de l'attractivité économique, culturelle et sociale du droit. Le législateur semble donc engagé dans une impasse : point

---

<sup>30</sup> Rapp. au Président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO*, 11 févr. 2016.

<sup>31</sup> Banque mondiale, *Doing Business 2017 : Égalité des chances pour tous*, Washington : Banque mondiale. DOI : 10.1596/978-1-4648-0948-4.

<sup>32</sup> La France est classée trente-deuxième en matière de « *facilitation des affaires* » sur les soixante-sept pays de l'OCDE en 2020 selon le site de la Banque Mondiale : <https://archive.doingbusiness.org>.

<sup>33</sup> Soulevant le problème du manque de prévisibilité du droit français, le Premier président honoraire de la Cour de cassation, Guy Canivet, a déclaré lors du premier Grenelle du droit, qui s'est tenu le 16 novembre 2017, qu'« *il faut aborder les questions juridiques avec plus de pragmatisme et les procédures avec plus de réalisme* ».

<sup>34</sup> ZENATI F., *La jurisprudence*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, p. 4 et s.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Rapp. au Président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

de sécurité juridique et de prévisibilité, *point d'attractivité*; trop de sécurité et de rigidité, *point d'attractivité*. Toutefois, aux côtés d'une doctrine classique des sources du droit qui impose la mise en place de normes rigides et contraignantes, a émergé une autre théorie, « *processuelle, immanente et singulière, appréhendant le droit comme un ensemble de pratiques contextuelles* »<sup>39</sup> qui permettrait de dépasser la contradiction.

Le recours au standard ne doit finalement pas être compris comme une normativité assouplie<sup>40</sup>, mais comme une normativité autre<sup>41</sup> qui, systématisée et intégrée aux normes rigides, apporterait lisibilité, simplicité et cohérence à l'ordre juridique. Alors, si le Code civil, dans sa partie relative aux droits des contrats contenait, avant la réforme du 10 février 2016<sup>42</sup>, seulement neuf notions estampillées *standards juridiques*, telles que la bonne foi à l'ancien article 1134 du Code civil, l'ordre public, la faute ou l'équité à l'ancien article 1135, il en compterait aujourd'hui quarante<sup>43</sup>. Le nombre de notions indéterminées a donc considérablement augmenté, et partant, le législateur a entendu étendre le pouvoir d'interprétation du juge en la matière. En effet, lorsque le juge applique une disposition relative au droit des contrats comportant une notion indéterminée – telle que « *personne raisonnable* »<sup>44</sup>, « *délai raisonnable* »<sup>45</sup>, « *meilleurs délais* »<sup>46</sup>, « *coût raisonnable* »<sup>47</sup>, « *conditions normales* »<sup>48</sup>, « *attentes légitimes* »<sup>49</sup>, « *abus* »<sup>50</sup>, « *déséquilibre significatif* »<sup>51</sup>, « *avantage manifestement excessif* »<sup>52</sup>, « *disproportion manifeste* »<sup>53</sup>, « *circonstances imprévisibles* »<sup>54</sup>, ou encore les adverbes ou adjectifs qualificatifs : « *substantiellement* »<sup>55</sup>, « *légitimement* »<sup>56</sup>,

---

<sup>39</sup> OST F., « Conclusion générale » in HACHEZ I. ET AL. (dir.), *Les sources du droit revisitées : Théorie des sources du droit*, vol. 4, Paris, Anthemis, 2013, p. 875.

<sup>40</sup> OUEDRAOGO A. *art. cit.*, *Revue québécoise de droit international*, 2013, n° 26.1, p. 185.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Ord. n° 2016-131, « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 10 février 2016.

<sup>43</sup> CHASSAGNARD-PINET S., « Le vocabulaire », Dossier : « Le nouveau discours contractuel », *RDC* 2016, n° 113, p. 581.

<sup>44</sup> C. civ. art. 1188, 1197 et 1301-1.

<sup>45</sup> C. civ. art. 1116, 1117, 1123, 1158, 1195, 1211, 1222, 1226 et 1231.

<sup>46</sup> C. civ. art. 1220 et 1223.

<sup>47</sup> C. civ. art. 1222.

<sup>48</sup> C. civ. art. 1148.

<sup>49</sup> C. civ. art. 1166.

<sup>50</sup> C. civ. art. 1164 et 1165.

<sup>51</sup> C. civ. art. 1171.

<sup>52</sup> C. civ. art. 1141 et 1143.

<sup>53</sup> C. civ. art. 1221.

<sup>54</sup> C. civ. art. 1195.

<sup>55</sup> C. civ. art. 1130.

<sup>56</sup> C. civ. art. 1156.

« excessivement »<sup>57</sup>, « raisonnablement »<sup>58</sup>, « manifestement »<sup>59</sup>, « suffisamment grave »<sup>60</sup>, « manifeste »<sup>61</sup>, « illusoire »<sup>62</sup> et enfin « dérisoire »<sup>63</sup> – il s’agira pour lui de l’interpréter au mieux selon l’espèce qui lui est présentée. C’est pourquoi, s’il n’est pas apparu jusqu’ici nécessaire de produire un effort de systématisation des standards en la matière, la transformation induite par la réforme rend ce travail désormais indispensable.

Il demeure que les problématiques soulevées par le standard juridique et ses incidences contemporaines en droit des contrats ne doivent pas masquer l’origine et les sources historiques de la technique. Il paraît impératif de les convoquer afin d’embrasser la notion dans toute sa complexité conceptuelle.

## II. L’origine et l’étymologie du standard juridique

**3. Du droit romain classique au droit administratif contemporain, de la plasticité<sup>64</sup> du standard.** Le standard juridique est l’héritier d’une longue histoire, partant des civilisations disparues qui l’ont inventé jusqu’aux cultures modernes dont il paraissait épouser plus intimement la façon de penser et de vivre. Le processus d’adoption de la technique par notre droit n’a pas suivi une trajectoire linéaire : venu de loin, aussi bien dans l’espace que dans le temps, le standard souffre d’un certain déficit d’identité. Un malaise ou une vague suspicion continuent ainsi d’accompagner son maniement, comme s’il demeurait d’ailleurs.

Les premiers standards auraient fait leur apparition en droit romain classique<sup>65</sup>, à

---

<sup>57</sup> C. civ. art. 1195.

<sup>58</sup> C. civ. art. 1218.

<sup>59</sup> C. civ. art. 1231-5.

<sup>60</sup> C. civ. art. 1219, 1220 et 1224.

<sup>61</sup> C. civ. art. 1169.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> MALABOU C., « L’être humain est plastique, pas flexible », *Propos recueillis*, *Philomag*, sept. 2014, n° 82 : « Chez Hegel, la plasticité (...) caractérise le mode d’être logique du sujet dans son rapport avec ce qui lui arrive. Il y a trois manières possibles de penser ce rapport. Soit le sujet est rigide et refuse de se laisser transformer (...). Soit il est totalement malléable et versatile et renonce alors à résister au changement pour adopter continuellement de nouvelles identités. Soit, encore, il s’ouvre à la modification tout en résistant à la déformation. Nous avons là la rigidité, le polymorphisme et la plasticité » ; v. plus précisément : MALABOU C., « La plasticité en souffrance », *Sociétés & Représentations* 2005/2, n° 20, pp. 31-39.

<sup>65</sup> POUND R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, 1930, p. 116 et s : « Legal standards of conduct appear first in Roman Equity. In certain cases of transactions or relations involving good faith, the formula was made to read that the defendant was to be condemned to that which in good faith he ought to give or do for render to the plaintiff ».



partir de la période antonine et sévérienne avec le *bonus pater familias* ou la *faute*. L'on trouve déjà toutefois des traces de *l'homme diligent* – comparable au *bon père de famille* – dans l'ouvrage du juriste Quintus Mucius Scaevola<sup>66</sup>. Pour certains, le standard juridique aurait également émergé très tôt en Common law et « *l'Equity anglaise en serait la première manifestation* »<sup>67</sup>. Il constituerait, dans cette optique, un outil bien plus commun que dans les droits de tradition romano-germanique<sup>68</sup>. Les standards juridiques ont cependant été théorisés pour la première fois sous la plume du Doyen Pound<sup>69</sup>. Selon l'auteur, au sein de l'ordonnement juridique, coexistent trois catégories de normes : les « *principles* » – *les normes les moins précises, constituant un guide abstrait de conduite* – les « *rules* »<sup>70</sup> – *les normes les plus rigides, les plus contraignantes et les plus précises* – et les « *standards* »<sup>71</sup> – *qui, contrairement aux règles, prévoiraient seulement des options* –. Ainsi, un premier mouvement doctrinal, porté notamment par Pound et Al. Sanhoury, s'est-il donné pour mission de définir le standard juridique selon une approche matérielle, s'intéressant au contenu même de la notion<sup>72</sup>. Sa

---

<sup>66</sup> Quintus Mucius Scaevola (Paulus 10 ad Sabinum, D. 9, 2, 31 : « *Si un élagueur, en coupant une branche d'un arbre ou un ouvrier qui travaille sur un échafaudage, tue un homme qui passe, il est ainsi responsable. Mais Mucius a dit aussi qu'on pouvait agir pour faute si la même chose arrive sur un terrain privé. En effet, la faute est commise lorsque bien que cela ait pu être prévu par un homme diligent, cela n'a pas été prévu ou a été signalé lorsque le danger ne pouvait plus être évité* ») ; Le Doyen Hauriou révélait également que l'outil standard juridique était apparu bien avant l'apparition des lois écrites, v. HAURIOU M., « *Police juridique et fond du droit* », *RTD civ.* 1923, p. 265, spéc. pp. 301-303.

<sup>67</sup> NÉRON S., *art. cit.*, *JCP G* 2011, n° 38, doctr. 1003 ; v. également : DALLE W., « *L'utilisation des standards dans le système juridique anglais* », *RRJ* 1989, *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, p. 887 et s ; AL-SANHOURY A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise*, thèse Lyon, Marcel Giard, 1925.

<sup>68</sup> AL-SANHOURY A., *th. cit.*

<sup>69</sup> POUND R., « *The Administrative Application of Legal Standard* », *Allocution à la rencontre de l'American Bar Association*, présentée à Boston, 2 novembre 1919.

<sup>70</sup> v. BAIRD & WEISBERG, « *Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207, 68* », *Virginia Law Review*, sept. 1982, vol. 68, pp. 1217-1262, spéc. p. 1221 ; SCHLAG P., « *Rules and Standards* », 33 *UCLA L. Rev.* n° 379, dec. 1985, p. 2 : « *Corresponding to the two parts of a directive, there are two sets of oppositions that constitute the rules v. standards dichotomy: The trigger can be either empirical or evaluative, and the response can be either determined or guided. The paradigm example of a rule has a hard empirical trigger and a hard determinate response. For instance, the directive that "sounds above 70 decibels shall be punished by a ten dollar fine," is an example of a rule. A standard, by contrast, has a soft evaluative trigger and a soft modulated response. The directive that "excessive loudness shall be enjoined upon a showing of irreparable harm" is an example of a standard* », trad : « *Correspondant aux deux parties d'une directive, il existe deux ensembles d'oppositions qui constituent la dichotomie règles contre normes : le déclencheur peut être empirique ou évaluatif, et la réponse peut être déterminée ou guidée. L'exemple type d'une règle a un déclencheur empirique dur et une réponse déterminée dure. Par exemple, la directive selon laquelle « les sons supérieurs à 70 décibels seront punis d'une amende de dix dollars » est un exemple de règle. Un standard, en revanche, a un déclencheur évaluatif doux et une réponse modulée douce. La directive selon laquelle un volume excessif doit être interdit en cas de dommage irréparable est un exemple de norme* ».

<sup>71</sup> Les « *standards* », contrairement aux « *rules* » ne prévoiraient pas une condition et une conséquence, mais seulement des options.

<sup>72</sup> POUND R., *art. cit.*, *Allocution à la rencontre de l'American Bar Association*, présentée à Boston, 2 nov. 1919 ; AL-SANHOURY A., *th. cit.*, Lyon, Marcel Giard, 1925 ; LAMBERT E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Girard, 1921, rééd. LGDJ, Bibliothèque Dalloz, 2005.

formalisation a, concomitamment<sup>73</sup>, conduit de nombreux auteurs français, tel que Gény, à tenter de définir ce qui venait *a priori* perturber un droit écrit d'une précision quasi mathématique<sup>74</sup>. Les délais, dans les droits de tradition romano-germanique, se comptaient en jours, en mois ou en années, de telle sorte que le droit s'appliquait de manière presque mécanique. Or, les expressions de *bref délai* ou de *délai raisonnable*, dotées d'une indétermination, d'une malléabilité et d'une plasticité particulières, octroieraient aux juges du fond la responsabilité et le pouvoir de combler, par une création personnelle, ces zones vagues, trop obscurément pourvues de qualités normatives. Comme l'écrivait à ce propos un auteur, « depuis des lustres, en France, la création du droit est restituée de façon immuable ou presque. On enseigne avec assurance que la loi constitue la source essentielle, sinon exclusive, des règles du droit objectif »<sup>75</sup>. Le standard juridique, alors principalement jurisprudentiel<sup>76</sup>, a remis en cause ce légicentrisme<sup>77</sup>. Ce second mouvement doctrinal, venant compléter l'approche matérielle par des définitions organiques<sup>78</sup> ou formelles, visait à rechercher une similitude grammaticale, sémantique ou encore d'usage entre les standards. Par la suite, jugeant impossible et illusoire la définition matérielle, les auteurs lui ont préféré une définition fonctionnelle<sup>79</sup>. C'est le cas du Doyen Hauriou qui a abordé la notion de standard

---

<sup>73</sup> NÉRON S., *art. cit.*, JCP G 2011, n° 38, doct. 1003 : « En effet, à la fin du XIXe, le Droit dogmatique, prédéterminé et rigide est de plus en plus inadapté à une réalité économique et sociale en constante évolution. Une véritable réflexion est lancée notamment en France par le doyen Gény. Mais c'est aux États-Unis qu'une solution novatrice est formulée à travers la conceptualisation du standard ».

<sup>74</sup> Le législateur avait ainsi pour objectif de « rétrécir à l'extrême le cercle de l'indéterminé » : DABIN J., *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Bruykan, Sirey, 1935, p. 111, cité également par CHASSAGNARD S., *La notion de normalité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2000, t. 1, p. 105, n° 211.

<sup>75</sup> MAZEAUD S., « Sur les standards », *RDA* 2014, n° 9, p. 35.

<sup>76</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, p. 120, n° 93 ; v. également NÉRON S., *art. cit.*, JCP G 2011, n° 38, doct. 1003 : « Si la notion fait l'objet, dès son origine, d'une référence claire et précise, le standard est dit textuel. À défaut, le standard est jurisprudentiel. Ainsi le juge est à l'origine tant du contenu que du contenant d'un standard jurisprudentiel ».

<sup>77</sup> L'ontologie juridique « du droit français influence profondément la théorie de la jurisprudence. Le droit des juges subit le joug de la loi non seulement dans son statut mais en outre dans sa conception. L'interminable discussion sur l'admission de la jurisprudence au rang des sources du droit découle du présupposé législatif. Il faut se trouver dans un système où le droit est créé par la loi pour mettre en doute cette évidence dans nul autre système contestée que celui qui dit le droit crée des règles de droit. C'est l'utopie révolutionnaire qui a fait oublier que le droit provient fondamentalement du procès. C'est encore un légicentrisme structurel qui conduit la doctrine à faire régulièrement le procès de la jurisprudence en posant la question insolite de sa valeur, et en y répondant généralement de manière négative, comme si le droit du juge était un mal nécessaire auquel il faut se résigner », ZENATI F., *op. cit.*, p. 4.

<sup>78</sup> LAMBERT E., *Fonction du droit civil comparé*, LGDJ, 1903.

<sup>79</sup> HAURIU M., « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926, p. 265, spéc. p. 271 ; v. également : BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, thèse, Bruylant, 2010, p. 29 ; GOUBINAT M., *Les principes directeurs du droit des contrats*, thèse, droit, Université Grenoble 9 Alpes, 2016, p. 164 : le standard est « une norme de comportement qui constitue un minimum incompressible. Dans la théorie générale, le standard désigne une norme souple fondée sur un critère indéterminé directif mais normatif destinée au juge qui lui revient de l'appliquer espèce par espèce ».

uniquement sous l'angle fonctionnel en estimant que le standard est un « *élément de méthode qui permet d'élaborer une directive, un embryon de règle de droit* ». Le standard ne pouvait, dès lors, être compris que comme un outil, une directive<sup>80</sup>, un vecteur, doté de fonctions propres et non pas d'un contenu propre<sup>81</sup>. En somme, les standards constitueraient des « *critères fondés sur ce qui paraît normal et raisonnable dans la société du moment où les faits doivent être appréciés* »<sup>82</sup>. En ce sens, les standards juridiques, doués de plasticité, ne se déformeraient pas, mais demeureraient réceptifs aux modifications subtiles de la société que le droit régit. Ils pourraient encore être définis, avec Roubier, comme « *une directive générale qui, en indiquant le but poursuivi, guide le juge dans l'administration du droit* »<sup>83</sup> ou comme « *une moyenne, un modèle* »<sup>84</sup>. Aussi le standard désignerait-il, à première vue, « *un mot de la loi, une simple empreinte légale qu'il appartient au juge de doter d'une charge normative* »<sup>85</sup>.

Monsieur Rials, dans sa thèse relative à la technique du standard et son utilisation par le juge administratif<sup>86</sup>, avait pris le parti d'étudier les différentes définitions du standard pour aboutir à la conclusion que seule une approche matérielle, fondée sur l'idée de normalité<sup>87</sup>, était susceptible d'apporter une explication satisfaisante de la notion. Le standard a donc été caractérisé, *in fine*, comme « *la technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination de celle-ci* »<sup>88</sup>. Le standard tendrait alors, « *à permettre la mesure des comportements en termes de normalité* »<sup>89</sup>.

---

<sup>80</sup> DABIN J., *op. cit.* ; HAURIOU M., *art. cit.*, p. 151.

<sup>81</sup> Le standard est alors appréhendé avant tout comme une notion fonctionnelle. Sur cette notion v. VEDEL G., « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein, la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires », *JCP* 1948, I, 682.

<sup>82</sup> PERELMAN CH., « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *Bibl. de Philo. du droit*, t. 29, préf. VILLEY M., 1988, p. 136, in BERGEL J.-L., « Les standards juridiques dans les divers systèmes juridiques », *RRJ* 1988- 4, p. 805.

<sup>83</sup> ROUBIER P., *op. cit.*, p. 317.

<sup>84</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 13<sup>e</sup> éd., PUF, 2020, p. 979, v. « Standard juridique ».

<sup>85</sup> MAZEAUD D., *art. cit.*, *RDA* 2014, n° 9, p. 35.

<sup>86</sup> RIALS S., *th. cit.* Sa thèse fait, encore aujourd'hui, figure d'autorité en la matière comme en témoignent: RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *Le raisonnable en droit des contrats*, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2009 ; DUONG L.-M., *La notion de raisonnable en droit économique*, thèse, Nice, 2004 ; STURLÈSE B., « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016 ; BAHUREL C., « Le standard du raisonnable », *RDA* 2014, n° 9, p. 60 ; BERNARD E., *th. cit.*, p. 29.

<sup>87</sup> RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN CH., VANDER EST R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 120.

<sup>88</sup> RIALS S., *th. cit.*, n° 93, p. 120 : « *Le standard est une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportement et de situations en termes de normalité, dans la double acception de ce terme* ».

<sup>89</sup> *Ibid.*, n° 93, p. 120.

Il semble pourtant pertinent de soulever l'existence d'une différence fondamentale et première quant à l'étymologie de l'adjectif *standard* – utilisé dans diverses expressions telles que le contrat standard, c'est-à-dire le contrat *type* – et celle des *standards juridiques*. Cette approche sémantique serait susceptible de remettre en cause les définitions qui paraissaient établies.

#### 4. Standard, standardisation et standard juridique, une question d'étymologie.

L'adjectif *standard* est défini, dans le langage commun comme « *ce qui correspond à un type courant, habituel, dépourvu d'originalité* »<sup>90</sup>. Plus précisément, il est conçu comme « *ce qui est conforme à une norme de fabrication en grande série* »<sup>91</sup>. Ce dernier renverrait donc bien à cette normalité-moyenne ou normalité-fréquence qui constitue, nous le verrons, la clé de voûte de la définition contemporaine du standard<sup>92</sup>. Autrement dit, sa description, fondée sur l'idée de normalité, s'établirait sur celle de l'adjectif *standard* dans le langage courant. Or, l'objet de cette étude n'est pas de définir une technique législative par le biais de l'adjectif *standard*, mais bien le *standard juridique*, entendu comme technique juridique<sup>93</sup>. Il ne s'agit plus ici d'un adjectif, mais d'un substantif, dont l'origine sémantique pourrait s'avérer fort éloignée de l'adjectif *standard* qui représenterait, dès lors, un faux-ami.

La *standardisation*, qui représente le phénomène de réduction de la diversité des conduites à des comportements conformes aux normes sociales, est le substantif qui correspond à l'adjectif *standard*. L'adjectif *standard* représente une moyenne, la *standardisation* est le phénomène de réduction à la moyenne. En d'autres termes, l'adjectif commun *standard* ne renvoie pas au *standard juridique*, mais à la *standardisation*. Réduire le *standard juridique* à l'idée de normalité impliquerait de le situer dans le phénomène de

---

<sup>90</sup> *Dictionnaire Larousse*, v. « Standard ».

<sup>91</sup> CNTRL, v. « Standard », dans le même sens : *Le Robert en ligne*, v. « standard ».

<sup>92</sup> V. *infra* n° 88 et s.

<sup>93</sup> DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, Dalloz, rééd., 2011, p. 204 et s., « *La notion de technique a été indiquée par Savigny, mais de façon vague. Ihéring lui a donné beaucoup plus de précision. " Je crois, dit-il, qu'il est possible de déterminer d'une manière absolue comment le droit se réalise. Ce n'est pas une question de fond du droit, mais une question de forme. Les droits divers se réalisent tous et partout de la même manière : leur contenu matériel est indifférent à la chose. Il y a sous ce rapport un idéal absolu que tout droit doit chercher à atteindre, idéal qui, à mon avis, peut être ramené à la réunion de deux conditions. Le droit doit se réaliser : d'une part, de manière nécessaire, donc sûre et uniforme : d'autre part, d'une manière facile et rapide... Le but de la technique est de pure forme. La question qu'elle est appelée à résoudre se pose dans les termes suivants. Comment le droit, abstraction faite de son contenu, doit-il être organisé et établi pour que son mécanisme simplifié, facilite et assure le plus largement possible l'application des règles du droit aux cas concrets ? " ».* Demogue indiquait néanmoins que cette définition de la technique est lacunaire en ce sens que, selon lui, « *la technique est obligée de faire appel, à côté de la sécurité et du principe de l'économie de l'effort, à une troisième donnée, l'adaptation du droit aux circonstances imprévues* » ; V. également *infra* n° 45.

*standardisation*, destiné à normaliser un aspect concret et matériel de la vie. Le travail à la chaîne en est un exemple topique. En somme, du couple *normalisation-standardisation* doit être dissocié celui de *normativité-standard juridique*.

La technique du standard juridique traduit une réalité plus complexe. Un auteur éclairait ce propos en rattachant le standard juridique, non pas à l'idée de normalité, mais à celle du standard téléphonique, qui fonctionne comme un dispositif de connexions de réalités extrêmement variées<sup>94</sup>. Il représenterait un point de ralliement, de concordance, d'harmonie entre les enjeux et les principes contradictoires du droit<sup>95</sup>. La technique du standard juridique possède un rôle bien plus riche que la réduction des comportements à une référence de normalité. Il joue un rôle de connecteur à double titre : il relie, d'abord, les faits à une valeur, véhiculée en droit par une directive référentielle<sup>96</sup> et réalise, ensuite, la transition de l'abstrait vers le concret<sup>97</sup>.

En ce sens, l'étymologie du standard juridique pourrait se manifester dans le terme *estandard*<sup>98</sup> signifiant « enseigne de guerre » ou « lieu de ralliement »<sup>99</sup>. De la même façon, le *Dictionnaire Littré* indique qu'en anglais, le standard peut effectivement revêtir le sens « d'étalon », mais également « d'étendard »<sup>100</sup>. L'expression serait elle-même issue du francique « *standhard* », c'est-à-dire, littéralement, « se tenir debout, stable »<sup>101</sup>. En langue anglaise, le vocable standard est ainsi lui-même un emprunt à la langue française<sup>102</sup>. Le passage radical du sens premier au sens de fréquence ou de modèle tel qu'il est aujourd'hui employé dans l'adjectif *standard* ou le substantif *standardisation*<sup>103</sup> s'avère, dès lors, particulièrement obscur<sup>104</sup>.

Au-delà de la question de l'étymologie du standard et malgré l'apport des études contemporaines, depuis la fin du XX<sup>e</sup> siècle, tout concept vague, toute notion indéterminée sont qualifiés de « standard juridique », comme s'il s'agissait d'une catégorie générique.

---

<sup>94</sup> STOFFEL-MUNCK PH., « Regards critiques sur les clauses abusives dans le projet de réforme du droit des contrats » in BOSCO D. (dir.), *Regards de juristes sur l'évolution du droit économique contemporain*, coll. de l'Institut de droit des affaires, PUAM, 2018, pp. 15-33, spéc. p. 24-25 ; v. *infra* n° 535 et s.

<sup>95</sup> V. *infra* n° 535 et s.

<sup>96</sup> V. *infra* n° 183 et s.

<sup>97</sup> V. *infra* n° 223 et s.

<sup>98</sup> Datant du XI<sup>ème</sup> siècle.

<sup>99</sup> *CNTRL*, v. « Standard ».

<sup>100</sup> *Dictionnaire Littré*, v. « étalon ».

<sup>101</sup> *Dictionnaire de la langue française*, en ligne, v. « étendard »

<sup>102</sup> *Etymonline*, Online etymology Dictionary, v. « Standard ».

<sup>103</sup> *Etymonline*, Online etymology Dictionary, v. « Standard ».

<sup>104</sup> *Dictionnaire de la langue française*, en ligne, v. « Étendard »

### III. Une catégorie générique à réhabiliter

**5. Un apport biaisé : le standard devenu catégorie générique.** Un flou énigmatique s'est glissé au sein de la famille des notions indéterminées depuis qu'un ouvrage phare en la matière a regroupé, sous le même vocable de « *notions à contenu variable* »<sup>105</sup>, les notions-cadre, notions floues, notions vagues, et les standards juridiques, balayant alors toutes les tentatives de définition des standards au regard des autres notions juridiques<sup>106</sup>. Monsieur Rials a d'ailleurs lui aussi prêté son concours à cette assimilation sémantique puisqu'il a inclus un article consacré aux standards<sup>107</sup> au cœur de cet ouvrage portant sur les notions à contenu variable<sup>108</sup>. Depuis, les rares aventuriers contemporains ayant osé déceler de subtiles différences entre ces termes se sont rapidement désintéressés de la question. Les divergences entre ces notions ne permettraient pas, en pratique, d'envisager des régimes différents pour chacune d'entre-elles<sup>109</sup>. De la même façon, les études anglo-saxonnes du standard au siècle dernier ont contribué à cet amalgame, mêlant le standard avec les notions de police ou de principe<sup>110</sup>.

Au rebours de cette tendance à l'interchangeabilité des notions et donc à leur confusion<sup>111</sup>, l'objectif premier de cette thèse consiste à redéfinir le standard, c'est-à-dire à en déterminer précisément les caractères<sup>112</sup> et, par suite, à le distinguer des autres notions qui, certes, lui sont proches, mais dans lesquelles il n'est pas soluble. Par ailleurs, si l'existence de plusieurs types de standards a pu être relevée, tels que les standards doctrinaux<sup>113</sup> ou judiciaires, le travail ici proposé se concentrera exclusivement sur les standards législatifs, entendus comme des instruments du droit objectif, en tant qu'ils sont

---

<sup>105</sup> PERELMAN CH., VANDER EST R. (dir.), « Les notions à contenu variable en droit », *RIDC* vol. 37, n° 4, oct.-déc. 1985, p. 1105.

<sup>106</sup> Ce constat était déjà réalisé en 1980 par Monsieur Rials lui-même : RIALS S., *th. cit.*, n° 31, p. 35 ; Madame Chassagnard-Pinet relève, de la même manière, que « *la multiplicité des appellations est révélatrice du caractère insaisissable de cette catégorie protéiforme* », CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 107, n° 216 ; COET P., *Les notions-cadres dans le Code civil, études des lacunes intra legem*, thèse, Paris II, 1985, p. 10 et s.

<sup>107</sup> RIALS S., *art. cit.*, p. 44.

<sup>108</sup> PERELMAN CH., VANDER EST R. (dir.), *op. cit.*, vol. 37, n° 4, oct.-déc. 1985.

<sup>109</sup> HAID F., *Les notions indéterminées dans la loi : essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, thèse, Aix-Marseille 3, 2005.

<sup>110</sup> v. notamment, KENNEDY D., « Form and Substance in Private Law Adjudication », 89 *Harv L Rev*, 1976, p. 1685 ; DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1978, chs 2 and 3, at 24.

<sup>111</sup> COET P., *th. cit.*, p. 10 et s.

<sup>112</sup> V. *infra* n° 240 et s.

<sup>113</sup> DISSAUX N., « Les standards doctrinaux », *RDA* 2014, n° 9, p. 36 et s.

intégrés dans une règle élaborée par le législateur. Le standard est donc compris comme un mot de la loi que nous ambitionnons de doter d'un contenu matériel normatif.

**6. La nécessité d'un changement de paradigme.** Les définitions positives du standard juridique mènent à une impasse : la notion souple est souvent qualifiée de standard, ce dernier étant parfois lui-même qualifié de notion souple, de notion-cadre<sup>114</sup>, de notion vague, voire encore parfois de principe juridique<sup>115</sup>. Quoiqu'il en soit, son indétermination engendrerait une insécurité juridique<sup>116</sup> redoutable et redoutée. C'est dire qu'appréhender la notion sous l'angle unique de l'*indétermination*<sup>117</sup> et de la *normalité* compromet toute tentative de singularisation du standard. Nous le verrons, aussi bien l'approche fonctionnelle<sup>118</sup> que matérielle<sup>119</sup> de la notion peine à distinguer le standard des autres notions indéterminées<sup>120</sup>. Davantage qu'un changement de méthode, c'est un changement de paradigme qui permettrait de sonder cette notion *a priori* impossible à définir. La difficulté à laquelle se heurte le juriste est sans doute qu'il envisage le droit comme un cadre délimité, voire limité, à l'intérieur duquel s'amoncèlent, sans jamais s'entrechoquer, des catégories juridiques bien définies. Le juriste s'attelle ainsi, jusqu'à l'entêtement, à la poursuite d'un objectif : la simplification du droit<sup>121</sup>. Or, puisque le droit a pour vocation de régir, par l'intermédiaire de règles, la société dans laquelle il s'inscrit, en régulant les actes et les comportements de ses sujets, il doit faire face, en tout état de cause, à une *idée* qui refuse toute simplification : *la réalité*<sup>122</sup>. En cherchant à tout prix à faire entrer dans des cases l'infinie complexité de la vie – ce qu'il appelle simplification – le juriste n'aboutit en réalité qu'à la complexification de son objet. Plus encore, en simplifiant en amont, *via* des catégories précises, il laisse au juge – ennemi proclamé de la sécurité juridique<sup>123</sup> – la tâche

---

<sup>114</sup> CORNU G., *op. cit.*, p. 979, v. « Standard juridique ».

<sup>115</sup> BERNARD E., *th. cit.*, p. 75.

<sup>116</sup> V. *infra* n° 332 et s.

<sup>117</sup> V. *infra* n° 53 et s.

<sup>118</sup> V. *infra* n° 15 et s.

<sup>119</sup> V. *infra* n° 87 et s.

<sup>120</sup> Telles que les notions floues, vagues, cadre, principes.

<sup>121</sup> KERCHOVE M., « Rien n'est simple, tout se complique. La complexité, limite à la simplification du droit » in FRÉDÉRIQUE R., POUSSON-PETIT J. (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, Toulouse, PUT 1 Capitole, 2010, pp. 105-122.

<sup>122</sup> Le droit est ainsi « *fondé sur le réel* », et « *immanent à la réalité sociale* » : CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 32 et 34, n° 61 et 67.

<sup>123</sup> Position française qui remonte notamment à Montesquieu ; v. GOJOSSE E., « L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu, Contribution à l'origine du contrôle de constitutionnalité », *RFDC* 2007/3, n° 71, p. 499 et s.

incommensurable de démêler la complexité des faits au regard d'une catégorie *simpliste*. Simplifier en amont revient dès lors à complexifier en aval et à confier cette tâche délicate à un acteur qui n'est pas le législateur. Peut-être conviendrait-il de renverser ce mécanisme et d'appréhender, d'abord, cette complexité, afin d'offrir, ensuite, au juge, un outil qui coïncide avec la réalité sur laquelle il lui est demandé d'exercer son jugement : les faits de la vie. C'est dans le standard que nous décelons cet instrument vertueux : la technique du standard est bien plus riche que l'introduction d'une simple malléabilité dans le droit. Le cantonner à cette fonction fait obstacle à une compréhension plus aboutie du phénomène.

C'est parce que les réflexions contemporaines autour du standard semblent ne pas s'être appesanties sur l'origine fondatrice de la notion qu'elles ne parviennent pas à élaborer une définition satisfaisante de celle-ci. L'origine, les implications et les fondements du standard sont à rechercher, non pas dans le droit positif, mais bien au-delà des frontières du droit<sup>124</sup>. Au travers du standard, c'est la question du *normatif* qui se pose.

**7. Le standard et le souci du normatif.** Le souci actuel du normatif s'explique « *par une réaction contre le positivisme scientifique* » que caractérisait « *la peur du normatif* »<sup>125</sup> et a pour conséquence directe le fait que le juriste n'étudie plus ce qui se trouve en amont des normes. De sorte que « *le problème fondamental de la normativité (...) est celui de la fondation des normes : d'où une norme tire-t-elle le statut de modèle ou de devoir être impératif?* »<sup>126</sup>. Le juriste se refuse d'ordinaire à s'interroger sur le fondement du droit<sup>127</sup>, il se contente de le « *regarder de l'intérieur* »<sup>128</sup>. Cette hésitation à se livrer à une réflexion axiologique sur les normes prive, de notre point de vue, le droit de son essence<sup>129</sup>. Il n'est donc forcément pas juriste, mais plutôt détracteur, celui qui sonde la légitimité du droit et part en quête de sa véritable raison d'être<sup>130</sup>. Pourtant, en réintégrant dans sa substance la matière philosophique, le droit se

---

<sup>124</sup> V. *infra* n° 219 et s.

<sup>125</sup> GOYARD-FABRE S., « De l'idée de norme à la science des normes », in AMSELEK P., (dir), *Théorie du droit et science*, PUF, Léviathan, 1994, p. 212.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> V. en revanche notamment : FARJAT G., *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

<sup>128</sup> GRZEGORCZYK C., *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 1982, p. 12.

<sup>129</sup> CHAZAL J.-P., « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », RDC 2003, n° 1, pp. 27-34, spéc. p. 27 : « *Refuser de prendre conscience de l'ouverture et de l'inachèvement du savoir juridique, de sa dimension profondément interdisciplinaire, croire possible de l'expliquer par lui-même, c'est s'exposer à ce que l'analyse stagne à la surface des choses* ».

<sup>130</sup> CHAZAL J.-P., *art. cit.*, RDC 2003, n° 1, pp. 27-34, spéc. p. 27.



« réapproprie son bien », et plus encore, sa finalité<sup>131</sup>. Ce problème du normatif fait largement écho à notre sujet. Si les standards inquiètent tant, c'est parce qu'ils ouvrent, tel un tableau de Magritte, une fenêtre vers l'infinité de l'existence et toute la complexité de la vie. Le droit « a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris »<sup>132</sup>, le standard le colorise<sup>133</sup>. C'est une passerelle entre deux mondes : celui des catégories abstraites, composées par l'intelligence et la raison, et celui des choses concrètes, mouvantes, indomptables, irréductibles. Le standard nous renvoie donc inéluctablement au fondement des normes.

**8. Une réponse à chercher au fondement même des normes.** Si le standard effraie tant, ne serait-ce pas parce qu'il nous renvoie à la question du fondement des règles ? Malléable, indéterminé *a priori*, le standard pose la question de ce qui se cache derrière ce devoir être impératif, ce modèle<sup>134</sup>. Une règle précise masque ces questions essentielles : le droit s'applique, car il est contraignant, et il est contraignant, car il est le droit<sup>135</sup>. En effet, le « positivisme (...) veut que le droit soit autosuffisant et autoréférent »<sup>136</sup>. En raison de la précision de leur expression, les règles déterminées sont déconnectées des objectifs cachés derrière elles, ceux-là mêmes qui leur ont donné naissance<sup>137</sup>. Cet effet pervers est nommé « sous-inclusion mécanique des règles » ou « incongruité entre une règle et son objectif »<sup>138</sup>. Un auteur donnait à ce propos un exemple particulièrement éclairant<sup>139</sup>, celui de la limitation de vitesse chiffrée à 50miles/h. Découvrir le défaut de cette règle rigide de vitesse impliquait

---

<sup>131</sup> CHAZAL J.-P., « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *APD* 2001, vol. 45, p. 303 et s.

<sup>132</sup> CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie sans rigueur*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1983.

<sup>133</sup> Dans le même sens v. GENICON T., « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n° 4, p. 751, spéc. n° 8 : « On commencera par l'un des procédés grammaticaux les plus performants : l'usage d'un adverbe ou d'un adjectif. Leur utilisation est souvent une façon de colorer une règle et de faire passer un message, par exemple un message de sévérité, quant à l'application de cette règle ».

<sup>134</sup> GOYARD-FABRE S., *art. cit.*, p. 212.

<sup>135</sup> CHAZAL J.-P., *art. cit.*, *APD* 2001, vol. 45, p. 303 et s. ; TOULLIER C., *Le droit civil français*, 3<sup>e</sup> éd., Warée 1820, t. I, n° 1 ; GOYARD-FABRE S., *art. cit.*, p. 215 : « En cette question philosophique de la fondation des normes, nous ne pouvons évidemment nous contenter d'arguer du fondement légaliste de la règle de droit en disant qu'il appartient à une autorité légale d'édicter des normes ; nous ne ferions en effet que reculer l'examen du problème car l'habilitation d'un organe à légiférer est aussi une norme ».

<sup>136</sup> BOUDON R., « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *L'avenir du Droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, PUF, éd. du Juris-Classeur, 1999, pp. 11-35, spéc. p. 11.

<sup>137</sup> GOEBEL J.-P., « Rules and standards: a critique of two critical theorists », *Duquesne Law Review*, vol. 31, n° 1, art. 4, 1992, p. 51, spéc. p. 62.

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> *Ibid.*

d'examiner l'objectif sous-jacent de la règle, à savoir celui de favoriser un système de transport automobile sûr, mais rapide. Or, ces deux objectifs sont contradictoires : la *sécurité* commanderait de réduire la vitesse au point d'éviter tout accident tandis que la *rapidité* supposerait la volonté d'augmenter la limitation de vitesse indépendamment de l'effet délétère sur la sécurité. Aussi la règle précise cherche-t-elle à équilibrer les préoccupations concurrentes en fixant un point et en rendant cette ligne de démarcation applicable à toutes les circonstances entrant dans le contexte de la règle. Le problème réside, toutefois, dans le fait que cette dernière n'observe, en tant que contexte unique, que la conduite d'une automobile, peu important le moment ou bien la situation donnée. On observera donc, inévitablement, des situations dans lesquelles l'équilibre imposera une vitesse différente de celle dictée par la règle rigide. L'auteur prend l'exemple d'une route de campagne sur laquelle cette règle de limitation de vitesse serait particulièrement restrictive alors qu'en ville, lorsque les rues sont étroites et concentrent beaucoup de piétons, cette limitation de vitesse favoriserait les accidents multiples. Les règles rigides peuvent donc s'avérer à la fois excessives, insuffisantes et déconnectées de l'objectif qu'elles cherchent à atteindre<sup>140</sup>. En revanche, le standard se montre apte à corriger cette faiblesse inhérente aux règles rigides dans la mesure où il est transparent vis-à-vis des objectifs substantiels de l'ordre juridique et où il est susceptible d'être individualisé en fonction des circonstances particulières que présente une situation de fait donnée. Le standard réalise une mise en conformité de la règle avec les objectifs substantiels<sup>141</sup>. Il ouvre la boîte de Pandore et constitue un pont jeté entre le positivisme et les valeurs légitimantes extrajuridiques longtemps rejetées<sup>142</sup>. Monsieur Wroblewski affirmait à ce titre que « *le choix de la technique (...) du standard est lié aussi bien aux conceptions théoriques du langage du droit et (...) de l'application du droit, qu'aux choix axiologiques* »<sup>143</sup>.

Le mouvement d'objectivation par le droit, a pu conduire, finalement, à un mouvement d'objectivation du droit, un droit au sein duquel la normalité et la norme ont été objectivées, sans extérieur sur quoi se régler, à tel point que le sujet se retrouve sans norme à proprement interioriser. L'on peut d'ailleurs trouver un exemple topique de cette

---

<sup>140</sup> GOEBEL J.-P., *art. cit.*, *Duquesne Law Review*, vol. 31, n° 1, art. 4, 1992, p. 51, spéc. p. 62.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 31, n° 59 : « affirmer que la règle de droit a pour source la volonté d'une autorité étatique n'interdit pas de s'interroger sur l'origine et le contenu de cette intention normative ».

<sup>143</sup> WROBLEWSKI J., *art. cit.*, *RRJ* 1988-4, p. 861.

dynamique dans le mouvement d'objectivation de la responsabilité civile, centrée sur des dommages objectifs et une logique assurantielle. Aussi l'objectivation juridique de la normativité a-t-elle conduit à son propre retournement. À rebours, peut-être, de la déconnexion des règles d'avec leurs fondements, la présente thèse a été pensée comme un modèle de réhabilitation des normes référentielles, des normes valeurs. Ces normes ne sont autres, à l'origine, que les sources réelles dont parlaient déjà Ripert<sup>144</sup> et Batiffol<sup>145</sup>, reconnectées entre elles via un processus normatif qui achève sa course dans le standard, lequel va déployer ces référentiels dans une mesure, qui, de par son objectivité formelle, garantit la cohérence de ces mêmes valeurs et celle des faits sur lesquels elles sont projetées.

En ce sens, la présente étude s'inscrit dans une entreprise de réflexion sur les sources du droit, les conditions de leur validité et de leur effectivité précisément lorsqu'il est question de l'application de normes indéterminées.

**9. Une conception renouvelée de l'office du juge et de l'interprétation, la problématisation du standard.** Le développement croissant de l'utilisation des notions indéterminées et des standards dans le droit français contemporain et dans le droit français des contrats interroge. Cet attrait législatif pour les notions indéterminées modifie indubitablement notre rapport au juge. Il reste qu'il ne sera ici pas traité de la question, assez classique, de la délégation opérée par le législateur au profit du juge lorsqu'il formule une règle à l'aide d'un standard. Techniquement, toute notion indéterminée introduite par le législateur offre nécessairement au juge le soin de la déterminer *a posteriori*. Or, cette fonction technique de délégation, nous le verrons, n'est pas propre au standard, mais représente assurément une fonction commune à l'ensemble des notions indéterminées<sup>146</sup>. De la même façon, cette étude n'aura pas pour ambition d'examiner le lien qui pourrait être tissé entre l'utilisation des standards et les parties contractantes dans leur rapport à un contrat qui a sans doute, pour vocation première, de fonctionner en dehors des tribunaux<sup>147</sup>. En effet, seul le standard législatif retiendra notre attention. Toujours est-il, qu'à notre sens, ce n'est pas le droit des contrats, mais bien le contrat lui-même qui a

---

<sup>144</sup> RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1955.

<sup>145</sup> BATIFFOL H., *La philosophie du droit*, PUF, 1960.

<sup>146</sup> V. *infra* n° 66 et s.

<sup>147</sup> DE CABARRUS C., GENICON T., MEYER L., DESHAYES O., VIGNEAU V., « L'office du juge et le contrat », *RDC* juin 2022, n° 2, p. 160.

vocation à exister en dehors de toute activité juridictionnelle. Le standard juridique n'aura donc pour mission, lorsqu'il est intégré dans une règle de droit, que celle d'administrer une situation conflictuelle, lorsque les parties contractantes ne sont plus à même de trouver un accord. Ce n'est pas tant le standard en soi qui crée le conflit, mais précisément le désaccord des parties sur la règle formulée à l'aide d'un standard. Monsieur Jestaz déclarait à ce titre que « *le standard apparaît comme le moyen de donner force de droit à ce que le juge ne connaît pas toujours d'emblée, mais que le justiciable connaît souvent comme étant recommandé ou au contraire peu recommandable. Par conséquent, le standard est moins dangereux qu'on ne le dit, faute de quoi on ne comprendrait d'ailleurs pas qu'il rencontre un pareil succès dans des systèmes démocratiques* »<sup>148</sup>. Notons, à cet égard, que les règles relatives aux délais nourrissent un contentieux fort abondant alors même qu'ils sont formulés par le biais de formules chiffrées<sup>149</sup>.

Partant, l'objectif du présent travail est davantage celui d'établir une relation hiérarchique et d'interprétation<sup>150</sup> au sein même de la famille des notions indéterminées, composées notamment des principes, des notions-cadre et des standards. Il sera, de fait, question de démontrer l'existence d'une hiérarchie entre des normes supérieures de référence et des normes secondaires d'application. En définitive, le standard sera, du point de vue de sa technique, conçu comme une métanorme<sup>151</sup>, c'est-à-dire une norme qui porte sur une autre norme, pour son application, son interprétation, et sa concrétisation. Par ailleurs, nous le verrons, puisqu'il constitue une règle de nature factuelle<sup>152</sup>, le standard entretient un rapport particulièrement étroit avec les faits qu'il lui appartient de mesurer.

---

<sup>148</sup> JESTAZ PH., « Rapport de synthèse », *RRJ* 1988-4, p. 1192.

<sup>149</sup> C'est le cas, notamment, des ordonnances du juge de la mise en état qui peuvent être déférées par requête dans les 15 jours de leur date, le premier jour ne comptant pas et le délai expirant au dernier jour à 24h. Or, le contentieux est fort abondant, v. notamment, pour une décision très récente : Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 30 juin 2022, 21-12.865 ; JOURDAN-MARQUES J., « La computation des délais en matière de déféré : petits détails pratiques et grands enjeux théoriques », *D.* 2022, p. 1687.

<sup>150</sup> V. sur la question des hiérarchies : KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962, p. 24 ; GUASTINI R., « Gerarchie normativa », *Revus* 2013/21, pp. 57-70, spéc. p. 58 : « *È pacifico che ogni ordinamento giuridico (moderno) abbia una struttura gerarchica: che, cioè, le norme che lo compongono non stiano tutte sullo stesso piano, che siano gerarchicamente ordinate. Ma in che senso esattamente ? (...) In tutti gli ordinamenti giuridici evoluti le norme sono legate tra di loro da molteplici vincoli di gerarchia. Se ne possono distinguere non meno di quattro tipi* » ; GUASTINI R., « Lex superior, Pour une théorie des hiérarchies normatives », *Revus* 2013/21, pp. 47-55, spéc. n° 15 et sur les normes primaires et secondaires : HART H.-L.-A., *The concept of law* (1961), Broché, 1997, p. 81 et s ; GAVAZZI G., *Norme primarie et norme secondarie*, G. Giappichelli, 1967, Chapitre 2.

<sup>151</sup> GUASTINI R., « Lex superior, Pour une théorie des hiérarchies normatives », *Revus* 2013/21, pp. 47-55, spéc. n° 15.

<sup>152</sup> v. *infra*, n° 273 et s.

En somme, à rebours de l'interchangeabilité approximative à laquelle les notions indéterminées se prêtent trop souvent, cette étude spécifique propose d'interroger les relations de complémentarité qui s'établissent au sein du genre des notions indéterminées : les principes, les notions-cadre et les standards. Ce questionnement premier impliquera, par suite, la démonstration de la place toute particulière qu'occupe le standard dans leur hiérarchie substantielle, linguistique et axiologique<sup>153</sup>.

Aboutir à une définition éclairante du standard juridique, en considération de l'intérêt que cette technique suscite et des vifs débats dont il a été à l'origine<sup>154</sup>, semble, dès lors, nécessaire.

#### *IV. Une démarche renouvelée*

**10. Une méthodologie de recherche renouvelée.** La présente thèse n'a pas l'intention de rayer d'un trait de plume toutes les avancées relatives au standard issues des travaux réalisés depuis près d'un siècle. En revanche, elle obtiendra, par l'examen de ces travaux, un soutien pour aller au-delà des propositions qui ont pu être faites. La démarche ici entreprise a également pour finalité de concilier l'analyse technique du droit des contrats avec une réflexion axiologique qui lui est trop fréquemment opposée. Un auteur réclamait à ce titre la nécessité d'une double réflexion axiologique et technique en ces termes : « *certes, le droit contient une dimension technique indéniable, mais ce n'est pas l'essentiel (...). Dans les autres disciplines, la technique n'est pas l'objet de la science, mais seulement l'application* »<sup>155</sup>. Embrassant ainsi toute la difficulté d'une appréhension du standard tant au travers de ses fonctions techniques que de ses implications axiologiques, cette étude a l'ambition d'objectiver l'action du juge lorsqu'il vient à l'appliquer. La technique du standard, qui nous semble revêtir une importance de premier plan en raison de la richesse de ses possibles<sup>156</sup>, mérite

---

<sup>153</sup> Sur la structure hiérarchique, v. *infra* n° 183.

<sup>154</sup> STURLÈSE B., *art. cit.*, *RDC* 2016, n° 02, p. 398 ; BLANC N., « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, n° 2, p. 394 ; BERGEL J.-L., « Les standards dans les divers systèmes juridiques », Actes du 1<sup>er</sup> Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, sept. 1988, *RRJ* 1988/4, *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 3.

<sup>155</sup> CHAZAL J.-P., *art. cit.*, *APD* 2001, vol. 45, p. 303 et s.

<sup>156</sup> Expression empruntée notamment à : ZIN J., « André Gorz La richesse du possible », *Multitudes* 2007/4, n° 31, p. 171 et s.

d'être comprise de façon plus rationnelle<sup>157</sup>.

Plus encore, une appréhension holistique du standard, prenant en compte les autres techniques législatives utilisées dans la norme, telles que les principes juridiques ou les notions-cadre, répondra à la question de l'origine de celui-ci, interrogation indispensable à sa juste définition. Comme le déclarait le juge Barral dans un entretien récent, « *la loi pose pour (les fonctions de cabinet) de grands principes qui doivent guider notre positionnement (...). Le Code civil pose en matière de protection des majeurs les principes essentiels de subsidiarité et de proportionnalité qui doivent amener le juge (...) à ne prononcer que des mesures strictement nécessaires (...). Dans l'exercice de ce métier de juge, il me paraît inévitable de devoir se référer à certaines valeurs fondamentales* »<sup>158</sup>.

**11. Une méthode de définition réductionniste.** Pour définir le standard, l'approche retenue sera celle de la méthode réductionniste. Le Doyen Gény<sup>159</sup> ou Eisenmann<sup>160</sup> utilisaient déjà cette technique qui opère par voie de systématisation, considérant que « *l'entreprise de définition est avant tout une entreprise de délimitation, de séparation ou de réduction conceptuelle* »<sup>161</sup>. La méthode réductionniste, appliquée au standard, impliquera alors de le réduire à un genre particulier d'objets qu'il s'agira d'identifier, précisément les *notions indéterminées*, pour ensuite le distinguer de ces mêmes objets en déterminant les *caractères* qui font justement du standard une *espèce* spécifique. Ses propriétés, son *intention*<sup>162</sup>, mettront ainsi en évidence son *extension*<sup>163</sup>, c'est-à-dire son champ d'application et ses *déclinaisons*<sup>164</sup>. L'identification des entités composant le groupe des notions indéterminées, les principes juridiques et les notions-cadre, mènera à une opération déductive. Partant des définitions connues, acceptées ou renouvelées de ces deux notions, il s'agira de qualifier,

---

<sup>157</sup> SCHIAVONE A., *IUS. L'invention du droit en Occident*, trad. BOUFFARTIGUE G et J., Belin, L'Antiquité au présent, 2008, p. 13 et s.

<sup>158</sup> BARRAL O., « Le juge cet artisan du réel », Entretien avec Odile Barral, *Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les valeurs du magistrat*, pp. 113-117, spéc. p. 113 et s.

<sup>159</sup> GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 1, Sirey, 1914, p.153 ; v. aussi : JACOB J.-B., « De la normativité de la valeur en droit », *Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les valeurs du magistrat*, pp. 45-63, spéc. p. 50.

<sup>160</sup> EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie de définition et des classifications en sciences juridiques », in EISENMANN C., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Panthéon Assas, p. 289 et s.

<sup>161</sup> JACOB J.-B., « De la normativité de la valeur en droit », *Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les valeurs du magistrat*, pp. 45-63, spéc. p. 50.

<sup>162</sup> JACOB J.-B., *art. cit.*, pp. 45-63, spéc. p. 50.

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> *Ibid.*

au sein des notions indéterminées, lesquelles appartiennent à la catégorie du principe et de la notion-cadre. Cette opération effectuée, l'*extension* du standard, ses *déclinaisons*, pourront être *découvertes* et ses caractères *identifiés* pour lui redonner une *identité* et une *nature* propres.

Cette méthode réductionniste s'inscrira dans une démarche plus globale, partant de du constat de l'imperfection des définitions contemporaines jusqu'à l'application de la théorie générale, nouvellement adoptée, au contexte contractuel.

**12. La démarche adoptée.** Le constat de **l'imperfection des approches contemporaines du standard**<sup>165</sup> impliquera de circonscrire la notion pour en cerner les contours de façon plus conforme à son essence. Le standard avait été réduit par la doctrine à une notion fonctionnelle. L'étude des fonctions idéologiques et techniques du standard permettrait donc d'en révéler l'utilité et la singularité. Or, si l'attribution de fonctions au standard demeure impérative, ce type de définition faillit à son objectif de circonscription. Nous le verrons, les fonctions attribuées aux standards ont pour caractéristique essentielle l'*indétermination* et toutes les notions indéterminées font preuve, comme leur nom l'indique, d'une *indétermination accrue* par rapport aux autres notions juridiques<sup>166</sup>. La transposabilité de la définition fonctionnelle du standard témoignera, par voie de conséquence, de son incapacité à opérer une singularisation suffisante du standard juridique. L'analyse des travaux de Monsieur Rials se révélera dès lors indispensable à la compréhension du standard juridique puisque sa théorie, fondée sur l'idée de normalité, offre un système de lecture éclairant en comparaison avec l'approche fonctionnelle ou formelle de la définition du standard<sup>167</sup>. Cette grille de lecture se fait néanmoins labyrinthe et le choix de la normalité comme dénominateur commun des standards comporte plusieurs écueils<sup>168</sup>. Pour parvenir à circonscrire la notion de standard, il s'agira donc,

---

<sup>165</sup> V. *infra* n° 14 et s.

<sup>166</sup> V. *infra* n° 56 et s.

<sup>167</sup> V. *infra* n° 89 et s.

<sup>168</sup> M. Néron critiquait déjà l'explication du concept de normalité telle que proposée par M. Rials. Il relevait, en outre, l'inadéquation de la morale et du dogmatisme avec le standard en ces termes : « *Selon le professeur Rials, il existe deux conceptions de la normalité. Cette dernière peut être « ce qui est statistiquement » ; le standard constitue une conduite moyenne. Cette normalité est dite descriptive. Mais elle peut être « ce qui doit être » par référence à un modèle abstrait souvent fondé sur la morale. Une telle normalité serait dogmatique. Mais une telle explication du concept de normalité est critiquable. D'une part, ces deux conceptions ne sont pas sans évoquer deux écoles américaines de droit. Ainsi la formule « ce qui est statistiquement » est associée au formalism – law that is. L'expression « ce qui devrait être » renvoie*

d'abord, d'identifier **sa nature**<sup>169</sup>, par comparaison aux autres *espèces* composant le *genre* des notions indéterminées. La recherche d'un contenu matériel adéquat impliquera, en effet, de mettre le standard et les autres notions indéterminées en perspective. Sa caractéristique fondamentale, sa nature, se traduira ainsi dans l'expression de *sous-directive*<sup>170</sup>. Le critère matériel du standard ne constituera pas seulement un dénominateur commun, mais conditionnera la réalité du standard.

Comprendre, ensuite, la manière dont cette technique dynamique répond à sa fonction – *c'est-à-dire l'application d'une directive référentielle identifiée* – nous permettra d'en révéler **les caractères propres**<sup>171</sup>. Si le standard représente, nous le verrons, une catégorie normative incomplète en ce qu'il est *dépendant*, relativement à son contenu, de la directive à laquelle il se *réfère*, il n'est pour autant pas dénué de caractères propres. Puisque sa nature se déploie dans un rapport d'application, ses qualités, devront, elles-mêmes, être décrites en tenant compte de sa nature dynamique. Deux caractères principaux pourront donc être identifiés au sein du rapport d'application : le standard est *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle*.

Cette approche théorique du standard juridique et la matérialisation de ses caractères devront, toutefois, pour passer l'épreuve de sa *conceptualisation*, être contextualisées dans une matière donnée. La redéfinition théorique du standard juridique ne répondra effectivement pas tout à fait à l'objectif conceptuel annoncé. Appréhender le standard par le biais de sa nature et de ses caractères propres ne suffit pas à pallier l'absence d'identification concrète de son contenu. Aboutir à une définition conceptuelle du standard juridique exigera alors de le mettre en contexte et d'identifier la directive référentielle spécifique au standard dans une matière donnée, susceptible de le transformer en notion conceptuelle. **L'identification de la directive référentielle dans le contexte contractuel**<sup>172</sup> précèdera, ainsi, l'étude de son **application**<sup>173</sup>.

---

*aux conceptions du Droit critiquées par les partisans du formalism – law that ought be. D'un côté, la normalité descriptive obéit à une approche quantitative. Bien que concrète, cette normalité mathématique aboutit à rigidifier le Droit. D'un autre côté, la normalité dogmatique est d'ordre qualitatif; le juge dispose alors d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Mais cette normalité abstraite ne sied pas au caractère concret du standard* », NÉRON S., *art. cit.*, JCP G 2011, n° 38, doct 1003

<sup>169</sup> V. *infra* n° 132 et s.

<sup>170</sup> V. *infra* n° 133.

<sup>171</sup> V. *infra* n° 240 et s.

<sup>172</sup> V. *infra* n° 368 et s.

<sup>173</sup> V. *infra* n° 479 et s.



*V. Annonce de plan*

**13. Annonce de plan.** La construction d'une théorie générale du standard à l'épreuve du droit des contrats repose donc fondamentalement sur l'articulation entre les différentes méthodes définitoires. Après avoir mis en lumière les lacunes et les incohérences des approches fonctionnelles et matérielles de la définition contemporaine du standard (**Chapitre préliminaire**) il s'agira d'en décrire les contours et la substance de façon plus conforme à son essence. Malgré la nécessité d'aboutir à une définition matérielle complète plutôt qu'à une simple définition fonctionnelle, la définition théorique qui sera proposée se présentera, *in fine*, au carrefour de ces deux types de définition. Le standard sera compris, en premier lieu, comme *sous-directive d'application d'une directive référentielle* (**Première partie**). Cette définition établira ce à quoi le standard sert en absolu, c'est-à-dire à appliquer la directive supérieure que constitue le principe juridique. Néanmoins, cette démarche ne réussira qu'à avancer une définition quasi matérielle de la notion. Elle n'a, pour finalité, que de démontrer que la matérialité du standard est à rechercher en amont, dans le contenu de la directive. S'élever vers une définition conceptuelle définitive du standard impliquera alors de trouver, dans une matière donnée, la directive, le référentiel commun à tous les standards qui y sont inclus. C'est au droit des contrats que nous avons choisi d'appliquer notre étude théorique puisque, si le contrat est avant tout un instrument de prévision, le droit des contrats s'est révélé être la terre d'élection des standards juridiques. Le standard, en droit des contrats, pourra alors être défini, conceptuellement, comme la *sous-directive d'application du principe de l'équilibre contractuel* (**Seconde partie**) dans sa double acception, *interne et externe*.

**CHAPITRE PRÉLIMINAIRE** – *L'imperfection des approches contemporaines du standard juridique.*

**PREMIÈRE PARTIE** – Le standard juridique, sous-directive d'application d'une directive référentielle.

**SECONDE PARTIE** – Le standard contractuel, sous-directive d'application de l'équilibre contractuel.

## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

### L'IMPERFECTION DES APPROCHES CONTEMPORAINES DU STANDARD

---

**14. De l'impossible définition matérielle à l'approche fonctionnelle.** Dépourvu de contenu défini et définitif, le standard se présente comme une notion quasiment impossible à définir de manière strictement matérielle<sup>174</sup>. Aussi serait-il « *insusceptible d'une définition parce qu'il repose sur des notions (...) qui ne peuvent pas être définies par les méthodes exactes et certaines de la logique juridique* »<sup>175</sup>. C'est pourquoi certains auteurs<sup>176</sup> ont opté pour une approche fonctionnelle, mieux à même d'appréhender le standard juridique qui constituerait, à leur sens, une notion strictement fonctionnelle. Le standard ne pourrait alors être défini que par ses fonctions – finalités, conséquences, usages<sup>177</sup>, implications, etc. –.

**15. Introduction à l'« approche fonctionnelle ».** Toutes les notions juridiques ne revêtent pas le même rôle. Deux catégories distinctes de notions coexistent : les notions fonctionnelles, d'une part, et les notions conceptuelles, d'autre part<sup>178</sup>. Les notions conceptuelles sont celles dont le contenu peut être défini de façon complète et définitive<sup>179</sup> contrairement aux notions fonctionnelles qui ne peuvent être identifiées que par leur(s) fonction(s)<sup>180</sup>. Ces dernières sont alors entièrement dépendantes de leur utilité, de ce à quoi elles servent<sup>181</sup> et de l'interprétation qui en est faite par le juge<sup>182</sup>. Le standard juridique

---

<sup>174</sup> LETURCQ S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 2005, p. 335.

<sup>175</sup> STATI M.O., *Le standard juridique*, E. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, 1927, pp. 36-37.

<sup>176</sup> HAURIOU M., *art. cit.*, *RTD civ.* 1926, p. 265.

<sup>177</sup> WROBLESKI J., « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit », *RRJ* 1988-4, p. 865.

<sup>178</sup> VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851 ; VEDEL G., « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein, la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires », *JCP* 1948, I, p. 682.

<sup>179</sup> TUSSEAU G., « Critique d'une méta-notion fonctionnelle, La notion trop fonctionnelle de notion fonctionnelle », *RFDA* 2009, p. 641.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> DANIS-FATÔME A., *La définition légale*, LGDJ, 2008, p. 275 : « En l'absence de définition, le rôle du juge interprète est particulièrement important au point qu'on a pu parler à son propos de juge co-auteur du droit ». V. également : LABRUSSE-RIOU C., « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs, à propos du droit des personnes et de la famille » in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, pp. 151-176 ; NÉRON S., *art. cit.*, *JCP G* 2011, n° 38.

trouverait sa place dans cette seconde catégorie puisqu'il serait impossible, *a priori*, de lui donner un contenu précis et non contingent<sup>183</sup>. Les définitions fonctionnelles du standard juridique ont d'ailleurs été – et sont – souvent, privilégiées en raison de la complexité intrinsèque à la notion de standard. Les auteurs contemporains ont en effet choisi, pour la plupart, de le définir au travers d'un vocable particulièrement flou et peu éclairant, évitant ainsi de se plonger dans les méandres d'un concept *a priori* insondable<sup>184</sup> : « *on considérera que le standard constitue une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé* »<sup>185</sup>, ou encore « *une notion-cadre* »<sup>186</sup>.

**16. L'insuffisance de l'approche fonctionnelle classique.** Néanmoins, la rigueur juridique impose de trouver une définition plus précise. Selon le doyen Vedel, les notions fonctionnelles « *ne sont pas un pur mot*<sup>187</sup>, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler »<sup>188</sup> ; mais elles constituent des notions ouvertes, prêtes à s'enrichir<sup>189</sup> de tout l'imprévu du futur<sup>190</sup>, et sont amenées, *in fine*, à disparaître. Elles ne sont que des « *objets temporaires, passagers de la classification juridique* »<sup>191</sup>. Les notions conceptuelles « *seraient ontologiquement supérieures aux notions fonctionnelles, qui en constitueraient des dégénérescences ou des palindromes* »<sup>192</sup>. Le standard, notion fonctionnelle, aurait donc vocation à disparaître. Les standards constitueraient, en somme, des notions en attente de contenu<sup>193</sup>. Monsieur Rials a consacré sa thèse à la réalisation de cet objectif : élaborer une définition matérielle et conceptuelle du standard juridique aboutissant à un modèle explicatif global de ce dernier, dépassant la simple définition fonctionnelle. Il a trouvé la

---

<sup>183</sup> CALAIS-AULOY M.-T., « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA* 1999, n° 157 : la notion fonctionnelle « *n'a pas d'autre sens que celui que les spécialistes lui attribuent* ».

<sup>184</sup> À propos de la notion de déséquilibre significatif : DELEBECQUE PH., « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », *LPA* 2000, n° 90, p. 22.

<sup>185</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 13<sup>e</sup> éd., PUF, 2020, p. 979.

<sup>186</sup> BLANC N., « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, n° 2, p. 394 ; CORNU G., *op. cit.*, p. 979, v. « Standard juridique » ; MALAURIE P., MORVAN P., *Introduction au droit*, 4<sup>e</sup> éd., Défrénois, 2012, n° 250.

<sup>187</sup> VEDEL G., *art. cit.*, *JCP* 1948, I, p. 682.

<sup>188</sup> *Ibid* ; v. également : JARROSSON C., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, n° 500.

<sup>189</sup> QUINTANE G., « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in TUSSEAU G. (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 17.

<sup>190</sup> VEDEL G., *art. cit.*, *JCP* 1948, I, p. 682.

<sup>191</sup> Elles ne sont en effet « qu'une forme transitoire et éphémère de l'appareil conceptuel des juristes », TUSSEAU G., *art. cit.*, *RFDA* 2009, p. 641.

<sup>192</sup> *Ibid*.

<sup>193</sup> GENICON T., « Contrat et protection de la confiance », *RDC* 2013, n° 1, p. 336.

clé de son système au sein de la notion de *normalité* à laquelle il a assigné le rôle de dénominateur commun du contenu de tous les standards juridiques.

**17. Plan.** Toutefois, les définitions qui ont été produites jusqu'ici apparaissent insusceptibles de circonscrire véritablement la notion de standard juridique. L'approche fonctionnelle de la définition du standard, convaincante à première vue, car elle reflète immédiatement son utilité, est insuffisante dès lors qu'elle faillit à la vocation première d'une définition, à savoir singulariser le standard au regard des autres notions indéterminées (**Section I**). De la même façon, l'approche matérielle conceptuelle repose sur un critère qui paraît insatisfaisant. La normalité, concept flou et énigmatique, ne permet pas non plus d'identifier clairement la notion de standard, l'objectif du droit lui-même étant de déterminer les conduites dites « normales » (**Section II**).

**SECTION I** – L'insuffisance de l'approche fonctionnelle contemporaine.

**Section II** – La relativité de l'approche conceptuelle reposant sur l'idée de normalité.

## SECTION I

### L'INSUFFISANCE DE L'APPROCHE FONCTIONNELLE

**18. Étude des fonctions attribuées au standard.** De multiples fonctions ont été attribuées au standard, lesquelles, réunies en *unité fonctionnelle*, permettraient d'en dégager une définition concluante. D'une part, le standard serait vecteur de souplesse, de malléabilité, d'adaptabilité du droit et, d'autre part, il introduirait de la morale, des valeurs et, ce faisant, apporterait légitimité et consistance au droit applicable. En outre, c'est l'augmentation de la marge de manœuvre du juge, induite par l'utilisation de ce standard, qui donnerait à ces fonctions la capacité d'atteindre leur pleine effectivité. La première partie de notre raisonnement reposera ainsi sur l'étude des fonctions attribuées par les auteurs contemporains aux standards afin d'en dégager les traits les plus saillants. Cette démarche préliminaire est nécessaire à l'appréhension du standard tel qu'il est défini aujourd'hui et constituera le socle de nos développements futurs. L'examen de ces fonctions (**Sous-Section I**) est indispensable à l'analyse et à la mise en lumière de leurs incohérences.

**19. Remise en question de la pertinence de l'approche fonctionnelle.** Il convient de relativiser cette approche fonctionnelle dans la mesure où, si le standard peut assumer quelques-unes des fonctions qui lui ont été attribuées<sup>194</sup>, il n'en a toutefois pas l'exclusivité<sup>195</sup>. En effet, le standard, avant d'être *standard*, est avant tout une notion indéterminée<sup>196</sup>, ou plus précisément une *sorte* de notion indéterminée. Il n'est qu'une *espèce* dans la *famille* ou le *genre*<sup>197</sup> des notions indéterminées composée également des notions-

---

<sup>194</sup> Nous verrons qu'il convient de cantonner le standard et de réduire sa définition à une fonction bien précise, v. *infra* n° 280.

<sup>195</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, n° 30, p. 34 : « Un seul point commun : l'appartenance de ces termes au monde des valeurs ».

<sup>196</sup> BLANC N., « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, n° 2, p. 394 ; CORNU G., *op. cit.*, p. 979, v. « Standard juridique » ; MALAURIE P., MORVAN P., *op. cit.*, n° 250 ; BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, 2009, p. 62 et s.

<sup>197</sup> À propos de la différence de nature mais pas de genre entre la prescription et la forclusion : « tout dépend du degré de généralité où l'on se place. Les chiens et les chats ont une nature différente mais ce sont pourtant des animaux : le genre est commun. Cette façon de conceptualiser remonte à la théorie de la définition chez Aristote » (Topiques, VI, 4, 141b, 25) ; ROUVIÈRE F., « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », *RTD civ.* 2017, p. 529.

cadre<sup>198</sup>, des notions floues ou encore des principes juridiques<sup>199</sup>. L'indétermination représente la notion centrale de toutes les fonctions reconnues au standard. Or, il s'avère que cette *indétermination* n'est pas une qualité propre à la notion<sup>200</sup>, mais qu'elle constitue le dénominateur commun logique et évident de toutes les notions indéterminées. L'approche fonctionnelle de la définition du standard en ces termes, bien qu'éclairante – voire nécessaire – ne suffit pas à dégager sa singularité par rapport aux autres notions indéterminées (**Sous-Section II**). Sa définition fonctionnelle, telle qu'elle est conçue par les auteurs contemporains, est, *in fine*, celle de la famille des notions indéterminées. La notion de standard, ainsi entendue, a été dévoyée ; elle est employée comme synonyme de *notion indéterminée*.

**Sous-Section I** – Les fonctions attribuées au standard.

**Sous-Section II** – L'incapacité de l'approche fonctionnelle à circonscrire le standard.

---

<sup>198</sup> HENAFF P., « L'unité des notions-cadre », *JCP* 2005, n° 48, doct. 189.

<sup>199</sup> La redéfinition du standard juridique sera d'ailleurs fondée sur la complémentarité des notions indéterminées que sont le principe et la notion-cadre, v. *infra* n° 207 et s.

<sup>200</sup> Madame Bernard considérait de même qu'il s'agissait d'un critère « *insuffisant* » de définition du standard : BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, 2009, p. 62 et s.

## SOUS-SECTION I

### LES FONCTIONS ATTRIBUÉES AU STANDARD

**20. La dualité fonctionnelle du standard.** Le standard juridique a été présenté, majoritairement, comme une notion fonctionnelle. Avant de saisir les lacunes de cette approche, il y a lieu, dans un effort de clarté, de préciser les principales fonctions attribuées au standard. Pour éviter une présentation chronologique et trop descriptive, ces fonctions seront scindées en deux catégories : les fonctions idéologiques (§1 – **Les fonctions idéologiques**), d'une part, et les fonctions techniques, d'autre part (§2 – **Les fonctions techniques**). L'objectif de cette distinction<sup>201</sup> réside, notamment, dans la mise en lumière de la double utilité affichée du standard : sa souplesse permettrait aux valeurs morales ou économiques de trouver une place au sein de la norme dans laquelle le standard est incorporé et cette même souplesse offrirait aux acteurs – juges et États – une marge de manœuvre plus importante par rapport à une règle stricte et chiffrée.

**21. Une présentation reflétant l'état de l'art<sup>202</sup>.** Quoi qu'il en soit, si les notions conceptuelles peuvent être considérées comme des notions abouties, il n'en va pas de même pour les notions fonctionnelles. En effet, celles-ci « *présentent l'inconvénient de ne jamais être achevées* »<sup>203</sup> en ce sens que s'il est possible de dresser la liste de quelques fonctions du standard, elle ne sera jamais exhaustive et suffisante pour en embrasser pleinement la substance. C'est pourquoi il y aura lieu d'envisager par la suite la définition matérielle du standard juridique (*Section II*). Cette présentation n'a en effet pour but que d'éclairer les anomalies et les incohérences de l'approche fonctionnelle du standard. Les propos et les illustrations de cette première étude ne sont que la retranscription des définitions contemporaines et non de notre propre définition du standard. *Certaines notions appelées « standards » dans cette section, seront requalifiées, une fois que nous aurons proposé une nouvelle définition du standard juridique<sup>204</sup>.*

---

<sup>201</sup> Distinction également utilisée, dans un autre contexte, par : CORTEN O., *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 318 et s.

<sup>202</sup> AVERSENG C., « Comment structurer la complexité sans renoncer à l'exhaustivité thématique d'un état de l'art en sciences de gestion ? », *Management & Avenir* 1<sup>er</sup> avril 2011, n° 41, n° 1, pp. 369-386.

<sup>203</sup> JARROSSON C., *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, p. 221, n° 459.

<sup>204</sup> Sur la nouvelle classification des standards, des notions indéterminées sans caractères propres, des notions-cadre et des principes juridiques, v. *infra* n° 281 et s.

## §1. LES FONCTIONS IDÉOLOGIQUES

**22. Entre économie et morale : le standard, un outil idéologique.** Le standard juridique soutiendrait deux visions : la vision économique et la vision morale du droit. Premièrement, le standard permettrait d'adapter le droit aux circonstances et de le rendre plus efficace. En cela, il participerait de la vision économique du droit<sup>205</sup> (**A – La fonction économique**). Deuxièmement, les termes mêmes qui composent les expressions estampillées « standard juridique » évoqueraient le monde des valeurs<sup>206</sup> et permettraient, par cette référence, de légitimer le droit ou, plus précisément, la norme dans laquelle il s'inscrit et la décision du juge fondée sur ce dernier. En somme, il aurait une fonction de moralisation et de légitimation du droit (**B – Les fonctions de moralisation et de légitimation**).

### A. LA FONCTION ÉCONOMIQUE

**23. Correction de la rigidité de la norme et minimisation des coûts législatifs.** La fonction économique du standard est double. Le standard corrigerait, d'une part, la rigidité de la norme et constituerait donc un instrument de malléabilité du droit (**1 – Une souplesse normative**). Il représenterait, d'autre part, un outil de minimisation des coûts et de maximisation de la compétitivité (**2 – Une minimisation des coûts et une maximisation de la compétitivité**), étant donné qu'il dispenserait de recourir à des textes normatifs trop stricts et susceptibles de devenir rapidement obsolètes.

#### 1. UNE SOUPLESSE NORMATIVE

**24. Le défaut d'adaptation du droit aux circonstances comme « lieu commun de la critique du droit »<sup>207</sup>.** La notion de soft law ou droit mou, d'abord restreinte au droit

---

<sup>205</sup> MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, pp. 14-17.

<sup>206</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, n° 30, p. 34.

<sup>207</sup> ROUVIÈRE F., « Les valeurs économiques du droit », *RDC* 2016, n° 113, p. 600 ; MACKAAY E., ROUSSEAU S., *op. cit.*, n° 667, p. 179 ; GORDLEY J., *Foundations of Private Law : Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2006, p. 333.



international, connaît aujourd'hui un développement croissant en droit français et européen<sup>208</sup>. Si ce phénomène a pu être reconnu, en premier lieu, par le Conseil d'État, comme déterminant dans l'inflation législative et la dégradation de la loi<sup>209</sup>, d'autres voix se sont élevées pour démontrer qu'en réalité, l'indétermination dont il est porteur représenterait un élément constitutif du raisonnement juridique. Ainsi Madame Delmas-Marty, dans sa leçon inaugurale au Collège de France, déclarait que « *ce qui domine le paysage juridique actuel, c'est le grand désordre d'un monde tout à la fois fragmenté à l'excès (...), et trop vite unifié, voire uniformisé, par une intégration hégémonique qui se réalise simultanément dans le silence du marché et le fracas des armes* »<sup>210</sup>. Elle ajoutait alors qu'« *ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste, peut dès lors sembler un objectif inaccessible, un exercice pratiquement vain* »<sup>211</sup>. Or, justement, l'une des finalités assignées au standard est d'atteindre cet objectif : rassembler une multitude de situations dans une même notion susceptible de réaliser leur conciliation. Le défaut d'adaptabilité du droit français écrit s'est inscrit peu à peu comme un lieu commun de la critique du droit<sup>212</sup>. Les règles juridiques françaises peuvent sembler rigides, figées, générales et abstraites, donc fortement éloignées des réalités sociales et économiques<sup>213</sup>. Si la règle de droit doit répondre à deux exigences : celle d'assurer l'ordre, la paix, la sécurité et celle de régir des rapports économiques, ces objectifs peuvent paraître difficilement compatibles si l'on considère que, pour atteindre le premier, il est nécessaire d'adopter une norme ferme et rigide, et que, pour parvenir au second, en revanche, il faut préférer une norme souple et mouvante. C'est pourquoi, prenant la mesure de la « *trop grande rigidité de la règle et de son incapacité à tout prévoir* »<sup>214</sup>, le législateur aurait introduit dans le droit des notions dites « vagues » : les standards. Cette introduction répondrait à l'injonction du Doyen Carbonnier selon laquelle « *le législateur qui entend que son œuvre vive (...)* doit savoir creuser à même les textes un au-delà de sa propre pensée »<sup>215</sup>.

---

<sup>208</sup> Conseil d'État, Étude annuelle, *Le droit souple*, 2013.

<sup>209</sup> Rapp. Conseil d'État., « Sécurité juridique et complexité du droit », *La documentation Française*, 2006.

<sup>210</sup> DELMAS-MARTY M., « Cours : Un pluralisme ordonné », *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, 2003, p. 475.

<sup>211</sup> *Ibid.*, v. également, DELMAS-MARTY M., « Cours », *Les forces imaginantes du droit*, Seuil, 2006.

<sup>212</sup> ROUVIÈRE F., *art. cit.*, *RDC* 2016, n° 113, p. 600.

<sup>213</sup> V. notamment : GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Sirey, 1914, n° 40, p. 113.

<sup>214</sup> FORTIER V., « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991-3, p. 756.

<sup>215</sup> CARBONNIER J., *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979, p. 249.

**25. Le standard, correcteur de la rigidité de la règle.** Le standard juridique aurait alors pour caractéristique d'être une notion dont le *signifiant* reste identique, mais dont le *signifié* change<sup>216</sup> au gré des contextes d'application<sup>217</sup>. En revanche, par essence, la généralité et l'impérativité d'une règle de droit « *l'obligent à globaliser dans l'abstrait* »<sup>218</sup>. Selon le Doyen GénY, « *ces catégories logiques qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fond, régies par des dogmes inflexibles (seraient) insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux règles changeantes de la vie* »<sup>219</sup>. En effet, si elles « *procurent, dans la mesure permise à leur champ d'action, la plus ferme direction à l'interprète (...) elles ne sauraient, sans méconnaître leur nature, satisfaire, à elles seules, tous les desiderata de la vie juridique* »<sup>220</sup>. Dans certaines situations, le législateur serait contraint de produire des textes normatifs plus souples, au moyen d'éléments ouverts, afin de répondre plus justement aux exigences sociales, par essence mouvantes<sup>221</sup>. En matière de responsabilité délictuelle, par exemple, s'agissant des professionnels, *la faute* sera appréciée relativement à ce que doit représenter le bon usage de la profession dans un domaine donné, au vu des connaissances acquises à une époque donnée. Ce mode d'expression du législateur ne devrait pas être entendu comme une fuite commode ou désinvolte dans l'abstraction ou la généralité, car il vise plutôt à autoriser une véritable compréhension du réel par la norme juridique qui s'ajusterait ainsi, comme une matière élastique, à l'infinie variété des données concrètes, répondant « *aux exigences d'une société ouverte et pluraliste, soucieuse de régler ses affaires par un droit moderne* »<sup>222</sup>.

**26. Plan.** D'ailleurs, certaines matières du droit résistent, voire s'opposent à une quelconque rigidité légale<sup>223</sup> et ont recours, davantage que d'autres, aux standards et notions floues. Pour une compréhension plus pratique de la malléabilité qui serait offerte

---

<sup>216</sup> STATI M.O., *Le standard juridique*, E. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, Paris, 1927, p. 21.

<sup>217</sup> HAID F., *Les notions indéterminées dans la loi*, thèse Aix-en-Provence, 2005, n° 183, p. 298 ; GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1954, n° 81, p. 187-188.

<sup>218</sup> ANDRÉ-VINCENT PH., « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », *APD.*, t. XVII, *L'interprétation dans le droit*, 1972, p. 138.

<sup>219</sup> GÉNY F., *op. cit.*, p. 129 : « *L'ordre privé, se ramenant essentiellement à une conciliation d'activités libres et à une harmonie d'intérêts, en vue d'une finalité supérieure, ne peut – en dehors de la loi écrite, qui n'en offre jamais qu'une révélation incomplète – trouver ses bases, profondes et fermes, que dans la justice et l'utilité sociale, seuls éléments objectifs capables d'en suggérer les règles, fondées sur la nature des choses et adaptées aux exigences de la vie* ».

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>221</sup> PETEV V., « Standards et principes généraux du droit », *RRJ* 1988-4, p. 827.

<sup>222</sup> *Ibid.*

<sup>223</sup> CORNU G., « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires : rapport de synthèse », *RRJ Droit prospectif, Les définitions dans la loi et les textes réglementaires*, 1987, n° 4, p. 1175.

par le standard, il y a lieu de prendre quelques exemples au sein de différentes matières *a priori* friandes de standards : le droit d'auteur (**a** – **La nécessaire souplesse de la règle et le droit d'auteur**) et le droit de la famille (**b** – **L'adaptation et le droit de la famille**).

#### **a. La souplesse de la règle et le droit d'auteur**

**27. La notion standard de « courte citation ».** Le droit d'auteur est « *par nature une matière évanescence* »<sup>224</sup>. L'œuvre « *a le don d'ubiquité* », elle peut « *être utilisée partout* » et « *par n'importe qui* »<sup>225</sup>. Si les standards sont des notions flexibles ayant pour « *vocation naturelle d'être indéterminées et donc toujours déterminables et redéterminables suivant les circonstances de l'époque* »<sup>226</sup>, le standard aurait donc pour fonction, en droit d'auteur, d'adapter la matière au temps, à la spécificité des œuvres<sup>227</sup>, d'évaluer toute notion en cause selon le type, le support, les modalités, les finalités et la portée de leur diffusion. La notion de *courte citation*, laquelle est qualifiée de standard, a notamment permis au juge d'appliquer la réglementation en matière de citation de façon différente selon qu'il s'agit d'œuvres plastiques ou d'œuvres d'art d'une autre nature. À ce titre, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a-t-elle pu juger, sur le fondement du standard de *courte citation*, que la citation est exclue en matière d'œuvre plastique puisqu'elle ne peut être retranscrite que dans son intégralité<sup>228</sup>, alors que des citations intégrales sont autorisées dans d'autres types d'œuvre pour motif d'information<sup>229</sup>. Le standard permettrait ainsi d'adapter le droit à de nouvelles réalités.

De la même façon, le droit de la famille apparaît particulièrement propice à la prolifération de notions qualifiées de « standards juridiques » (**b**).

---

<sup>224</sup> BLANC N., « Les standards en droit d'auteur », *RDA* 2014, n° 9, p. 83.

<sup>225</sup> *Ibid.*

<sup>226</sup> CORNU G., *Droit civil, Introduction au droit*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Domat droit privé, 2007, n° 188.

<sup>227</sup> BLANC N., *art. cit.*, *RDA* 2014, n° 9, p. 83.

<sup>228</sup> Ass. Plén. 5 nov. 1993, n° 92-10.673 : *Bull. AP*, n° 14 et 15, p. 28 ; Civ 1<sup>re</sup>, 4 juill. 1995, n° 95-16.198 : *Bull. civ. I*, n° 51.

<sup>229</sup> BLANC N., *art. cit.*, *RDA* 2014, n° 9, p. 84.

## b. L'adaptation et le droit de la famille

**28. Intérêt de l'enfant.** De nombreux standards ou notions à contenu variable sont utilisés en droit de la famille dès lors que la famille est à la fois une notion plurale – il n'y a pas *une famille*, mais *des familles* – et une notion susceptible d'évoluer dans le temps – la famille, telle qu'elle était conçue en 1800, n'est plus celle des années 2000 –<sup>230</sup>. L'exemple typique de notion indéterminée, qualifiée de standard en droit de la famille, est la notion d'*intérêt* – plus précisément celle d'*intérêt de l'enfant*<sup>231</sup> qui représente la clé de voûte des décisions judiciaires concernant les enfants en matière familiale –. La nécessité pour le juge de statuer en vertu de *l'intérêt de l'enfant* est inscrite dans la loi : l'article 373-2-6 du Code civil prévoit que le juge aux affaires familiales veille « *spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs* ». Or, cet intérêt prime toute autre considération, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>232</sup>. La notion d'*intérêt de l'enfant* constitue, entre les mains du juge, un outil essentiel lui permettant d'individualiser chaque décision. Le juge peut s'en servir comme fondement de l'interprétation d'un texte ou bien pour en écarter l'application. La notion d'*intérêt de l'enfant* recouvre des réalités extrêmement variées. Il s'agit donc d'une notion indéterminée *a priori*, infixée au préalable, propre alors à embrasser toutes les situations, tous les contextes d'application. Cette notion, désignée comme « *standard* »<sup>233</sup>, offre dès lors au juge la possibilité de rendre une solution personnalisée. Elle implique également la modulation d'autres catégories juridiques telles que le mariage, le divorce, l'adoption, la procréation assistée ou l'autorité parentale. Le flou relatif de l'intérêt de l'enfant introduit ce supplément d'humanité, ce *sur mesure* qui prennent en considération les vies et les personnes en autorisant la mise en œuvre « *des*

---

<sup>230</sup> CARBONNIER J., « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille » in PERELMAN CH., VANDER EST R., (Études), *Les notions a contenu variable*, par Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99 et s.

<sup>231</sup> BONFILS P., GOUTTOIRE A., *Droit des mineurs*, Dalloz, 2008, p. 45.

<sup>232</sup> Civ., 1<sup>re</sup>, 18 mai 2005, n° 02-20.613 : *Bull. civ. I*, n° 211 ; Civ., 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, n° 04-16.942 : *Bull. civ. I*, n° 245 ; Civ., 1<sup>re</sup>, 13 juill. 2005, ns° 05-10.519, 05-10.521 : *Bull. civ. I*, n° 334 ; Civ., 1<sup>re</sup>, 22 nov. 2005, n° 03-17.912 : *Bull. civ. I*, n° 434 ; V. également : Civ. 2<sup>e</sup>, 24 févr. 1993, n° 97-18.213 : *Bull. civ. II*, n° 76 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 18 juin 1997, : *Bull. civ. II*, n° 190.

<sup>233</sup> Nous verrons dans des développements postérieurs que l'intérêt de l'enfant représente une notion-cadre et non un standard, v. *infra* n° 319 et s. En tout état de cause sur ce point : GAREIL L., *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, 2004, p. 232 ; BONFILS P., GOUTTOIRE A., *op. cit.*, p. 45 ; LEBRETON G., « Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur". Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *Cahier de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, 2003, n° 2, p. 79.

*solutions humanisées, rappelant ainsi à ceux qui l'auraient oublié que le droit fait partie des sciences humaines »<sup>234</sup>.*

**29.** Les standards, incorporés à une règle de droit, participeraient, en définitive, de sa dé-rigidification puisqu'ils faciliteraient l'application du droit à des situations individuelles. Dans le même temps, ils offriraient au juge la possibilité de rendre une décision plus appropriée qu'une décision dictée par l'utilisation d'une norme stricte et figée dans le temps et l'espace. Cette malléabilité et cette souplesse transparaissent également au niveau des coûts de la justice : le standard engendrerait à la fois une minimisation des coûts de production et de correction du droit et une maximisation des gains en termes de compétitivité internationale (2).

## **2. UNE MINIMISATION DES COÛTS ET UNE MAXIMISATION DE LA COMPÉTITIVITÉ**

**30. Plan.** Le standard juridique maximiserait la compétitivité internationale (**a – L'adaptabilité, vecteur de compétitivité**) et minimiserait les coûts de la justice (**b – L'adaptabilité, outil de réduction des coûts de la justice**).

### **a. L'adaptabilité, vecteur de compétitivité**

**31. Le standard, une notion qui parle au-delà des frontières.** Les efforts entrepris afin d'améliorer la lisibilité et l'accessibilité du droit concourraient à une progression de sa compétitivité. La modernisation du langage juridique, qui semble passer par l'adoption de termes plus contemporains et plus universels, faciliterait, dans un monde globalisé, les échanges et la compréhension entre cocontractants. Par exemple, l'un des principaux objectifs de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 était, justement, de rendre le droit français, souvent jugé trop obscur et complexe, plus attractif dans l'environnement international<sup>235</sup>. L'ajout croissant des standards dans le corpus juridique français

---

<sup>234</sup> DUMORTIER T., « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion protectrice », *La Revue des droits de l'homme*, mis en ligne le 26 novembre 2013, consulté le 21 mars 2019 : <http://journals.openedition.org/revdh/189> ; DOI : 10.4000/revdh.189.

<sup>235</sup> EID I., « Les enjeux de la réforme du Code civil et ses innovations », in *Livre Blanc : Impacts sur les contrats d'affaires et informatiques*, Dalloz IP/IT, mai 2016, p. 245.

marquerait son rapprochement avec les projets européens et internationaux d'harmonisation du droit<sup>236</sup>. La coexistence de plusieurs langues et de plusieurs droits et le partage de notions qui *parlent* au-delà des frontières nationales, telles que le *reasonable man* et le *reasonable effort*, ouvriraient une voie vers un multijuridisme qui pourrait former le creuset d'un universalisme juridique. À cet égard, le juge Pigeon remarquait qu'en « *matière juridique, lorsqu'on est en présence de termes spécialisés, la difficulté de la traduction, loin d'être éliminée comme dans d'autres domaines, se trouve amplifiée* »<sup>237</sup>.

**32.** La terminologie utilisée par les standards renforcerait, dès lors, sa compétitivité économique. De la même façon, la sémantique indéterminée du standard participerait de la minimisation des coûts de la justice **(b)**.

## **b. L'adaptabilité, outil de réduction des coûts de la justice**

**33. La réduction des coûts de rédaction, de formulation et d'application de la règle.** Certains économistes, ayant étudié la notion de standard en tant que norme vague, indiquaient que « *l'emploi de termes comme bon père de famille, bonne foi, bonnes mœurs, ordre public, ou encore dettes contractées dans le cours ordinaire du ménage* »<sup>238</sup> ne peuvent acquérir de sens que placés dans le contexte concret de la vie sociale<sup>239</sup>. Selon eux, ces derniers « *confèrent à la loi une flexibilité particulière* »<sup>240</sup>. Si le flou et l'imprécision dans les expressions légales apparaissent comme un travers pour les positivistes du droit, les économistes contemporains les envisagent comme un aspect essentiel du droit<sup>241</sup>. Ainsi, l'utilisation de standards, donc de notions plus floues que les règles rigides, aurait pour conséquence une division des rôles entre le législateur et le juge, laquelle aboutirait à la minimisation des coûts de formulation et d'application des règles de droit<sup>242</sup>. En effet, les coûts de rédaction

---

<sup>236</sup> CHASSAGNARD-PINET S., « Le vocabulaire », Dossier : « Le nouveau discours contractuel », *RDC* 2016, n° 113, p. 581.

<sup>237</sup> PIGEON L.-P., « La traduction juridique : l'équivalence fonctionnelle » in GÉMAR J.C., *Langage du droit et traduction. Essais de jurilinguistique*, Montréal, 1982, Linguatex Collection et Conseil de la langue française, p. 273.

<sup>238</sup> MACKAAY E., « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, 12<sup>e</sup> année, Didier-Larousse, 1979, n° 53, p. 33.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>240</sup> *Ibid.*

<sup>241</sup> *Ibid.*

<sup>242</sup> *Ibid.*, n° 53, p. 33.

en termes techniques et précis se révéleraient probablement plus élevés puisqu'ils exigeraient de prévoir toutes les situations, tous les cas possibles. De plus, leur approbation par le Parlement serait d'autant plus problématique que les vocables utilisés sont spécialisés. Aussi a-t-il été démontré qu'il est plus aisé de se mettre d'accord sur une proposition générale que sur une proposition précise<sup>243</sup>. De même, une règle rigide, enfermée dans sa précision, peut s'avérer inadéquate, voire inique, dans certains cas, en ne coïncidant pas tout à fait avec la réalité et la vérité du cas traité.

**34. Conclusion.** Le standard juridique servirait donc, d'une part, une vision économique *largo sensu*, en renforçant l'efficacité du droit par une souplesse et une malléabilité plus pragmatiques et, d'autre part, une vision économique *stricto sensu* avec un gain économique avéré grâce à son aptitude à être entendu et compris hors des frontières.

**35.** Le standard soutiendrait, par ailleurs, une autre vision du droit : il serait vecteur d'une certaine moralisation de celui-ci, le rendant plus acceptable et légitime (B).

## **B. LES FONCTIONS DE MORALISATION ET DE LÉGITIMATION**

**36. Du passage de l'effectivité à l'efficacité de la norme : la recherche de la légitimité du droit.** L'efficacité ne saurait être réduite à l'effectivité : elle la comprend et la dépasse. Une norme efficace n'est pas seulement une norme qui produit des effets, mais qui produit « *les effets qu'on attendait d'elle* »<sup>244</sup>. Il ne suffit pas qu'une norme soit respectée par ses destinataires pour pouvoir prétendre à l'efficacité, il faut, en outre, qu'elle produise l'effet recherché, qui ne se limite pas à son application<sup>245</sup>. L'effet recherché par le législateur, lorsqu'il introduit une norme dans l'ordre juridique, dépend amplement du contexte social, politique<sup>246</sup> et économique dans lequel l'étude est réalisée. Toutefois, la

---

<sup>243</sup> HIRSHMAN A.-D., LINDBLOM CE., *Research and development, Policy making: Some Converging Views*, Behavioral Science, t. 7, 1962, p. 212 cité par : MACKAAY E., *art. cit.*, 12<sup>e</sup> année, Didier-Larousse, 1979, n° 53, p. 33.

<sup>244</sup> DE BÉCHILLON M., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 10.

<sup>245</sup> ROUVILLOIS F., « L'efficacité des normes, réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *FIP*, nov. 2006, p. 3.

<sup>246</sup> FREUND J., « Droit et politique. Essai de définition », *APD* 1971, pp. 15-35 ; De même, selon Monsieur Rouvière : « *le droit a précisément un rôle de médiateur entre la morale et le politique* » : ROUVIÈRE F., *art. cit.*, *RDC*

norme juridique doit toujours tendre vers des objectifs majeurs et permanents qui pourraient être présentés sous une forme syllogistique : une norme est efficace lorsqu'elle est légitime et une norme est légitime notamment lorsqu'elle renvoie à des valeurs extrinsèques au droit. Or, les standards appartiendraient au monde des valeurs<sup>247</sup> (**1 – Un vecteur de moralité**) et, en cela, ils rendraient la norme plus légitime (**2 – Une source de légitimation**).

## 1. UN VECTEUR DE MORALITÉ

**37. L'axiologie et le droit.** Le concept d'axiologie est défini comme l'« *étude ou théorie de tel ou tel type de valeur* », ou « *théorie critique de la notion de valeur* »<sup>248</sup>. *Axios*, « *qui vaut, qui a de la valeur* », constitue une notion développée, notamment, à partir du mouvement du relativisme des valeurs<sup>249</sup>. En droit, la notion de valeur s'est développée au vingtième siècle avec Hans Kelsen et Gustav Radbruch<sup>250</sup>. Ce dernier a mis en avant la notion de paradoxe des valeurs. Les conflits de valeurs susceptibles d'agiter une société provoqueraient, à leur tour, des antinomies, des contradictions dans le fonctionnement du droit lui-même<sup>251</sup>. En conséquence, le droit aurait davantage tendance à exclure l'idée de morale ou de valeur et à n'y recourir que dans les « *cas limites* »<sup>252</sup>, c'est-à-dire des cas plus sociaux ou politiques que juridiques. Les valeurs, en tant que notions, ne seraient pas capables de traiter les cas d'espèce en raison de leur caractère vague et indéfinissable<sup>253</sup>. En outre, la morale et le droit aspireraient à des fins divergentes : la morale aurait une finalité individuelle – celle du perfectionnement intérieur de l'être – et le droit une finalité sociale

---

2016, n° 3, p. 600 ; CHAZAL J.-P., « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC* 2003, n° 1, pp. 27-34, spéc. p. 27 : « *Le droit n'est pas une sphère autonome aux contours hermétiques ; il est influencé par des facteurs extérieurs à son propre domaine ; il est traversé par des courants de pensée et des problématiques dont l'étude est institutionnellement et habituellement rattachée à d'autres disciplines telles que la politique, la philosophie, l'histoire, l'économie, la sociologie, la psychologie, la religion, etc* ».

<sup>247</sup> RIALS S., *th. cit.*, n° 30, p. 34.

<sup>248</sup> LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 2, PUF, Paris, 1997.

<sup>249</sup> RABAULT H., « Droit et axiologie : la question de la place des valeurs dans le système juridique », p. 1, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN5/rabaultTD5.pdf> : « *L'axiologie apparaît de la sorte comme la discipline qui se consacre à l'étude des valeurs dans un monde où règne la pluralité des valeurs* ».

<sup>250</sup> RADBRUCH G., « Le but du droit », *Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de Sociologie*, 1937, p. 48.

<sup>251</sup> *Ibid.* ; v. aussi *Ibid.*, p. 41 : « *Les systèmes de valeurs se nécessitent les uns les autres, mais se contredisent en même temps, ce qui entraîne une contradiction entre justice et sécurité juridique* ».

<sup>252</sup> RABAULT H., *art. cit.*, p. 1.

<sup>253</sup> PAWLOWSKI H.-M., *Méthodologie pour juristes. Théorie de la norme et de la loi*, Heidelberg, 1991, p. 381.



– ambitionnant la création d’une communauté nationale –<sup>254</sup>. La réalité est sans doute, comme souvent, plus complexe et nuancée : le monde des valeurs et le droit entretiennent des relations de complémentarité. Le système juridique opère un choix entre les valeurs – certains considèrent même que le traitement, la hiérarchisation des valeurs est une fonction inhérente au droit<sup>255</sup> –. Les valeurs, elles-mêmes, présentent d’ailleurs un fort potentiel d’action. Si elles ne pas sont directement créatrices de la norme, elles permettent, néanmoins, de passer outre la recherche d’un fondement juridique à la décision en constituant, directement, ce fondement. Les valeurs permettent de réduire la complexité d’une situation et de faciliter *le choix* et par conséquent *l’action*<sup>256</sup>. La valeur est alors *légitimante*. La valeur morale demeurerait toutefois *a priori* strictement cantonnée en amont de l’écriture législative et ne représenterait pas un horizon de la norme juridique. Entre les valeurs morales et le droit, il n’y aurait pas consubstantialité, mais transsubstantialité des premières vers le second : les valeurs morales changent de nature en habitant la loi. Le législateur fonde sans doute ses choix en s’y référant. Alors que le juge, lui, devrait appliquer la loi en consultant uniquement une notion de légalité.

Il demeure que pour les tenants d’une séparation stricte entre morale et droit<sup>257</sup>, la décision ne devrait pas reposer sur les antinomies, *solidarité* versus *égoïsme*, *intérêt propre* versus *intérêt supérieur*, mais sur l’opposition entre *légalité* et *illégalité*.

**38. Le renvoi aux valeurs dans le droit par les standards.** Le doyen Ripert, quant à lui, ne se satisfaisait pas de cette séparation éthique entre valeurs morales et droit. Il considérait que la source morale dans laquelle le droit plonge ses racines devait continuer de l’irriguer sans qu’il faille ériger une paroi de verre entre les deux. Pour filer la métaphore, le droit a besoin d’« *une montée continue de la sève morale* »<sup>258</sup> et le qualificatif de « *continue* »<sup>259</sup> revêt ici une importance capitale. Il signifie que la « *sève morale* »<sup>260</sup> ne doit pas seulement baigner les racines du droit, mais continuer d’alimenter, de nourrir – et ceci de façon manifeste – la matière, jusqu’à son expression ultime, c’est-à-dire son application et sa

---

<sup>254</sup> DRUFFIN-BRICCA S., HENRY L.-C., *Introduction générale au droit*, 12<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2018, p. 34 et s.

<sup>255</sup> LUHMANN N., *Sociologie du droit*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, p. 190 et s.

<sup>256</sup> Sur l’étude de la philosophie de Lhumann : RABAULT H., *art. cit.*

<sup>257</sup> Thèse partagée par les positivistes, v. HART H.-L.-A., « The concept of law, Oxford, 1961 ; « Positivism and The Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 71, 1958, n° 4, pp. 593-629.

<sup>258</sup> RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1955, p. 11.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> *Ibid.*

faculté à produire des décisions légales. Le droit positif régit « *l'ensemble des activités humaines à caractère sociétaire : de façon positive, par la juridicité, de façon négative, par le non-droit* »<sup>261</sup>. Dès lors, le droit naturel, le droit religieux, ne seraient pas susceptibles de se développer de façon tout à fait autonome par rapport au droit positif<sup>262</sup>. Si la finalité du droit ne saurait être d'imposer une *discipline morale* au justiciable, mais seulement une *discipline sociale*<sup>263</sup> – puisqu'imposer une discipline morale reviendrait à requérir l'adhésion intime du sujet –, pour autant, la discipline sociale ne peut être obtenue « *que si ses exigences rencontrent une adhésion suffisante parmi les membres de la société en cause* »<sup>264</sup>, une entente collective sur les valeurs morales véhiculées. Le droit positif réagirait ainsi soit par une « *réaction d'intégration* »<sup>265</sup>, soit par une « *réaction de répulsion* »<sup>266</sup>. C'est dire qu'il y a équivalence entre la réception positive de la loi et sa capacité à devenir, dans les faits, *du droit*, capable donc d'infléchir en actions et en obligations une société humaine. Or, la bouche de la loi<sup>267</sup> ne parle pas aux justiciables en termes juridiques, elle se fait *entendre* surtout lorsqu'elle édicte ses règles en termes de valeurs, dans un langage non spécifique, non technique, et plus universel<sup>268</sup>. C'est à ce titre que les expressions appelées « standards » apparaissent si singulières dans le corpus des normes juridiques, du fait de leur composition lexicale qui serait empruntée au vocabulaire commun de la morale, comme la *bonne foi* ou *l'abus de droit*. En tant qu'ils constitueraient « *dans une acception large (...) des conventions, des principes ou des règles qui s'établissent en société et donnent aux actes sociaux un fondement moral* »<sup>269</sup>, les standards incarneraient donc une ambition à la fois éthique et pragmatique de lisibilité des valeurs dans le droit. Les standards évoqueraient, en les formulant clairement, « *le monde des valeurs* »<sup>270</sup>.

---

<sup>261</sup> NAVARRO J.-S., « Standard et règle de droit », *RRJ* 1988-4, p. 834.

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> HUSSON L., « Le droit, la morale et les sciences humaines », *RIDC* 1970, vol. 22, n°4, p. 659.

<sup>264</sup> *Ibid.*

<sup>265</sup> *Ibid.*

<sup>266</sup> *Ibid.*

<sup>267</sup> *Ibid.*

<sup>268</sup> ROUBIER P., *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Recueil Sirey, 1951, p. 317 : « *Le droit repose en dernière analyse sur une philosophie des valeurs : c'est en fonction même de sa valeur que telle règle pourra être une règle juridique, entraînant des obligations pour l'activité humaine* ».

<sup>269</sup> HART H.-L.-A., *art. cit.*, Oxford, 1961, p. 163 : « *It is necessary to characterize, in general term, those principles, rules and standards relating to the conduct of individuals which belong to morality and make conduct morally obligatory* ».

<sup>270</sup> RIALS S., *th. cit.*, n° 30, p. 34.

**39. Conclusion.** En définitive, non seulement le droit ne devrait pas gommer son obédience aux valeurs morales, mais aurait besoin, tout au contraire, de s'y référer de manière assez explicite. De cette manière, le droit parviendrait, dans les faits, à devenir ce qu'il est : « *cet ensemble de règles imposé aux membres d'une société pour que leurs rapports échappent à l'arbitraire et à la violence* »<sup>271</sup>. Surtout, si le droit venait à assumer clairement les valeurs sur lesquelles il est assis, les règles qui le composent apparaîtraient au citoyen suffisamment légitimes pour que leur observation produise les effets escomptés. Au travers du standard, le droit pourrait atteindre cet objectif puisque ce dernier renverrait à ces valeurs. Le standard légitimerait ainsi la norme applicable dans la mesure où une norme ne peut être parfaitement légitime que si elle renvoie à des systèmes extrajuridiques (2).

## 2. UNE SOURCE DE LÉGITIMATION

**40. Une norme légitime, ou la nécessité d'une justification extérieure au droit.** Une norme, pour être légitime et donc efficace, doit pouvoir être justifiée. Le vecteur de cette justification ne peut pas être intrinsèque au droit lui-même. L'instrument de légitimation doit venir d'ailleurs, d'un système de référence plus universel, plus accessible, plus invariable. La règle juridique doit, par le truchement de termes juridiques, *parler*<sup>272</sup>, au-delà des mots eux-mêmes, un autre langage commun à tous, rassemblant, dans son *esprit*, tous les éléments propices à une adhésion collective. Par conséquent une norme devrait répondre à l'exigence « *d'acceptabilité rationnelle* »<sup>273</sup>, c'est-à-dire satisfaire à la fois des conditions procédurales de rationalité, et « *des conditions substantielles d'acceptabilité* »<sup>274</sup>.

### **41. Le relativisme des valeurs ou l'impossibilité d'une justification universelle ?**<sup>275</sup>

La pensée contemporaine voudrait que soit définitivement admis le concept de relativisme

---

<sup>271</sup> Dictionnaire de l'économie et des sciences sociales, Nathan, Paris 1993, v. « droit » ; V. également : Dictionnaire de l'Académie française, 8<sup>e</sup> éd., Hachette, t. 1, p. 422 et s : « *Ensemble de règles qui sont considérées comme devant régir les relations humaines, qui sont fondées sur les idées de défense de l'individu et de justice, et qui font l'objet de lois et règlements* ».

<sup>272</sup> SÉRIAUX A., *Le droit comme langage*, Lexis-Nexis, 2020, p. 9 : « *Le discours juridique par excellence est d'abord celui qu'on entend, dans les deux sens du terme : il s'écoute et se comprend* ».

<sup>273</sup> AARNIO A., *La pensée juridique moderne*, LGDJ, 1987, p. 195.

<sup>274</sup> *Ibid.*

<sup>275</sup> BOUDON R., « À propos du relativisme des valeurs : retour sur quelques intuitions majeures de Tocqueville, Durkheim et Weber », *Revue française de sociologie* 2006, vol. 47, n° 4, p. 877 : « *Le sujet de l'évolution des normes, des valeurs et des institutions – brièvement : de l'évolution morale – traverse toute l'histoire des sciences sociales* ».

des valeurs qui supposerait que chaque société, chaque époque nourrit ses valeurs et ses vérités et qu'il conviendrait alors de ne pas les comparer. Or, si l'on en croit Durkheim à propos de l'individualisme<sup>276</sup>, contrairement à une croyance répandue selon laquelle l'individualisme serait singulier au monde occidental et serait apparu tardivement, « *l'individualisme, la libre pensée ne datent ni de nos jours ni de 1789, ni de la réforme, ni de la scolastique, ni de la chute du polythéisme gréco-romain ou des théocraties orientales. C'est un phénomène qui ne commence nulle part, mais qui se développe, sans s'arrêter, tout au long de l'Histoire* »<sup>277</sup>. Durkheim emploie ici le terme d'*individualisme*, non pas dans le sens où l'entend Tocqueville<sup>278</sup>, mais dans le sens où l'individualisme est l'état selon lequel « *les sentiments de l'individu sur les institutions au sens large lui seraient dictés par la valeur qu'elles lui paraissent revêtir pour chaque individu quelconque* »<sup>279</sup>. Cela renverrait, en quelque sorte, à ce qui est communément admis par les individus d'une société. De même, selon Max Weber, il existerait un « *effet de rationalisation diffuse* »<sup>280</sup> qui signifierait que certaines idées, comme le caractère intolérable de l'esclavage, s'installent de façon irréversible dans l'esprit public. Il semble ainsi que ce n'est pas la valeur ou la morale *en soi* qui est relativisée, mais plutôt ses modes d'expression qui se sont différenciés et multipliés. On assiste, de fait, à une recrudescence de la morale, de la solidarité et de la valeur-raison dans notre société contemporaine comme en témoignent les nouvelles solidarités<sup>281</sup> ou la réémergence des religions monothéistes<sup>282</sup>. En somme, si une crise des valeurs sans précédent en Occident a été diagnostiquée par Gilles Lipovetsky dans *l'Ère du vide*<sup>283</sup>, ou Marcel Gauchet dans *Le désenchantement du monde*<sup>284</sup>, de nombreux signes laissent pourtant à penser que ce n'est pas le nihilisme des valeurs, mais bien leur renouvellement qui marque les premières années du XXI<sup>e</sup> siècle. Cette quête de valeurs, de sens, est donc si prégnante aujourd'hui qu'elle se manifeste dans des excès, des dérives, des replis, des fanatismes de toutes sortes. Néanmoins, l'introduction de standards juridiques dans la norme, traduisant des valeurs

---

<sup>276</sup> Concept cher à l'entier Code civil et fondateur du consensualisme en droit des contrats.

<sup>277</sup> DURKHEIM E., *De la division du travail social*, PUF, 1960, p. 146.

<sup>278</sup> DE TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, 1835 : l'individualisme est ici compris comme repli de l'individu sur lui-même et sur ses proches.

<sup>279</sup> DURKHEIM E., *op. cit.*, p. 146.

<sup>280</sup> WEBER M., *Économie et société*, t. I, Plon, 1971, p. 336.

<sup>281</sup> Comme l'illustre la vigueur du mouvement associatif en France.

<sup>282</sup> KEPPEL G., *La revanche de Dieu, Seuil*, 1991, M. Keppel identifie clairement un triple mouvement de « *réislamisation, de rejudaïsation et de rechristianisation* » dans le monde.

<sup>283</sup> LIPOVETSKY G., *l'Ère du vide*, Gallimard, 1983.

<sup>284</sup> GAUCHET M., *Le désenchantement du monde*, Gallimard, 1985.

morales et économiques modérées, offrirait au droit un outil de légitimation particulièrement efficace. Le standard du *raisonnable* notamment, qui est aujourd'hui intégré dans la plupart des matières juridiques constituerait l'exemple le plus congruent de justification universelle de la norme. En effet, le standard du raisonnable traduit en droit la valeur-raison, considérée comme la valeur centrale, primitive de l'Homme<sup>285</sup>.

**42. La fonction de légitimation du standard, le renvoi au monde des valeurs et à d'autres systèmes extrajuridiques : une règle hétéro-intégrée<sup>286</sup>.** En tout état de cause, au-delà du standard du raisonnable, la présence de notions qualifiées de standards dans la norme, qui suggéreraient un lien étroit avec le monde des valeurs<sup>287</sup>, ferait office de justification extrinsèque au droit et renforcerait ainsi son acceptabilité. Le standard aurait pour référents d'autres systèmes normatifs, extrajuridiques, dont la complexité échappe même aux investigations des sociologues,<sup>288</sup> mais dont on ne saurait nier l'existence. En effet, le standard ne s'appuie pas, pour l'application de la règle même à d'autres règles ou principes internes à l'ordre juridique, mais « *hors de l'ordre juridique, au niveau d'autres critères qui ne sont pas fixés dans le système des règles de droit* »<sup>289</sup>. Il faut souligner qu'il « *s'agit généralement de valeurs, qu'on imagine consolidées et traduites en concepts ou critères d'évaluation* »<sup>290</sup>. Pour certains, il s'agirait de la finalité première de l'emploi du standard dans la loi<sup>291</sup>. Le standard, qui *dirait* le droit, non pas avec les termes qui sont de son registre spécifique, mais avec ceux des valeurs les plus communes, auxquelles il en appelle comme une garantie, assumerait donc un certain processus de légitimation de la norme juridique<sup>292</sup>. En effet, dans le même espace lexical, s'opère un va-et-vient entre « justice » et « légalité » ou entre « valeur morale » et « juridicité ». Ce phénomène peut être identifié par l'image d'un cercle vertueux, du standard au justiciable en passant par le juge. La

---

<sup>285</sup> Pour un développement plus approfondi sur la notion de raisonnable et ses implications, v. *infra* n° 403 et s.

<sup>286</sup> TARUFFO M., « La justification des décisions fondées sur les standards », *RRJ* 1988-4, p. 1124.

<sup>287</sup> RIALS S., *th. cit.*, n° 30, p. 34.

<sup>288</sup> TARUFFO M., *art. cit.*, *RRJ* 1988-4, p. 1124.

<sup>289</sup> *Ibid.*, C'est d'ailleurs sur cette fonction que reposera fondamentalement notre projet définitoire.

<sup>290</sup> *Ibid.*

<sup>291</sup> ORIANE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ* 1988-4, p. 1051.

<sup>292</sup> DAVID R., « Discussion du rapport du Prof. TUNC A. sur les standards et l'unification du droit », in LIMA MARQUES C. (dir.), CERQUEIRA G. (dir.), *Livre du Centenaire de la société de législation comparée*, Paris, LGDJ, 1970, p. 135 : « *Les standards juridiques réalisent cette tentative de faire du droit autre chose que l'objet d'une science qui soit une science exacte. On réintroduit la vie, on réintroduit la morale dans un droit qui, autrement, risquerait d'être desséché* ».

norme serait légitimée verticalement d'abord, grâce à la valeur souvent explicitement référencée dans les termes du standard ; horizontalement ensuite, au travers de sa réception par le justiciable. Le discours et l'argumentation juridique présupposent une communauté idéale<sup>293</sup> qui sert de norme à n'importe quelle axiologie fonctionnant dans le droit. C'est ce qu'un auteur appelle une « communauté communicationnelle »<sup>294</sup> dont il déclare qu'« elle est la valeur des valeurs ou, en d'autres termes, est ce qui valorise la valeur, est donc la justification de toute normativité »<sup>295</sup>. C'est cette communauté que réaliserait le standard juridique par son expression courante. La particularité de ce creuset référentiel est justement la diversité des origines et des temps d'éclosion qui le composent. Mise à l'épreuve des changements d'époques, de sociétés, de mœurs, cette espèce de pierre angulaire axiologique de la société est un noyau irréformable, à la fois complexe et évident.

**43. Conclusion.** Au-delà de la désaffection vis-à-vis des lois consensuelles et des normes établies par la puissante tradition judéo-chrétienne, au-delà de l'apparent triomphe des valeurs technologiques et de l'arrondissement<sup>296</sup> dont parlait Heidegger, au-delà du retour des communautarismes, la société du XXI<sup>e</sup> siècle est en recherche de lien et de sens. Le retour du religieux, accompagné, hélas, parfois, de ses dérives obscurantistes, traduit le fait que « l'homme cherche à se relier à ses semblables dans un lien sacré fondé sur une transcendance »<sup>297</sup>. Or, les standards présenteraient une double caractéristique. D'une part, ils en appelleraient à des vertus sociales – la confiance, la loyauté – qui ne peuvent que trouver un écho psychologique dans l'existence individuelle, ainsi qu'à des valeurs intellectuelles qui semblent définir l'humanité comme la raison. D'autre part, ces mêmes valeurs se proposent comme les instruments de légitimation du droit. Les standards juridiques traduiraient donc deux visions du droit : une vision morale et une vision plus économique. Ces deux axes, en apparence contradictoires, sont, en réalité, plus bien complémentaires qu'on ne pourrait le penser à première vue. Le standard rendrait le droit plus souple, plus efficace en adaptant

---

<sup>293</sup> PERRET H., « Au-delà de la rhétorique juridique », *Droit et société*, 1988, pp. 73-84, spéc. p. 74.

<sup>294</sup> *Ibid.*

<sup>295</sup> *Ibid.*

<sup>296</sup> HEIDEGGER M., « La question de la technique » *Essais et Conférences*, Gallimard, 1958. Heidegger voit dans le phénomène de la technique un « arrondissement de la nature » qui condamne l'homme à s'oublier dans un processus sans sujet, v. également CÉRÉZUELLE D., « Technique et désir chez Jean Brun », in CHABOT P., HOTTOIS G. (dir.), *Les Philosophes et la technique*, Paris, Vrin, 2003, pp. 218-220.

<sup>297</sup> LENOIR F., *Le monde des religions*, Broché, 2005, n° 9.

son contenu à des situations économiques individuelles, casuistiques, tout en l'asseyant sur des valeurs morales qui le légitiment et lui donneraient un sens plus universel.

44. Outre cette capacité à matérialiser une certaine idéologie dans le droit, le standard modifierait la perception classique du droit écrit grâce à une technique particulière. Le standard apparaît, de fait et avant tout, comme une technique législative dotée de fonctions techniques particulières (§2).

## §2. LES FONCTIONS TECHNIQUES

45. **La technique du standard.** Le standard juridique doit être compris comme une technique législative<sup>298</sup> dotée de fonctions particulières<sup>299</sup>. Comme l'indiquait Demogue, la technique législative définie comme « *l'ensemble des procédés destinés à assurer l'application du droit de manière la plus rapide et la plus complète* »<sup>300</sup> est lacunaire et relative<sup>301</sup>. Il convient de prendre en compte une troisième donnée qui est l'adaptation du droit aux circonstances imprévues<sup>302</sup>. C'est notamment en ce sens que le standard peut être qualifié de technique législative. En tout état de cause, ce dernier permettrait, d'une part, de déléguer le pouvoir du législateur au juge, lui octroyant de ce fait une marge d'appréciation importante (**A – Une délégation de pouvoir**). D'autre part, il représenterait un instrument de premier choix dans les fonctions d'occultation et de régulation du droit (**B – Un instrument de régulation et d'occultation**).

---

<sup>298</sup> Sur la notion de technique législative ou de légistique voir : LAMBOTTE C., *Technique législative et codification*, Story Scientia (Bruxelles), 1988 ; LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative – Étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, 2002 ; VIANDIER A., « La crise de la technique législative », *Droits* 1986, n° 4, p. 75 s. ; TOURRE P.-A., *La légistique*, L'Harmattan, 2018 ; Sur le standard entendu comme technique législative : WROBLESKI J., *art. cit.*, *RRJ* 1988-4, p. 865.

<sup>299</sup> GÉNIAUT B., « La force normative des standards juridiques », in THIEBERGE C., (dir) *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Lextenso éditions, Bruylant, 2009, pp. 183-197, spéc. p. 189 : « *Les standards ne sont pas seulement une technique de formulation de la règle – point de vue sémantique – ils sont dotés d'une fonction au sein de celle-ci – point de vue pragmatique –* ».

<sup>300</sup> CUQ E., *Institutions juridiques des Romains*, t. 1, 1<sup>re</sup> éd., Dalloz, 1891, p. 717, cité par DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, Dalloz, rééd., 2011, p. 203.

<sup>301</sup> DEMOGUE R., *op. cit.*, p. 203.

<sup>302</sup> *Ibid.*

## A. UNE DÉLÉGATION DE POUVOIR

**46. Délégation volontaire du législateur à l'autorité judiciaire.** Le standard marquerait « *le triomphe de l'intuition sur la logique et sur le syllogisme* »<sup>303</sup> et sa promotion se rattacherait « *à la lutte pour la liberté du juge à l'égard du texte de loi* »<sup>304</sup>. Il aurait pour fonction de déléguer le pouvoir du législateur à l'autorité judiciaire<sup>305</sup>. Savigny baptisait « *défectuosité de la loi* »<sup>306</sup> les creux et les vides laissés par le législateur. Le procédé du standard consistait selon lui « *pour le législateur à placer le terrain qu'il a volontairement abandonné sous l'empire d'une autre source de droit (...) c'est une sorte de délégation législative* »<sup>307</sup>. Ainsi, renforcerait-il le rôle du juge<sup>308</sup> dès lors que celui-ci est « *asservi par la loi à la création du droit* »<sup>309</sup>. Néanmoins la notion de lacune *intra legem* serait excessive puisqu'il n'y aurait « *délégation qu'en fait : en droit, les autorités d'exécution doivent être réputées accomplir la volonté des autorités textuelles* »<sup>310</sup>. Qu'elle trouve son origine dans le droit, ou dans le fait, la fonction de délégation de pouvoir du standard n'apparaît toutefois pas discutée<sup>311</sup>. Plus précisément, cette délégation par standard juridique<sup>312</sup> exige du juge qu'il fasse des choix. En effet, au sein même de la délégation législative, le juge peut se retrouver devant trois cas de figure : choisir l'un ou l'autre des standards lorsqu'ils ne sont pas déterminés par le texte ou déterminés de manière vague ; déterminer le contenu du standard ; et enfin justifier son choix d'application du standard lorsqu'il implique une évaluation<sup>313</sup>. En tout état de cause, « *la*

---

<sup>303</sup> TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC* 1970, vol. 22, n° 2, p. 249.

<sup>304</sup> *Ibid.*

<sup>305</sup> V. notamment : PERRIN J.-F., « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? » in PERELMAN CH., VANDER EST R., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 201, spéc. p. 204.

<sup>306</sup> DAVID R., « Discussion du rapport du Prof. André tunc sur les standards et l'unification du droit », in *Livre du Centenaire de la société de législation comparée*, Paris, LGDJ, 1970, p. 135.

<sup>307</sup> SAVIGNY F.-C., *Traité de droit romain*, t.1, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1860, p. 135.

<sup>308</sup> DELEBECQUE PH., « Les standards dans les droits romano-germaniques », *RRJ* 1988-4, p. 875.

<sup>309</sup> LABRUSSE-RIOU C., « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et du droit de la famille », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, pp. 151-176, spéc. p. 167.

<sup>310</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, n° 62, p. 56.

<sup>311</sup> WROBLEWSKI J., *art. cit.*, *RRJ* 1988-4, p. 861 : « *La fonction des standards juridiques dans la technique législative ne semble pas controversée. L'emploi des standards est clairement opposé à une réglementation casuistique et stricte de son objet. Le standard juridique soit comme règle (...), soit comme clause générale (...), ou expression évaluative (...) soit comme principe général (...), implique une individualisation de la décision d'application du droit : le législateur par le standard juridique délègue la compétence d'individualisation au cas concret à l'organe d'application du droit.* »

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. 862.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 861.



*technique législative qui use des standards juridiques laisse toujours (...) une marge d'appréciation supplémentaire par rapport à celle qui ne recourt pas au standard »<sup>314</sup>.*

**47. Fonction de délégation de pouvoir, corollaire de l'adaptation du droit.** Par ailleurs, il est à noter que cette fonction de délégation de pouvoir du législateur au juge serait le corollaire de la fonction d'adaptation du droit<sup>315</sup>. L'utilisation de la technique des standards mettrait alors en exergue la collaboration entre les sources. Le juge devient acteur et auteur du droit : le standard ne serait « *qu'un mot de la loi, une simple empreinte légale qu'il appartient au juge de doter d'une charge normative* »<sup>316</sup>. Alors le juge « *crée du droit à partir d'une loi, sinon muette, du moins éthérée* »<sup>317</sup>. Pour certains, il faut se féliciter de la fonction remplie par le standard juridique puisque le législateur moderne aurait tendance, trop souvent, à avoir « *la névrose du détail et le souci de transformer la règle de droit en mode d'emploi* »<sup>318</sup>.

**48. Conclusion.** Le standard, technique législative, ferait donc la part belle au juge dans le processus judiciaire puisque ce dernier détient le pouvoir d'interpréter et d'adapter le standard *a posteriori*, au cas par cas, contrairement à une règle classique en face de laquelle sa marge d'appréciation est plus réduite.

Par ailleurs, le standard – technique législative – est également utilisé pour cacher une certaine partie du processus législatif – ce serait un outil d'occultation – et/ou pour parvenir à un certain consensus législatif – ce serait un outil de régulation – (B).

---

<sup>314</sup> WROBLEWSKI J., *art. cit.*, RRJ 1988-4, p. 862.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 861 : « le législateur délègue une partie de ses compétences, car il ne voit pas la nécessité ni la possibilité de régler de manière stricte tous les cas *a priori*, en détail, alors qu'on peut mieux le faire cas par cas *a priori* ».

<sup>316</sup> MAZEAUD D., « Sur les standards », RDA 2014, n° 9, p. 35.

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> STURLÈSE B., rapportant les propos de Nicolas Molfessis, « Le juge et les standards juridiques », Dossier : « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », RDC 2016, n° 2, p. 398.

## B. UN INSTRUMENT DE RÉGULATION ET D'OCCULTATION

**49. La fonction de régulation du droit**<sup>319</sup>. La régulation<sup>320</sup> juridique est un concept flou<sup>321</sup> qui recouvrirait trois acceptions possibles : la régulation comme « *attribut substantiel de tout droit* »<sup>322</sup> (1), comme la caractéristique du droit de l'État providence<sup>323</sup> (2), ou enfin comme « *l'indicateur des transformations en cours du phénomène juridique* »<sup>324</sup> (3). Ce dernier aspect, appelé communément le droit de régulation<sup>325</sup>, implique le fait d'introduire des préoccupations nouvelles dans le droit en engendrant une dénaturation des formes juridiques traditionnelles<sup>326</sup>.

**50. Le rôle du standard dans la régulation du droit.** Le législateur, lorsqu'il formule un énoncé normatif, intervient dans la réalité sociale en créant des règles de conduite. Il assigne un caractère obligatoire aux comportements et aux rapports sociaux préétablis et jugés légitimes. Le législateur ne se propose pas de régir des comportements particuliers qui sont, dans le contexte normatif, négligeables, mais les comportements typiques qui revêtent une valeur générale<sup>327</sup>. En effet, « *le mode de pensée en catégorie de situations typiques, standardisées, est (...) propre au législateur, il est dû à sa fonction régulatrice* »<sup>328</sup>. Premièrement, la régulation est comprise comme le moyen, pour le droit, de réguler les conduites<sup>329</sup>, grâce au contrôle interne de juridictions. Deuxièmement, elle peut être entendue au sens de droit régulateur, apparu avec l'État providence. Dans cette deuxième acception, la régulation n'est plus intrinsèque au droit, mais devient la caractéristique même d'un autre « *type de droit* »<sup>330</sup> qui aurait pour finalité de normaliser et

---

<sup>319</sup> ARNAUD A.-J., « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques » *Droit et société* 1997, n°35, pp. 11-35.

<sup>320</sup> Sur la non-concept de régulation v. TIMSIT G., *Archipel de la norme*, PUF, 1997, p. 165 et s.

<sup>321</sup> CHEVALIER J., « La régulation juridique en question », *Droit et société* 2001/3, n°49, p. 827.

<sup>322</sup> *Ibid.*

<sup>323</sup> *Ibid.*

<sup>324</sup> CHEVALIER J., *art. cit.*, p. 827.

<sup>325</sup> C'est cet aspect qui nous intéresse en matière de standard.

<sup>326</sup> C'est également l'analyse de : CHEMILLIER-GENDREAU M., « Le droit international et la régulation », in MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 57 et s.

<sup>327</sup> PETEV V., « Standards et principes généraux du droit », *RRJ* 1988-4, p. 827.

<sup>328</sup> *Ibid.*

<sup>329</sup> CHAZEL F., COMMAILLE J. (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.

<sup>330</sup> CHEVALIER J., *art. cit.*, *Droit et société* 2001/3, n° 49, p. 833.

de réguler les comportements<sup>331</sup> par le biais d'outils législatifs efficaces<sup>332</sup>. Ce nouveau droit prend la forme d'un ordre interventionniste<sup>333</sup>. Enfin, le concept de régulation est utilisé « pour synthétiser les aspects nouveaux que prendrait le droit dans les sociétés contemporaines confrontées à des problèmes radicalement nouveaux »<sup>334</sup> à savoir la mondialisation, la globalisation et la fin de l'État providence<sup>335</sup>. Pour faire face à ces défis, le droit de régulation se veut représentatif d'un autre droit<sup>336</sup> qui serait caractérisé par son adaptation au concret, son « rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir »<sup>337</sup>. Ce droit post-moderne, flexible et pragmatique<sup>338</sup> viserait, *in fine*, à une dérèglementation ou plutôt à un réajustement du droit et de ses modalités<sup>339</sup>. C'est au sein de ce nouveau droit que proliféreraient les standards juridiques<sup>340</sup>, techniques législatives souples et malléables, empruntées d'une indétermination nécessaire à l'adaptation, en temps réel, du droit à la société qu'il entend régir. La norme vague que constituerait le standard opèrerait un revirement dans la conception du droit en tant que norme précise, qui, du fait de sa rigidité excessive, engendrerait, parfois, des effets pervers.

Les standards joueraient également un rôle central dans le phénomène d'occultation.

**51. Le phénomène d'occultation par les standards.** Lorsque le législateur énonce une règle en y introduisant le raisonnable, ou plus largement un standard, il occulte « *le fait qu'ils (les parties prenantes) ne sont en réalité pas parvenu(e)s à un accord et que la contradiction subsiste* »<sup>341</sup>. En matière de contrat, il existe bien une contradiction entre la philosophie volontariste et libérale du code de 1804 et la nécessaire protection de la partie faible avec le développement des contrats d'adhésion et structurellement déséquilibrés, ainsi qu'une

---

<sup>331</sup> CHEVALIER J., *art. cit.*, *Droit et société* 2001/3, n° 49, p. 833.

<sup>332</sup> *Ibid.*

<sup>333</sup> Selon les termes de MORAND C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, 1999.

<sup>334</sup> CHEVALIER J., *art. cit.*, *Droit et société* 2001/3, n° 49, p. 833.

<sup>335</sup> ARNAUD A.-J., *art. cit.*, *Droit et société* 1997, n° 35, pp. 11-35.

<sup>336</sup> TIMSIT G., « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, vol. 78, 1996, p. 375 et s. ; V. aussi FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron., p. 610 et s.

<sup>337</sup> TIMSIT G., *art. cit.*, p. 375 et s.

<sup>338</sup> CHEVALIER J., « Vers un droit post-moderne : les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 659 et s.

<sup>339</sup> CHEVALIER J., *art. cit.*, *Droit et société* 2001/3 n°49, p. 833.

<sup>340</sup> Dans leur définition admise jusqu'ici de normes souples, indéterminées.

<sup>341</sup> CORTEN O., *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 318.

contradiction, *a priori*, entre les valeurs morales et les valeurs économiques qui doivent s'appliquer à la matière contractuelle. Or, les standards apparaissent comme un palliatif à ces contradictions, puisque le législateur ne tranche pas<sup>342</sup>, ce qui amène au deuxième niveau de l'occultation : les États occultent alors également le fait que c'est « *un tiers qui sera amené à résoudre la contradiction* »<sup>343</sup>. En effet, « *il est de notoriété publique que la précision ou le vague de textes légaux répartit de façon variable les pouvoirs du législateur et du judiciaire. Chaque fois que les possibilités d'interprétation augmentent, quand les textes eux-mêmes sont vagues et que l'on abandonne au juge le droit de résoudre des conflits qui se présentent, les pouvoirs de ceux qui doivent trouver la solution juridique du cas particulier augmentent d'autant* »<sup>344</sup>. Toutefois, s'il est clair que le développement des standards traduit un pouvoir croissant du juge<sup>345</sup>, ce transfert, cette délégation de pouvoir n'est en réalité assumée ni par le juge ni par le législateur<sup>346</sup>. Si l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations<sup>347</sup> ratifiée par la loi du 20 avril 2018<sup>348</sup> a, *a priori*, introduit une abondance de standards juridiques, « *une telle souplesse, ainsi distillée dans le droit commun des contrats, pas plus que l'invitation adressée au juge d'apporter sa contribution normative, ne sont assumées pas le récit qui entoure la diffusion de l'ordonnance* »<sup>349</sup>. Apparaît alors une contradiction entre le contenu de l'ordonnance et le discours qui en commente la substance et les finalités. En réalité donc, ce n'est que parce que le législateur a entendu octroyer une certaine liberté d'appréciation ou d'interprétation au juge que ce dernier s'en prévaut de manière abusive<sup>350</sup>. Le juge « *en se conformant au modèle du législateur rationnel, ne revendique nullement une émancipation, mais prétend rester dans les limites fixées par la règle. C'est précisément la permanence de ces représentations et leur distorsion manifeste avec la réalité qui démontrent la prégnance du système classique des sources, qui reproduit non en assumant, mais en occultant tout pouvoir prétorien* »<sup>351</sup>.

---

<sup>342</sup> PIZZORUSSO A., « Standards et contrôle de constitutionnalité des lois », *RRJ* 1988, p. 987.

<sup>343</sup> *Ibid.*

<sup>344</sup> PERELMAN CH., « La sauvegarde et le fondement des droits de l'homme », in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984, p. 203.

<sup>345</sup> MARTENS P., « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 60 et s.

<sup>346</sup> CORTEN O., *th. cit.*, p. 321.

<sup>347</sup> Ord. n° 2016-131, « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 10 février 2016.

<sup>348</sup> L. n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>349</sup> CHASSAGNARD-PINET S., *art. cit.*, *RDC* 2016, n° 113, p. 581 ; REVET TH., « Le nouveau discours contractuel (Rapport de synthèse) », *RDC* 2016, n° 113, p. 627, spéc. n° 8.

<sup>350</sup> CORTEN O., *th. cit.*, p. 321.

<sup>351</sup> *Ibid.*

### *Conclusion Sous-Section I*

**52. La définition fonctionnelle du standard.** En définitive, il convient de résumer la définition fonctionnelle jusqu'ici donnée au standard juridique par la doctrine : le standard juridique serait une notion doublement fonctionnelle.

En premier lieu, le standard juridique aurait une fonction idéologique consistant, d'une part, à renforcer l'efficacité économique de la règle dans laquelle il s'inscrit puisqu'il adapterait le droit dans le temps et dans l'espace tout en minimisant les coûts de production de la règle et en maximisant la compétitivité internationale du droit. D'autre part, le standard serait un outil de légitimation du droit puisqu'il renverrait à des systèmes non juridiques de valeurs qui lui donnent du sens.

En second lieu, le standard détiendrait une série de fonctions plus techniques qui participent, d'ailleurs, des fonctions idéologiques : le standard consentirait au juge une plus grande latitude dans la production et l'adaptation du droit et sa souplesse permettrait à la fois de parvenir plus facilement à un consensus, aussi bien dans la fonction de juger que dans la création du droit. Il apparaît, en somme, que « *malgré la diversité des constructions théoriques du standard juridique, son rôle n'est controversé ni dans la technique législative ni dans l'application du droit* »<sup>352</sup>. En effet, le rôle du standard, donc ses fonctions, ne constitue pas une pomme de discorde doctrinale.

Néanmoins, une définition du standard juridique élaborée uniquement à partir de la description de ses fonctions ne saurait véritablement la distinguer par rapport au reste de la famille des notions indéterminées dont il fait partie. En effet, si le standard peut, effectivement, assumer ces fonctions, il n'en a pas l'exclusivité (**Sous-Section II**).

---

<sup>352</sup> WROBLEWSKI J. *art. cit.*, *RRJ* 1988-4, p. 862.

## SOUS-SECTION II

### L'INCAPACITÉ DE L'APPROCHE FONCTIONNELLE À CIRCONSCRIRE LE STANDARD

**53. Le standard, une notion indéterminée spécifique.** « *Aujourd'hui, tous les termes un peu vagues, toutes les notions plus ou moins indéterminées sont baptisés standards, c'est là une conception singulièrement extensive et peu opératoire de la notion* », <sup>353</sup> remarquait déjà Monsieur Rials il y a quarante ans. Il consacrait également une partie de sa thèse aux fonctions attribuées auxdits standards et plus précisément aux limites d'une approche fonctionnelle de la notion <sup>354</sup>. Ces lacunes résidaient, selon lui, dans le fait qu'il n'existe pas de pure définition fonctionnelle <sup>355</sup> puisqu'il ne s'agirait pas d'un mode de définition autonome <sup>356</sup>. Il considérait que l'avantage des définitions fonctionnelles résidait dans celui de mettre en exergue l'utilité du standard, mais qu'elles ne permettraient pas de l'individualiser <sup>357</sup>. Il n'indiquait cependant pas précisément en quoi ces définitions étaient insuffisantes pour la circonscrire : il critiquait davantage le fait que les auteurs <sup>358</sup> faisaient l'impasse sur une définition matérielle qui leur paraissait irréalisable.

**54. Différence entre *espèce* et *genre* de notions.** Il convient alors d'expliquer en quoi cette approche fonctionnelle de la définition de standard est insuffisante. Elle n'est pas satisfaisante dans la mesure où, si elle est capable de définir le standard, c'est seulement en tant que notion qui compose, parmi d'autres, la famille des notions indéterminées telles que la notion-cadre ou le principe juridique. Le standard est, de toute évidence, une notion indéterminée, <sup>359</sup> mais il n'est qu'une *espèce* dans le *genre* des notions indéterminées <sup>360</sup>. Comme leur nom l'indique, le principal dénominateur commun de ces notions est leur

---

<sup>353</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, n° 31, p. 35

<sup>354</sup> *Ibid.*

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>356</sup> *Ibid.*

<sup>357</sup> *Ibid.*

<sup>358</sup> Par exemple : HAURIU M., « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926, p. 265.

<sup>359</sup> BLANC N., « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, n° 2, p. 394 ; CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 13<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 2020, p. 979, v. « Standard juridique » ; MALAURIE PH., MORVAN P., *Introduction au droit*, 4<sup>e</sup> éd., Défrénois, 2012, n° 250.

<sup>360</sup> HAID F., *Les notions indéterminées dans la loi*, thèse, Aix-Marseille, 2006 p. 124.

*indétermination*, leur caractère vague. Or, la difficulté liée à l'approche fonctionnelle réside dans le fait que cette *indétermination* est placée au centre des fonctions attribuées au standard. En effet, toutes les fonctions qui ont pu lui être reconnues sont inhérentes à l'*indétermination* qu'il revêt. Ainsi, le critère essentiel reliant toutes les fonctions attribuées au standard est l'*indétermination* (§1 – **L'indétermination : dénominateur commun des fonctions**). Par conséquent, il est impossible de singulariser le standard du fait de ses fonctions étant donné que toutes les notions indéterminées sont dotées – manifestement – de cette *indétermination*. Les fonctions idéologiques et techniques présentées, qui ont été accordées au standard juridique par la doctrine, peuvent, en réalité, être remplies par toutes les autres notions indéterminées (§2 – **L'indétermination : dénominateur commun des notions**). Définir le standard par une approche fonctionnelle – donc par ses fonctions –, reviendrait alors à l'assimiler à une simple notion indéterminée générique, sans caractéristique propre<sup>361</sup>.

## **§1. L'INDÉTERMINATION : DÉNOMINATEUR COMMUN DES FONCTIONS**

**55. La notion d'indétermination.** L'indétermination est, elle-même, une notion plutôt obscure, pouvant recouvrir *a priori* une pluralité d'acceptions. Il peut s'agir d'une notion « dont la fonction est vague »<sup>362</sup>, « dont la destination (usage, rôle, fonction) n'est pas précisément établie »<sup>363</sup>, ou encore « dont les limites dans le temps et dans l'espace ne sont pas précisément définies »<sup>364</sup>. Péjorativement, l'indétermination peut aussi évoquer un système « dont une ou plusieurs inconnues peuvent être choisies arbitrairement »<sup>365</sup>. Bref, c'est une notion « dont le contenu reste vague »<sup>366</sup>. Le point commun des fonctions attribuées au standard est cette indétermination<sup>367</sup>. Cette caractéristique détermine l'essence des fonctions idéologiques (**A – Le rôle de l'indétermination dans les fonctions idéologiques**) et des fonctions

---

<sup>361</sup> En réalité, nombre des fonctions attribuées au standard sont en fait l'apanage d'autres notions indéterminées. Sur les notions sans caractères propres v. *infra* n° 299 et s.

<sup>362</sup> CNRTL., v. « Indéterminé ».

<sup>363</sup> *Ibid.*

<sup>364</sup> *Ibid.*

<sup>365</sup> *Ibid.*

<sup>366</sup> *Ibid.*

<sup>367</sup> Madame Chassagnard-Pinet relève, dans une moindre mesure, cette caractéristique commune : CHASSAGNARD S., *La notion de normalité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2000, t. 1, p. 108, n° 216.

techniques (**B – Le rôle de l'indétermination dans les fonctions techniques**) présentées, en amont<sup>368</sup>, comme constitutives de la définition fonctionnelle standard juridique et, dès lors, manque à l'individualiser.

## A. LE RÔLE DE L'INDÉTERMINATION DANS LES FONCTIONS IDÉOLOGIQUES

**56. La notion d'indétermination au centre des fonctions idéologiques.** La première des fonctions idéologiques prêtées au standard est celle du renvoi par ce dernier au monde des valeurs<sup>369</sup> (**1 – Le rôle de l'indétermination dans le renvoi au monde des valeurs**). La seconde est celle de l'adaptation du droit aux circonstances de l'espèce et de l'époque donnée<sup>370</sup> (**2 – Le rôle de l'indétermination dans l'adaptation du droit**). Or, toutes deux peuvent être analysées sous l'angle principal de l'*indétermination*.

### 1. LE RÔLE DE L'INDÉTERMINATION DANS LE RENVOI AU MONDE DES VALEURS

**57. L'indétermination dans la fonction de légitimation et de justification du droit.** Pour qu'une décision ou une norme soit acceptable et acceptée par le citoyen et le justiciable, encore faut-il qu'elle puisse être justifiée. Il a été démontré qu'une justification seulement intrinsèque au droit ne saurait suffire : une justification extrinsèque au droit est donc nécessaire<sup>371</sup>. Le standard aurait pour fonction de rendre plus recevable et plus légitime une norme ou une décision dès lors qu'il renverrait au monde des valeurs. Néanmoins, il s'avère que ce n'est pas parce que le standard est *standard* qu'il renvoie au monde des valeurs, mais simplement parce qu'il est avant tout constitué d'une *indétermination*. Le monde des valeurs n'est qu'abstraction, et qui dit abstraction, dit indétermination<sup>372</sup>. En effet, dans une réflexion sur la nature de l'abstraction, un auteur s'interroge quant à la question de savoir si l'*indéterminé* équivaut à l'*abstrait*. Il affirme que, sans indétermination, il ne peut y avoir connaissance : l'indéterminé « *est l'objet premier du*

---

<sup>368</sup> V. *supra* n° 20 et s.

<sup>369</sup> V. *supra* n° 37.

<sup>370</sup> V. *supra* n° 24 et s.

<sup>371</sup> V. *supra* n° 40 et s.

<sup>372</sup> DELEDALLE G., « Réflexions sur l'abstraction et la nature de l'abstrait. À propos de la philosophie de J. Laporte », *Revue Philosophique de Louvain* 1950, t. 48, n° 17, p. 72 et s.



connaître »<sup>373</sup>. En effet, l'indéterminé est connu avant le déterminé et « *le plus universel avant le moins universel* »<sup>374</sup>. Faisant un pas en avant dans sa réflexion, il considère que l'indéterminé est l'essence de l'intuition intellectuelle. Il reprend ensuite les propos de De Tonquédec en affirmant que « *le concept abstrait comporte une zone d'indétermination* »<sup>375</sup>. Il ne s'agit pas d'une *confusion*, mais bien d'une *indétermination*. Il affirme alors que c'est « *la connaissance parfaite qui aboutit au distinct et à l'absolu* »<sup>376</sup>, mais que cette dernière est très rare, voire illusoire. Par conséquent, la connaissance, qui débute par l'indéterminé s'achève aussi dans la majorité des cas par une *indétermination* – bien qu'elle soit plus relative – plutôt que « *dans le déterminé proprement dit* »<sup>377</sup>. Il en conclut alors que : « *l'indéterminé c'est l'abstrait* »<sup>378</sup>. Ainsi, la référence au monde des valeurs n'est pas un attribut singulier du standard puisqu'il provient essentiellement de son indétermination : « *le droit n'est pas qu'un amas neutre de règles, de normes ou d'instruments, alignés les uns à côté des autres, mais ceux-ci sont organisés, tendent vers les mêmes objectifs, font partie d'une unité cohérente* »<sup>379</sup>, à savoir la réalisation de valeurs<sup>380</sup>. Ce sont, de ce fait, les notions indéterminées, dont le standard n'est qu'une *espèce*, qui facilitent l'influence de ces valeurs au sein du système<sup>381</sup> puisqu'elles confèrent au juge une marge d'appréciation qui sera guidée par le nécessaire respect des valeurs du système juridique. En effet, le contenu des notions indéterminées est nourri par les valeurs<sup>382</sup>, inspirant alors l'interprète dans sa décision<sup>383</sup>. Si, pour beaucoup, « *cette incursion des valeurs au sein du système (...) est*

---

<sup>373</sup> DELEDALLE G., *art. cit.*, *Revue Philosophique de Louvain* 1950, t. 48, n° 17, p. 72 et s.

<sup>374</sup> *Ibid.*

<sup>375</sup> *Ibid.*

<sup>376</sup> *Ibid.*

<sup>377</sup> *Ibid.*

<sup>378</sup> *Ibid.*

<sup>379</sup> BOUX C., « Les notions indéterminées, entre adaptation et sécurité », in NICOD M. (dir.), *Les rythmes de production du droit*, Toulouse, PUT 1 Capitole, 2016, pp. 271-291, spéc. n° 31.

<sup>380</sup> ROBERT P., SOUBIRAN-PAILLET F., VAN DE KERCHOVE M., (dir.), « Normativités et internormativités », in *Normes, normes juridiques, normes pénales*, L'Harmattan, 1997, p. 17 : « *la norme n'est pas seulement une manière de faire, d'être ou de penser, socialement définie, opératoire et sanctionnable. Elle tire l'essentiel de sa force de n'être pas perçue justement comme un simple arbitraire, mais de la reconnaissance de sa légitimité qui se mesure par référence aux valeurs. Si la norme est l'institué, la valeur est l'instituant* ».

<sup>381</sup> BOUX C., *art. cit.*, Toulouse, PUT 1 Capitole, 2016, pp. 271-291, spéc. n° 31.

<sup>382</sup> Nous verrons que le standard juridique est une notion en réalité dénuée de valeur en soi, neutre, qui puise son contenu matériel, ses valeurs, du principe juridique qu'il applique : v. *infra* n° 212 et s.

<sup>383</sup> La notion indéterminée est une « *une notion constituant une interface à la fois entre les valeurs et le droit dur, et entre le phénomène social du droit et le droit lui-même - une notion qui contribue à relier le droit à l'évolution sociale et aux autres sciences humaines* », THIBIERGE C., « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

*particulièrement visible pour les standards* »<sup>384</sup>, c'est dans la mesure où ces auteurs se réfèrent à la définition incomplète du Doyen Cornu. Selon lui, le standard désignerait simplement « *une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, une notion-cadre* »<sup>385</sup>. Or, comment cette définition pourrait-elle être considérée comme satisfaisante alors qu'elle comprend elle-même deux autres notions dites indéterminées que sont les notions souples et les notions-cadre, en les assimilant au standard ? En somme, c'est bien l'indétermination des notions qui « *emporte la nécessité pour le juge devant définir leur contenu de se référer aux valeurs du système juridique* »<sup>386</sup>. Toutefois, si l'abstrait est composé d'une zone d'indétermination, nous constaterons, dans des développements ultérieurs<sup>387</sup>, que le standard juridique n'est pas une notion abstraite, mais concrète et pragmatique. En ce sens, l'indétermination du standard est davantage relative à son expression linguistique qu'à une éventuelle abstraction.

**58. Conclusion.** Le standard juridique ne peut donc être ni singularisé ni défini par le fait qu'il traduirait dans le droit des valeurs morales abstraites puisque c'est en réalité l'attribut de toute notion qui aurait pour caractéristique première l'indétermination<sup>388</sup>. Le standard n'est donc pas, en soi, vecteur de valeur, il n'en est que l'instrument d'application. Avant d'envisager ce point<sup>389</sup>, il y a lieu de constater que la fonction d'adaptation du droit et celle de traduction d'une certaine vision économique du droit ne sauraient, non plus, être créditées de manière exclusive au standard, car ces fonctions sont conférées avant tout par l'*indétermination* dont il est marqué et non par le standard lui-même (2).

---

<sup>384</sup> BOUIX C., *art. cit.*, Toulouse, PUT 1 Capitole, 2016, pp. 271-291, spéc. n° 31.

<sup>385</sup> CORNU G., *op. cit.*, p. 979, v. « Standard juridique ».

<sup>386</sup> BOUIX C., *art. cit.*, Toulouse, PUT 1 Capitole, 2016, pp. 271-291, spéc. n° 31.

<sup>387</sup> V. *infra* n°152 et s ; NÉRON S., « Le standard juridique, instrument juridique complexe », *JCP G* 2011, n° 38, doct. 1003.

<sup>388</sup> Le standard ne renvoie aux valeurs que dans la mesure où il tire son contenu matériel du principe juridique qu'il applique. C'est le principe juridique qui contient ce « *devoir-être* » d'ordre moral, cette transcendance.

<sup>389</sup> Nous verrons d'ailleurs, dans la seconde partie de cette étude que le standard est, selon nous, une notion dénuée de valeur en soi, qui puise son contenu en termes de valeurs dans le principe juridique qu'il applique.

## 2. LE RÔLE DE L'INDÉTERMINATION DANS L'ADAPTATION DU DROIT

**59. L'adaptabilité est le fruit de l'indétermination d'une notion.** L'une des fonctions primordiales attribuées aux standards est l'adaptation du droit<sup>390</sup>. Or, cette adaptation est réalisable, non pas parce que le standard juridique est *standard*, mais parce qu'il appartient à la catégorie des *notions indéterminées*<sup>391</sup>. L'adaptation est consubstantielle à l'indétermination et à la souplesse d'une notion. L'indétermination introduite dans un texte de loi offre au juge une certaine liberté d'appréciation dans la détermination de son contenu. Cette souplesse autorise l'influence de l'évolution des mœurs, du contexte social ou encore économique<sup>392</sup>. Ce qui permet que le droit change sans que le texte soit modifié, ce n'est pas le *standard* à proprement parler, mais l'*indétermination* de l'expression juridique. Les lacunes volontaires dans la détermination normative dispensent un ralentissement de la production législative et assurent la pérennité des textes, ces derniers étant adaptables à la société. De la même manière, l'infinie variété de la vie ne peut être embrassée par un ensemble de règles préexistantes qui pourrait rendre absolument prédictibles, *a priori*, les décisions juridictionnelles. Autrement dit certains « *concepts juridiques sont intentionnellement laissés dans le vague* » parce que l'indétermination intrinsèque de leur contenu est un facteur d'adaptation du droit. Ils « *ont pour vocation naturelle d'être indéterminés, et donc toujours déterminables et redéterminables* »<sup>393</sup> suivant les circonstances et les époques. Ce sont des notions évolutives qui constituent, comme on a pu le dire, « *les organes souples du système juridique* », « *sa chair* », par opposition aux notions déterminées qui en sont « *l'ossature* »<sup>394</sup>.

---

<sup>390</sup> LIBCHABER R., *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n° 257, p. 339 et s. : « *les standards suscitent un assouplissement marqué de la norme, qui n'est plus si directive entre les mains du juge. Fluctuante, elle se trouve à même d'évoluer à l'abri d'une règle inchangée, moins au gré de la variété des juges qu'en fonction des transformations que l'époque impose à la société. En quoi le standard introduit un facteur de souplesse dans la règle de droit, que d'autres techniques ne réalisent pas au même degré. Surtout, elle aboutit à une coopération entre législateur et juge, le premier faisant confiance au second, pour créer des normes adaptables, qui évolueront avec les circonstances sans aucune nécessité de les modifier. Le procédé du standard fait donc intervenir des variations dans la règle de droit, sans porter atteinte à sa lettre. Bien sûr c'est parfois la raison d'une critique qui insiste sur son caractère discrétionnaire* ».

<sup>391</sup> BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, 2009, p. 62 et s.

<sup>392</sup> BOUX C., *art. cit.*, Toulouse : PUT 1 Capitole, 2016, pp. 271-291, spéc. n° 6 : « *grâce à leur texture ouverte, ces notions indéterminées rendent ainsi possible l'adaptation progressive du texte aux circonstances et évolutions de la société* ».

<sup>393</sup> *Ibid.*, spéc. n° 28.

<sup>394</sup> CORNU G., *op. cit.*, 13<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2007, n° 188.

**60. Conclusion.** En définitive, l'indétermination apparaît bien comme la composante première des fonctions idéologiques assumées par le standard. Qu'il s'agisse de la fonction de traduction des valeurs en droit ou de sa portée économique, il y a lieu de constater que ce sont des fonctions qui sont engendrées par l'indétermination des notions au-delà de toute autre considération. Définir le standard par ce biais reviendrait en définitive à le réduire au terme générique de *notion indéterminée*.

**61.** De la même façon, les fonctions techniques du standard ne pourraient lui être associées que dans la mesure où il constitue, avant tout, une *sorte* de notion indéterminée<sup>395</sup> (B).

## B. LE RÔLE DE L'INDÉTERMINATION DANS LES FONCTIONS TECHNIQUES

**62. La notion d'indétermination et les fonctions techniques attribuées au standard.** La première des fonctions techniques attribuées au standard est celle de la régulation du droit<sup>396</sup> (1 – **Le rôle de l'indétermination dans la régulation**). La deuxième est celle de l'occultation<sup>397</sup> (2 – **Le rôle de l'indétermination dans l'occultation**) et la troisième enfin, la fonction de délégation du pouvoir législatif<sup>398</sup> (3 – **Le rôle de l'indétermination dans la délégation de pouvoir**) du législateur au juge. Or, tout comme pour les fonctions idéologiques, ces fonctions techniques peuvent être analysées sous l'angle principal de *l'indétermination*.

### 1. LE RÔLE DE L'INDÉTERMINATION DANS LA RÉGULATION

**63. L'indétermination, vecteur du droit souple.** Là encore, ce n'est pas au standard qu'il faut attribuer la capacité de réguler de façon plus souple et plus adéquate les nouvelles

---

<sup>395</sup> BERNARD E., *th. cit.*, p. 62 et s.

<sup>396</sup> V. *supra* n° 49.

<sup>397</sup> V. *supra* n° 51.

<sup>398</sup> V. *supra* n° 46.

problématiques juridiques<sup>399</sup>. Ce droit de régulation<sup>400</sup>, tel qu'il a été déterminé, est cet autre droit<sup>401</sup>, étant donné qu'il se constitue à contre-courant du droit dit *classique*<sup>402</sup>, à savoir le droit abstrait et général<sup>403</sup>, étatique, régalien. Ce droit de régulation se rapproche des individus, s'adaptant au concret et aux contextes sociétaux qu'il régit<sup>404</sup>. Or cela a été noté<sup>405</sup>, l'adaptation au concret et l'adéquation au contexte de l'espèce sont mises en œuvre, non pas grâce au standard à proprement parler, mais à travers son *indétermination*. En effet, c'est l'*indétermination* qui garantit au juge la possibilité de déterminer au cas par cas les besoins de telle ou telle espèce dans telle ou telle société donnée. Ainsi, la marge d'appréciation est-elle permise, non pas par le standard en tant que tel, mais par son *indétermination*, dont il n'a pas le monopole. Le droit de régulation est considéré, dans cette optique, comme un droit constitué d'un ensemble de règles souples et flexibles<sup>406</sup>, caractérisées par leur indétermination volontaire. De la même façon, sa fonction d'occultation est remplie, elle aussi et avant tout, par l'indétermination du standard (2).

## 2. LE RÔLE DE L'INDÉTERMINATION DANS L'OCCULTATION

**64. L'indétermination, critère essentiel de la répartition des rôles.** Le standard juridique, et notamment le standard du raisonnable, jouerait un rôle dans la médiation législative<sup>407</sup>, puisqu'il permettrait aux États, ou aux acteurs législatifs, de parvenir à un accord sur une question épineuse lors de la création d'une loi<sup>408</sup>. Toujours est-il que c'est une nouvelle fois le caractère flou, vague, indéterminé de la notion qui laisse la marge

---

<sup>399</sup> De la même façon, Madame Chassagnard-Pinet relève que la dérèglementation du droit, qui consiste à soumettre l'objet social « à une autre forme de régulation juridique », est une des fonctions communes aux notions « au contenu non prédéterminé », c'est-à-dire aux notions indéterminées, CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 135, n° 281 et s.

<sup>400</sup> V. *supra* n° 49 ; CHEVALIER J., « La régulation juridique en question », *Droit et société* 2001/3, n° 49, p. 833.

<sup>401</sup> TIMSIT G., « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, n° 78, 1996, p. 375 et s. ; v. aussi FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron., p. 610 et s.

<sup>402</sup> CHEVALIER J., *art. cit.*, *Droit et société*, 2001/3, n° 49, p. 833.

<sup>403</sup> OST F. « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in TIMSIT G., CLAISSE A., BELLOUBET-FRIER N., (dir.) *Les administrations qui changent*, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1996, p. 73 et s.

<sup>404</sup> TIMSIT G., *art. cit.*, *Revue française d'administration publique*, n° 78, 1996, p. 375 et s.

<sup>405</sup> V. *supra* n° 58.

<sup>406</sup> AUTIN J.-L., « L'usage de la régulation en droit public », in MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 43 et s.

<sup>407</sup> V. *supra* n° 51.

<sup>408</sup> CORTEN O., *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 318.

d'appréciation nécessaire au consensus et non pas la notion de standard elle-même. Rappelons-le, « *il est de notoriété publique que la précision ou le vague de textes légaux répartit de façon variable les pouvoirs du législateur et du judiciaire* »<sup>409</sup>. Ainsi, plus une notion est indéterminée lors de son édicition, plus elle devra être déterminée *a posteriori* pour être effective dans un cas d'espèce donnée. Or, au stade de la rédaction législative et de ses discussions, il est bien plus aisé d'arriver à un accord sur une notion qui devra être déterminée par la suite, par les soins d'une personne autre que celle qui l'a promulguée.

**65.** Enfin, la délégation de pouvoir, tout comme les autres fonctions, peut être assurée par le standard en tant et avant tout parce qu'il est une notion indéterminée (3).

### 3. LE RÔLE DE L'INDÉTERMINATION DANS LA DÉLÉGATION DE POUVOIR

**66. Le transfert volontaire du pouvoir par l'indétermination législative.** De la même façon, concernant la délégation de pouvoir qui serait consentie grâce au standard par le législateur au juge<sup>410</sup>, c'est l'*indétermination* de la notion qui est essentielle<sup>411</sup>. C'est parce qu'une notion, intégrée dans une norme, est *indéterminée* qu'elle transfère une partie du pouvoir de détermination du législateur au juge. Il appartiendra alors à ce dernier de déterminer, définir, circonscrire la notion indéterminée pour un cas donné. En somme, si le standard implique cette délégation, c'est parce que c'est d'abord et avant tout une notion indéterminée<sup>412</sup>.

**67. Conclusion.** Le dénominateur commun des fonctions d'adaptation du droit, de délégation de pouvoir, d'occultation, de régulation ou encore de renvoi aux valeurs n'est autre que l'indétermination des notions. Chaque fois, c'est parce qu'une notion est imprécise qu'elle offre à celui qui la manie un large panel de fonctions selon qu'il veut légitimer la norme (renvoi aux valeurs) – s'adapter aux cas concrets – (délégation de

---

<sup>409</sup> CORTEN O., *th. cit.*, p. 318.

<sup>410</sup> V. *supra* n° 46.

<sup>411</sup> PERELMAN CH., « La sauvegarde et le fondement des droits de l'homme », in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, 1984, p. 203.

<sup>412</sup> BERNARD E., *th. cit.*, p. 62 et s. ; Également : CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 150, n° 291 et s.

pouvoir et adaptation du droit) – ou qu'il désire un outil souple pour parvenir à un consensus lors de l'élaboration de la règle – (fonction d'occultation et de régulation) –.

68. Les fonctions attachées au standard sont donc réductibles à son indétermination. Or, l'indétermination n'est pas un attribut exclusif du standard puisqu'il existe une multitude d'autres notions indéterminées. Les fonctions du standard et donc la définition fonctionnelle qui en découle peuvent, par conséquent, valablement, être transposées à la famille des notions indéterminées. L'indétermination, dénominateur commun des fonctions, constitue aussi, par voie de conséquence, le dénominateur commun des notions (§2).

## §2. L'INDÉTERMINATION : DÉNOMINATEUR COMMUN DES NOTIONS

69. **L'indétermination, première composante du standard juridique.** L'indétermination accrue du standard est *la* caractéristique qui a été mise en avant par les auteurs afin de le définir. Pour beaucoup, le standard serait une « *notion du langage juridique à contenu indéterminé ou variable* »<sup>413</sup> : le standard représenterait une technique ayant pour caractéristique une particulière indétermination de la règle de droit<sup>414</sup>. Or, l'*indétermination* n'est pas un caractère exclusif du standard. Le droit français est composé d'une multitude d'autres notions indéterminées : notions-cadre, notions floues, principes, concepts, notions souples. L'approche fonctionnelle de la définition leur est alors transposable (**A – Une définition fonctionnelle transposable**). Toutes sont alors également susceptibles de se voir doter des fonctions détenues, *a priori*, uniquement par le standard (**B – Une concurrence dans les fonctions attribuées**). La parenté du standard juridique avec les autres notions composant la famille des notions indéterminées voue à l'échec la tentative d'approche fonctionnelle du standard juridique.

---

<sup>413</sup> ORIANE P., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Bruylant, 1982.

<sup>414</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 120.

## A. LA TRANSPOSABILITÉ DE LA DÉFINITION FONCTIONNELLE

**70. Assimilation de la notion indéterminée et du standard.** Nombre d'auteurs assimilent *notion indéterminée* et *standard*<sup>415</sup>. Cependant, il peut être considéré que tout langage est, par nature, indéterminé et que le langage juridique ne fait pas exception à la règle<sup>416</sup>. Que l'on considère que le langage juridique soit absolument indéterminé<sup>417</sup> ou relativement indéterminé<sup>418</sup>, il s'agit là d'une controverse relative au degré d'indétermination et non à l'indétermination elle-même. Il semble alors déraisonnable de penser que les expressions linguistiques puissent se calquer parfaitement sur la réalité qu'elles évoquent : ces expressions sont « *le produit d'une abstraction, le résultat d'un processus de classification* »<sup>419</sup>. En conséquence, aucune notion juridique déterminée ne propose un signifiant assez strict pour écarter tout phénomène d'interprétation<sup>420</sup>. En tout état de cause, il n'existe pas de notions déterminées *a priori* dès lors que c'est le contexte qui précise leur sens<sup>421</sup>. En effet, une expression linguistique n'a pas de sens par elle-même<sup>422</sup> : elle n'a de sens que dans un contexte<sup>423</sup>. Ainsi, considérer que le caractère essentiel du standard est son indétermination reviendrait à la réduire seulement à une notion juridique de base qui ne peut être distinguée des autres. Certes, concernant le standard juridique, le degré d'indétermination peut apparaître plus élevé que celui que revêtent d'autres termes juridiques telles que la *caution* ou encore ceux de *péremption* ou de *caducité*. Mais cela s'explique par le fait que, bien souvent, les notions qualifiées de standards sont issues du langage courant, moins technique et moins précis. En effet, les notions appelées *standards* utilisent une terminologie profane et non un langage juridique technique, plus artificiel et doté, lui, d'un potentiel de précision sémantique plus important. Lesdits standards présentent, dès lors, une nature sémantique – c'est-à-dire aussi bien dans le signifié que

---

<sup>415</sup> BOURCIER D., *La décision artificielle*, PUF, 1995, p. 237 ; FRÉMAUX S., *Les notions indéterminées en droit de la famille*, PUAM, Paris Economica, 2003, p. 865 et s.

<sup>416</sup> HAID F., *Les notions indéterminées dans la loi*, thèse, Aix-Marseille, 2006 p. 124.

<sup>417</sup> Thèse défendue notamment par le réalisme juridique.

<sup>418</sup> HART H.-L.-A., *The concept of law*, Oxford, 1961 ; « Positivism and The Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 71, 1958, n° 4, pp. 593-629 ; KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962, p. 24.

<sup>419</sup> HAID F., *th. cit.*, p. 124 et s.

<sup>420</sup> Des auteurs affirment néanmoins l'existence de notions déterminées, comme la vente, ou la créance, v. CORNU G., *Linguistique juridique*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2005, p. 18.

<sup>421</sup> GUIRAUD P., *La sémantique*, PUF, 1964, p. 31

<sup>422</sup> *Ibid.*

<sup>423</sup> CORNU G., *op.cit.*, p. 59



dans le signifiant – plus vague, plus abstraite ou plus générale. Or, le degré de généralité élevé d'une notion a pour corollaire une forte *indétermination*<sup>424</sup>. Néanmoins, si le standard est une notion porteuse d'une indétermination accrue, c'est également le cas de toutes les autres notions qui composent la famille des notions indéterminées.

**71. Assimilation du standard et des autres notions indéterminées eu égard au critère d'indétermination.** Les standards « *créent des difficultés par leur imprécision volontaire* »<sup>425</sup>. Toutefois, « *ils ne sont pas les seuls à nourrir l'équivoque* »<sup>426</sup>. C'est le cas, également, des notions à contenu variable, des concepts mous<sup>427</sup>, des notions-cadre<sup>428</sup>, des notions floues ou encore des principes juridiques. Bien que les auteurs tendent, de plus en plus, à distinguer les différentes notions précitées, tous s'accordent sur la caractéristique commune à cette famille de notions : l'*indétermination*<sup>429</sup> – également nommée « *variabilité* »<sup>430</sup> –.

Par exemple, comme le soulève Marcel Stati dans sa thèse dédiée aux standards juridiques : « *le principe juridique, comme le standard, ne présente pas une solution précise et de détail pour un cas où une hypothèse isolée et préalablement déterminée. Il ne fait, au contraire, qu'exprimer une idée générale, à savoir l'idée qui est commune à plusieurs règles de droit entre lesquelles l'esprit de méthode établit une certaine relation logique, fondée sur l'identité de l'inspiration* »<sup>431</sup>. Les principes « *ont un contenu moral fin, autrement dit peu déterminé, comme ne comportant aucune description de l'action ou des circonstances liées à leur prescription* »<sup>432</sup>. Dès lors qu'ils « *impliquent une détermination à réitérer* »<sup>433</sup>, les principes juridiques peuvent revêtir la qualification de notion indéterminée.

---

<sup>424</sup> SCHAFF A., « Les expressions vagues et les limites de leur précision » in SCHAFF A., *Langage et connaissance suivi de six essais sur la philosophie du langage*, trad. par BRENDEL C., Paris, 1969, p. 242.

<sup>425</sup> HERMITTE V.-M.-A., « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjudiciarisation », *APD* 1985, p. 331.

<sup>426</sup> *Ibid.*

<sup>427</sup> DELEBECQUE PH., « Les standards dans les droits romano-germaniques », *RRJ* 1988-4, p. 875.

<sup>428</sup> CASTETS-RENARDS C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Paris, L'Harmattan, 2003.

<sup>429</sup> CORNU G., *op. cit.*, p. 979, v. « Standard » : « *On peut en donner une idée générale et des exemples particuliers, mais on ne peut, sans la dénaturer, faire rentrer les exemples dans une définition bloquée* ». Pour ce dernier, notion-cadre et standards sont synonymes.

<sup>430</sup> CARBONNIER J., « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille » in PERELMAN CH., VANDER EST R., (Études), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99 et s.

<sup>431</sup> STATI M.O., *Le standard juridique*, E. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, successeurs, Paris, 1927, pp. 36-37.

<sup>432</sup> MAZABRAUD B., « Dernières nouvelles de l'équité », *Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les valeurs du magistrat*, pp. 33-44, spéc. p. 42.

<sup>433</sup> MAZABRAUD B., *art. cit.*, spéc. p. 42.

De même, la notion et le concept sont « *le résultat d'un double acte de généralisation et d'abstraction symbolisé par un mot, qui nous permet de penser les choses absentes soit par leur éloignement dans l'espace, soit par leur éloignement dans le temps* »<sup>434</sup>. En somme, la notion et le concept ne désignent pas une chose de manière tout à fait concrète et précise, mais de manière abstraite, afin que l'homme puisse en avoir l'idée<sup>435</sup>. Concernant les *notions-cadre*, si elles se distinguent des notions floues et vagues étant donné que l'indétermination qu'elles comportent est volontaire, la notion d'indétermination est au centre de leur définition<sup>436</sup>. Les standards, définis seulement comme une sorte de norme souple, de notion-cadre<sup>437</sup>, de catégorie normative incomplète<sup>438</sup>, fondée sur une indétermination qui doit être précisée, ne seraient donc qu'une variation de notion juridique indéterminée, sans consistance propre. En effet, il a été relevé que « *dans cette acception, le standard serait une variété de la notion floue caractérisée par le fait qu'aucune définition matérielle adéquate, ne comportant pas elle-même un standard, ne pourrait lui être substituée, s'agissant d'identifier, non une chose, mais la qualité d'une chose dans un contexte factuel bien déterminé* »<sup>439</sup>.

**72. Conclusion.** Pour résumer, l'*indétermination* constitue la caractéristique première des fonctions conférées aux standards. Or, le standard n'est pas l'unique notion indéterminée. En somme, il peut être affirmé que les fonctions attribuées au standard constituent, en réalité, les fonctions qui pourraient être prêtées à toutes les notions indéterminées, du fait même de leur indétermination. L'approche fonctionnelle de la définition du standard en ces termes serait donc tout à fait transposable à la famille des notions indéterminées. La concurrence des autres notions indéterminées au regard des fonctions attribuées aux standards place donc l'approche fonctionnelle dans l'incapacité de singulariser le standard juridique (B).

---

<sup>434</sup> PARAIN-VIAL J., « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *APD* 1951, p. 131, note 1.

<sup>435</sup> Par exemple, la notion ou le concept de métal est une notion indéterminée dans la mesure où elle ne permet à l'homme que de saisir l'idée du métal et non le type du métal, les caractéristiques etc.

<sup>436</sup> CASTETS-RENARDS C., *th. cit.*, Paris, L'Harmattan, 2003 : « *Le degré de volonté du législateur est plus élevé pour énoncer des notions-cadres que des notions à contenu variable. Le législateur choisit délibérément d'être imprécis et réalise sa prédétermination* ». Mais en tout état de cause, qu'elle soit volontaire ou non, l'indétermination est bien au centre de ces notions.

<sup>437</sup> CORNU G. (dir.), *op. cit.*, p. 979, v. « Standard ».

<sup>438</sup> PETEV V., « Standards juridiques et principes généraux du droit », *RRJ* 1988-4, p. 827

<sup>439</sup> ORIANE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ* 1988-4, p. 1067.

## **B. LA CONCURRENCE DANS LES FONCTIONS ATTRIBUÉES**

**73. Plan.** Les fonctions attribuées aux standards, de manière exclusive, peuvent être accordées à d'autres notions indéterminées. Celles-ci peuvent, en effet, au même titre que le standard, assurer des fonctions idéologiques (**1 – La concurrence des notions indéterminées dans les fonctions idéologiques**) et techniques (**2 – La concurrence des notions indéterminées dans les fonctions techniques**). La définition fonctionnelle donnée aux standards par la doctrine regroupe, alors, l'ensemble de la famille des notions indéterminées.

### **1. LA CONCURRENCE DES NOTIONS INDÉTERMINÉES DANS LES FONCTIONS IDÉOLOGIQUES**

**74. Plan.** Les fonctions idéologiques qui sont citées afin de décrire le standard peuvent être remplies par d'autres notions que ce dernier. C'est le cas du renvoi au monde des valeurs par le principe (**a – La concurrence dans le renvoi au monde des valeurs**). D'une manière analogue, les notions floues et les principes fondamentaux sont capables, au même titre que les standards, de faciliter l'adaptation du droit (**b – La concurrence dans la fonction d'adaptation du droit**).

#### **a. La concurrence dans le renvoi au monde des valeurs**

**75. Le renvoi aux valeurs individuelles par le droit : principe et non standard.** Le standard aurait pour fonction exclusive de renvoyer au système extrajuridique que constitue le monde des valeurs<sup>440</sup>. Néanmoins, ce n'est pas parce qu'il évoque – assurément – au monde des valeurs qu'il détient l'exclusivité de cette fonction<sup>441</sup>. C'est le cas, en effet, de bien d'autres termes qui ne sont pas pour autant considérés comme des standards. Il s'agit notamment des principes, mais également de toute norme qui prescrit une conduite dès lors qu'elle transcrit systématiquement un jugement de valeur. Par

---

<sup>440</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 120.

<sup>441</sup> De la même manière, Madame Chassagnard-Pinet relève qu'« en parsemant le droit de notions au contenu non-prédéterminé, le législateur procède à l'insertion, en son sein, d'une table des valeurs » : CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 148, n° 312 et s.

exemple, l'article 161 du Code civil prohibe le mariage, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants<sup>442</sup>. Bien qu'il ne contienne pas de standard, cet article renvoie à une morale sociale, politique, voire religieuse, traduite en droit. La prohibition du mariage incestueux découle, en tout cas, d'une loi morale établie depuis des siècles et assise sur un tabou naturel et culturel millénaire. L'inceste est d'ailleurs devenu, depuis la loi du 8 février 2010<sup>443</sup>, un facteur aggravant de la sanction pénale. Nous verrons, dans des développements futurs, que si le standard donne l'impression de transcender l'espace juridique grâce aux valeurs dont il est investi, ce n'est, en réalité, que parce qu'il reflète un principe juridique et dans une moindre mesure une notion-cadre<sup>444</sup>. Dans le même sens, si les valeurs individuelles sont promues par le droit, ce n'est pas directement par le moyen des standards. Dans le Code civil notamment, au premier plan, la valeur *liberté* est consacrée par la reconnaissance de la liberté contractuelle dans les dispositions liminaires<sup>445</sup>. La liberté contractuelle ne figurait pas, jusqu'alors, dans le Code civil. Elle n'a d'ailleurs été élevée que très tardivement au rang de valeur constitutionnelle<sup>446</sup>. Cette dernière est ainsi déclinée dans ses quatre composantes : la liberté ou non de contracter, la liberté de fixer le contenu du contrat, de choisir le moment et la personne avec qui l'on va

---

<sup>442</sup> C. civ. art. 161 : « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne* ».

<sup>443</sup> GERMAIN D., « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2010-3, n° 3, p. 599 et s ; GLANDIER-LESCURE N., *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2005, n° 9-27.

<sup>444</sup> V. *infra* n° 206 et s.

<sup>445</sup> C. civ. art. 1102.

<sup>446</sup> En 1998, dans sa décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, « loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail », le Conseil constitutionnel a d'abord déclaré que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ». Ensuite, par une nouvelle décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, « loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 », il a reconnu une valeur constitutionnelle à « *la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* », rappelant qu'il ne peut y être porté atteinte, sauf motif d'intérêt général suffisant. En 2006, dans sa décision n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, « loi relative au secteur de l'énergie ». Le Conseil Constitutionnel a indiqué, de nouveau, que « *le législateur peut (...) à des fins d'intérêt général (...) déroger au principe de la liberté contractuelle* ». En 2012, dans une décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, « Association Temps de Vie », il a déclaré, plus précisément qu'« *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ». Enfin, dans un considérant de principe, en 2013, dans la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, « loi relative à la sécurisation de l'emploi », le Conseil constitutionnel a affirmé » : « *d'une part, il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » et « *d'autre part, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789* ».

s'accorder. De même, l'interdiction des engagements perpétuels<sup>447</sup> protège la liberté de rompre. Or, la *liberté contractuelle* relève du principe<sup>448</sup> et non du standard. Le principe juridique, comme le standard, ne donne pas de solution précise pour une hypothèse déterminée. Ce qui différencie, en revanche, le principe du standard se retrouve dans le terme même de principe juridique qui désigne « *une idée générale et non pas une idée générale quelconque* »<sup>449</sup>. Une idée générale est une idée commune à plusieurs règles juridiques et « *dégagée de celle-ci par voie d'induction, en procédant par abstraction logique et en éliminant les particularités de chaque règle* »<sup>450</sup>. Dans le même sens, la valeur d'égalité est consacrée par le droit, au travers de standards, assurément, mais plus généralement au travers de principes. L'égalité représente une des valeurs phares du droit public<sup>451</sup>, mais également du droit civil. Ses origines remontent à Aristote pour qui l'égalité relevait du juste, et l'inégalité de l'injuste et qui affirmait que « *le juste (...) est ce qui est conforme à la loi et ce qui respecte l'égalité et l'injuste ce qui est contraire à la loi et ce qui manque à l'égalité* »<sup>452</sup>. Le principe d'égalité se manifeste, aujourd'hui, en droit de la consommation<sup>453</sup> notamment, où l'équité, l'équilibre, la proportionnalité<sup>454</sup> sont les principes<sup>455</sup> qui permettent de sanctionner les comportements qui lui sont contraires. En effet, l'équité, du latin *aequitas*, signifie « *égalité d'âme, calme, équilibre* »<sup>456</sup>. Lorsque le nouvel article 1108 du Code civil dispose que « *le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* » c'est notamment au principe d'égalité qu'il fait

---

<sup>447</sup> C. civ. art. 1210.

<sup>448</sup> LATINA M., « Contrat : généralités », *Rep. civ.*, 2017, act. 2019, n° 103 ; AUBRÉE Y., « Contrat de travail : clauses particulières », *D.* 2017, act. 2018, n°11 ; GOUBINAT M., « L'édiction de principes généraux, quel intérêt ? », *LPA* 2013, n° 256, p. 13.

<sup>449</sup> STATI M.O., *Le standard juridique*, E. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, Paris, p. 55, n° 15 et s.

<sup>450</sup> *Ibid.*

<sup>451</sup> L'égalité devant la loi, ou devant l'impôt.

<sup>452</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. TRICOT J., Librairie J. Vrin, 1987, liv. 5, 1, p. 214.

<sup>453</sup> Mais aussi en droit du travail, en droit européen, en droit de l'environnement, en droit administratif, en procédure pénale etc.

<sup>454</sup> Notamment en matière de cautionnement : Com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619 : *Bull. civ.* IV, n° 136, p. 152, *JCP E* 2002, p. 1730, note LEGEAIS D. ; *D.* 2003, p. 414, note KOERING R. ; *JCP* 2003, II, 10017, note PICOD F. ; *JCP* 2003, I, 124, n° 6, obs. SIMLER PH.

<sup>455</sup> Pour la proportionnalité : ROMAN B., « Principe de proportionnalité et obligation de conseil des cautions : mauvaises nouvelles pour les banques », *Gaz. pal.* 2003, p. 4 ; CJCE., 17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, aff. 15/83, Rec. 2171 : « *Le principe de proportionnalité exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché* » ; LEFRANC-HAMONIAUX C., « Travail à temps partiel », « *Le principe de proportionnalité s'applique non seulement au salaire stricto sensu (contrepartie directe du travail effectué), mais également aux différents avantages financiers auxquels le salarié peut prétendre en cours de contrat de travail* », *Rep. trav.*, 2012, actu. 2018 ; Pour l'équilibre, v. art. prélim. CPP.

<sup>456</sup> BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, 1999, p. 3.

référence. Il ne s'agit pas d'une égalité arithmétique, mais d'une forme d'égalité ou plutôt d'une apparence d'égalité<sup>457</sup>. De même, en droit pénal, la présomption d'innocence, la légalité des délits et des peines sont autant de principes qui se réclament des valeurs de justice et d'égalité.

**76. Le jugement de la valeur ou l'essence de toute norme prescriptive d'une conduite.** Dès qu'une norme prescrit, elle opère un jugement de valeur. Ainsi, toute norme, en prescrivant la conduite qui *devait-être* véhicule une valeur qui la transcende, sans qu'il y ait besoin de l'identifier précisément. Or, la prescription n'est pas propre au standard. Nous considérons même, au rebours de cette affirmation, que le standard n'est pas une technique de prescription, mais un *instrument de mesure* de celle-ci<sup>458</sup>. En effet, lorsqu'une norme commande un comportement, soit le comportement effectif est conforme à cette norme, soit il ne l'est pas. Lorsqu'il lui obéit, le comportement est tel qu'il *doit être* selon cette norme<sup>459</sup>. Lorsqu'il lui désobéit, le comportement est « *le contraire d'une conduite conforme à la norme* »<sup>460</sup>. Or, affirmer qu'un comportement effectif est tel qu'il doit « *être d'après une norme objectivement valable* »<sup>461</sup> c'est prononcer un jugement de valeur sur ladite conduite opérée par l'agent. C'est un jugement de valeur positif<sup>462</sup> puisque la conduite est considérée comme « *bonne* »<sup>463</sup>. De même, dire qu'un comportement n'est pas tel qu'il devrait être selon une norme légitime constitue un jugement de valeur négatif<sup>464</sup>. En effet, même si l'on part du postulat selon lequel le droit est distinct de la morale et de la justice<sup>465</sup>, cela ne signifie pas pour autant que « *la notion de droit ne tombe pas sous la notion de bien. Car le bien ne peut pas être défini autrement que comme « ce qui doit être » (das Gesollte) c'est-à-dire ce qui est conforme à une norme ; et si l'on définit le droit comme une norme, cela implique que « ce qui est conforme au droit est bien* »<sup>466</sup>.

---

<sup>457</sup> BERTHIAU D., *th. cit.*, p. 3.

<sup>458</sup> V. *infra* n° 241 et s.

<sup>459</sup> KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962, p. 24.

<sup>460</sup> *Ibid.*

<sup>461</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>462</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>463</sup> *Ibid.*

<sup>464</sup> *Ibid.*

<sup>465</sup> *Ibid.*

<sup>466</sup> *Ibid.*, p. 74.

77. Dans le même sens, la concurrence des autres notions indéterminées s'exerce sur le plan de l'adaptation du droit (b).

## **b. La concurrence dans la fonction d'adaptation du droit**

78. **L'adaptation du droit et les notions indéterminées, la loi Badinter.** Au sein de la fonction idéologique conférée au standard juridique, il a été démontré<sup>467</sup> que ce dernier, présent dans les textes, favorise un ralentissement du rythme de production législative. Il signifie, pour le juge, la possibilité d'adapter leur contenu, ce qui évite que le texte lui-même n'ait à changer. En réalité, toutes les notions indéterminées servent cette adaptation du droit. C'est leur contenu indéterminé qui « *leur permet d'adapter les textes aux situations concrètes et aux évolutions de la société* »<sup>468</sup>. Or, ces notions souples « *peuvent prendre la forme de standards, mais pas uniquement* »<sup>469</sup>. La notion de *véhicule terrestre à moteur*, par exemple, issu de la loi Badinter de 1985<sup>470</sup>, très importante en matière de responsabilité civile, n'est pas un standard. Son indétermination permet pourtant au droit de s'ajuster à une réalité qui évolue et de prendre en compte une gamme toujours plus large de véhicules. Elle octroie, en ce sens, une marge de manœuvre importante au juge qui a la charge de l'interpréter. En effet, la loi ne définit pas la notion de *véhicule terrestre à moteur*. C'est au juge ainsi qu'à la doctrine qu'est revenue la tâche de la définir. La notion est alors décrite, notamment, comme « *un engin circulant sur le sol, muni d'une force motrice et pouvant transporter des choses ou des personnes* »<sup>471</sup> ou encore comme « *tout engin ayant une force motrice, apte au transport des personnes ou des choses et évoluant sur le sol* »<sup>472</sup>. Si, à l'origine, seuls les véhicules classiques étaient pris en compte – automobiles, motocycles, tracteurs –, aujourd'hui, même les tondeuses à gazon peuvent être considérées comme des véhicules terrestres à moteur dès lors qu'elles sont autoportées<sup>473</sup>. De même, les nouveaux véhicules-jouets peuvent être

---

<sup>467</sup> V. *supra* n° 59 et s.

<sup>468</sup> BOUIX C., « Les notions indéterminées, entre adaptation et sécurité », in NICOD M. (dir.), *Les rythmes de production du droit*, Toulouse, PUT 1 Capitole, 2016, pp. 271-291, spéc. n° 36.

<sup>469</sup> *Ibid.*

<sup>470</sup> L. n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

<sup>471</sup> PICARD M., BESSON A., *Les assurances terrestres en droit français*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1982, t. 1, n° 413.

<sup>472</sup> VINEY G., JOURDAIN P., GHESTIN J., (dir.), *Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 988 ; CHABAS A., *Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 1988, n° 131.

<sup>473</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 24 juin 2004, n° 02-20.208 : *Bull. civ. II*, n° 308, p. 260 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 22 mai 2014, n° 13-10.561 : *Bull. civ. II*, n° 116.

considérés comme des VTM. Néanmoins, dans un arrêt récent, la Cour de cassation a refusé la catégorisation du fauteuil électrique comme VTM et lui a préféré<sup>474</sup> la notion de « *dispositif médical destiné au déplacement d'une personne en situation de handicap* »<sup>475</sup>. Toujours est-il que cette notion de VTM autorise un accord du texte avec les changements technologiques de notre société contemporaine, en l'occurrence la création de nouveaux engins et l'émergence de nouvelles situations dommageables.

Par ailleurs, les droits fondamentaux, utilisés comme des notions souples, à l'instar des standards, permettent d'adapter le contenu des textes légaux<sup>476</sup>.

**79. L'adaptation du droit et les notions indéterminées, l'exemple des droits fondamentaux.** La notion de vie familiale, par exemple, protégée par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme est une notion floue qui n'a pas été définie par le texte lui-même. C'est la Cour qui l'a interprétée. Or, il est manifeste que la notion de famille a considérablement évolué depuis l'adoption de la Convention. Dans un arrêt relativement récent<sup>477</sup>, la Cour a d'ailleurs admis qu'une relation durable entre deux individus homosexuels relevait de la protection de l'article 8 contrairement à sa précédente jurisprudence<sup>478</sup>.

**80. Conclusion.** En définitive, l'adaptation du droit aux circonstances et à la société n'est pas l'apanage des standards juridiques, tout comme la fonction de délégation de pouvoir ou de régulation du droit (2).

## 2. LA CONCURRENCE DES NOTIONS INDÉTERMINÉES DANS LES FONCTIONS TECHNIQUES

**81. Plan.** Les définitions techniques qui ont été attachées au standard juridique peuvent être remplies par des notions indéterminées autres que ce dernier. C'est le cas pour la fonction de délégation de pouvoir (**a – La concurrence dans la fonction de délégation**

---

<sup>474</sup> Il s'agit d'une décision d'opportunité dans la mesure où si le fauteuil électrique était qualifié de VTM, la personne serait alors qualifiée de conductrice et sa faute simple pourrait lui être opposée pour limiter sa réparation, même en cas de dommage corporel. Il s'agit d'un objectif de justice.

<sup>475</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 6 mai 2021, n° 20-14.551 : P.

<sup>476</sup> BOUX C., *art. cit.*, Toulouse, PUT 1 Capitole, 2016, pp. 271-291, spéc. n° 37.

<sup>477</sup> CEDH., 24 juin 2010, *Schialk et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/04.

<sup>478</sup> CEDH., 10 mai 2001, *DC Mata Estevez c/ Espagne*, req. n° 56501/00.



**de pouvoir)** et la fonction d'occultation (**b – La concurrence dans la fonction d'occultation**).

**a. La concurrence dans la fonction de délégation de pouvoir**

**82. La fonction de délégation de pouvoir, propre aux « notions indéterminées » et non au standard en particulier.** Le standard juridique, notion indéterminée, engendre une délégation de pouvoir du législateur au juge<sup>479</sup>. Néanmoins, bien d'autres expressions juridiques remplissent le même office, c'est le cas de « *la clause générale* »<sup>480</sup> comme « *l'arbitre impartial* » ou la « *diligence* ». C'est le cas également pour « *l'expression évaluative* »<sup>481</sup> telle que « *l'intérêt justifié* » et pour le « *principe général* »<sup>482</sup> qui « *implique(nt) une individualisation de la décision d'application du droit* »<sup>483</sup>. Si la technique du standard juridique « *laisse toujours en fin de compte une marge de manœuvre supplémentaire par rapport à celle qui ne recourt pas au standard* »<sup>484</sup>, la même conclusion peut être dressée pour les autres notions indéterminées. En effet, c'est le point commun des règles contenant des clauses générales, des expressions évaluatives, ou encore des principes juridiques<sup>485</sup>. Le standard n'est donc pas le seul instrument qui implique pour le juge de faire œuvre personnelle. Par exemple, une délégation de pouvoir au profit du juge s'opère également lorsque la loi comporte des lacunes<sup>486</sup> ; ou encore lorsque la loi renvoie directement au juge pour qu'il fixe un délai, une sanction, la hauteur d'une indemnité. Dans le cas de la sanction de la rupture abusive

---

<sup>479</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 45 et s.

<sup>480</sup> WROBLEWSKI J., *art. cit.*, *RRJ* 1988-4, p. 861.

<sup>481</sup> *Ibid.*

<sup>482</sup> *Ibid.*

<sup>483</sup> *Ibid.*

<sup>484</sup> *Ibid.*

<sup>485</sup> *Ibid.*

<sup>486</sup> L'article 4 du Code civil l'indique expressément.

des pourparlers<sup>487</sup>, le juge peut octroyer, sur le fondement de la bonne foi<sup>488</sup>, des dommages et intérêts<sup>489</sup>.

83. Par ailleurs, l'occultation d'une partie du processus de création normative est, certes, favorisée par le standard, mais également par les notions dites vagues (b).

## b. La concurrence dans la fonction d'occultation

84. **La fonction d'occultation du droit et la soft law internationale.** Le phénomène d'occultation est très présent en droit international dans la mesure où il est question, très souvent, de trouver un consensus sur des interrogations globales<sup>490</sup>. Le phénomène d'occultation s'avère intéressant en la matière puisqu'il rend possible la prise d'une décision qui pourra, par la suite, être aménagée par les États en leur sein. S'il est souvent donné l'exemple du standard du raisonnable pour remplir cette fonction, d'autres notions assument la même mission. En réalité, on en trouve à foison dans les conventions et traités internationaux. Il convient de citer, à cet égard, l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui dispose que toute personne doit être traduite devant un juge ou un « *magistrat habilité* »<sup>491</sup>. Cette notion vague, sans caractères propres<sup>492</sup>, a permis et permet encore à la France de traduire des personnes devant le Procureur de la République bien que ce processus soit régulièrement remis en cause par la Cour. Ainsi, si

---

<sup>487</sup> C. civ. art. 1112 : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages* » ; v. notamment : Com., 20 juin 2000, n° 96-16.497 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 1998, n° 95-19.199 : *Bull. civ.* n° 7, p. 5 ; Com. 11 juill. 2000, n° 97-18.275 ; Com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, *Bull. civ.* IV, n° 208, p. 176.

<sup>488</sup> C. civ. art. 1104 : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

<sup>489</sup> Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243 : *Bull. civ.* IV, n° 186, p. 206, *D.* 2004, p. 869, note DUPRÉ-DALLEMAGNE A.-S. ; *JCP* 2004, I, p. 163, n° 18 et s., obs. VINEY G. ; *JCP E* 2004, p. 738, note STOFFEL-MUNCK PH. ; *Dr. et patr.* 3/2004, p. 102, obs. PORACCHIA D. ; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; *Sociétés* 2004, p. 325, note MATHEY N. ; *RDC* 2006, p. 1069, obs. MAZEAUD D. ; *RTD civ.* 2006, p. 754, obs. MESTRE J. et FAGES B., et 770 ; Com. 18 sept. 2012, n° 11-19.629 : *Bull. civ.* IV, n° 163, *D.* 2012, p. 2930, note HAFTEL B. ; *RTD com.* 2012, p. 842, obs. BOULOC B.

<sup>490</sup> Sur la fonction d'occultation, v. *supra* n° 51.

<sup>491</sup> CESDH., art. n° 5 §3. (Droit à la liberté et à la sûreté) : « *Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience* ».

<sup>492</sup> Sur les notions indéterminées sans caractères propres, *infra* n° 299 et s.

un semblant de consensus s'est établi entre les États lors de l'édiction du texte, par la suite, les divergences d'interprétations qu'il a suscitées ont continué de se manifester grâce (ou à cause) de ces notions floues. De même, l'article 6<sup>493</sup> dispose que la publicité de l'audience pourra être refusée si elle est « *de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ». La notion soulignée donne lieu, là encore, à une pluralité d'interprétations discordantes alors qu'elle avait fait l'objet d'une approbation générale lors de son édicition.

**85. Conclusion.** Les notions indéterminées, autres que le standard juridique, sont, dès lors, tout à fait à même de remplir la fonction, l'office, *a priori* assigné au standard juridique. Cela s'explique par les relations qui s'établissent entre les standards juridiques et certaines autres règles de droit. En effet, les principes, les notions floues, les notions vagues, fonctionnent de manière analogue, puisqu'elles possèdent une composante commune : l'*indétermination*. En ce sens, toutes ces notions forment bien « *une famille de concepts dans le contexte de la technique législative* »<sup>494</sup> qui se trouve être la famille des notions indéterminées. Les fonctions idéologiques ou techniques attribuées au standard pouvant être aussi bien assumées par d'autres notions, la définition fonctionnelle du standard est donc insusceptible de le circonscrire par rapport à ces dernières.

---

<sup>493</sup> CESDH., art. n° 6 : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ».

<sup>494</sup> WROBLEWSKI J., *art. cit.*, RRJ 1988-4, p. 862

### *Conclusion Sous-section II*

**86. L'indétermination, caractéristique fondamentale, mais non exclusive du standard juridique.** Le standard juridique a parfois été réduit à une notion fonctionnelle par la doctrine : le standard ne serait donc qu'un outil. D'abord, il renforcerait l'efficacité économique de la règle en adaptant celle-ci à la société, il minimiserait les coûts de production de la justice et relierait la règle à des valeurs morales légitimantes. Ensuite, il offrirait au juge une marge de manœuvre plus conséquente, pour prévenir des solutions inappropriées, voire iniques. Enfin, il représenterait un dispositif d'accélération du consensus dans la production de normes au niveau national ou international. Si le standard juridique, en tant que notion indéterminée, est effectivement capable d'assurer ces services, ils ne suffisent pas à en révéler la véritable identité. Une définition fondée uniquement sur la description de ses fonctions s'avère, par conséquent, irrecevable. Si étudier les fonctions du standard est nécessaire, et même avantageux pour mieux comprendre l'intérêt de cette technique, élaborer une définition uniquement à partir de celles-ci exclut la possibilité de la distinguer des autres notions indéterminées. Elles présentent toutes la caractéristique essentielle de l'*indétermination* – et c'est leur dénominateur commun –. Or, toutes les notions indéterminées font preuve, comme leur nom l'indique, d'une indétermination accrue par rapport aux autres notions juridiques. Les principes généraux, fondamentaux, les notions indéterminées sans caractères propres ou encore les notions-cadres, tout comme les standards, sont des *espèces* qui composent la famille des notions indéterminées. Ces dernières sont alors tout à fait capables de remplir les fonctions attribuées au standard juridique. Dès lors, si la définition fonctionnelle du standard peut être transposée à la famille des notions indéterminées, et si définir, c'est d'abord délimiter et spécifier, alors il s'agit d'une définition qui ne peut valablement être adoptée.

**87. Vers une approche matérielle du standard juridique.** Le standard juridique apparaît, en tout état de cause, comme une notion plus étroite que la notion indéterminée<sup>495</sup>. C'est pourquoi, après avoir relevé l'insuffisance d'une telle description, il convient de rechercher des éléments distincts sur un autre terrain et de tenter de parvenir à

---

<sup>495</sup> BERNARD E., *th. cit.*, p. 64 et s.

une définition matérielle. Contrairement à la définition fonctionnelle, l'approche matérielle a trait au contenu même de la notion. Elle vise à définir un *concept*, au-delà des modes de fonctionnement. La définition conceptuelle est d'ailleurs plus achevée et plus satisfaisante en termes de précision juridique que celle que réalise l'approche fonctionnelle<sup>496</sup>. Si plusieurs définitions matérielles du standard ont été proposées, une seule retiendra notre attention, celle que Monsieur Rials élabore dans sa thèse en faisant de la notion de *normalité* le dénominateur commun du contenu de tous les standards. Il s'agit de la définition qui fait aujourd'hui autorité en la matière puisqu'elle est considérée comme la plus aboutie<sup>497</sup>. Or, le critère de normalité opérant un basculement de l'approche fonctionnelle vers l'approche matérielle du standard apparaît, aussi bien que la définition du standard par ses fonctions, insusceptible de le circonscrire véritablement (**Section II**). Comme le déclarait le Doyen Vedel, les notions conceptuelles « *ne sont pas pour autant immuables, une modification est toujours possible si leur composante évolue* »<sup>498</sup>.

---

<sup>496</sup> Sur ce point voir : VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, p. 851.

<sup>497</sup> RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *Le raisonnable en droit des contrats*, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2009, n° 125, p. 162 ; DUONG L.-M., *La notion de raisonnable en droit économique*, Nice, 2004 ; STURLÈSE B., « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016 ; BAHUREL C., « Le standard du raisonnable », *RDA* 2014, n° 9, p. 60 ; BERNARD E., *th. cit.*, p. 29.

<sup>498</sup> VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, p. 851.

## SECTION II

### LA RELATIVITÉ DE L'APPROCHE CONCEPTUELLE REPOSANT SUR L'IDÉE DE NORMALITÉ

**88. Une notion *a priori* identifiée par le critère de *normalité*.** Il est acquis que la définition du standard, circonscrite à l'étude de ses fonctions, n'est pas capable de rendre compte de toute sa singularité<sup>499</sup>. Néanmoins, ce dernier semble poser un sérieux problème de définition « matérielle », puisqu'il ne disposerait pas de contenu propre et définitif. Si une pluralité de définitions a été proposée, aucune d'entre elles n'avait, avant celle de Monsieur Rials, reçu d'approbation générale. Ainsi, partant de la définition d'un auteur – qu'il jugeait d'ailleurs inaboutie – il décrivait le standard juridique comme : « *un instrument de mesure des comportements et des situations en termes de normalité* »<sup>500</sup>. Le standard est entendu ici comme une sorte de notion à contenu variable<sup>501</sup>, caractérisée par un rôle spécifique<sup>502</sup> et identifiée grâce au critère de normalité. Or, cette « normalité », nœud gordien de la définition du standard juridique, est un concept difficilement saisissable. De quelle normalité s'agit-il ? De la normalité telle qu'elle est conçue par le juge ? Par les parlementaires ? Ou est-ce encore la normalité des usages ? : là est toute l'incertitude<sup>503</sup>. La normalité, critère utilisé pour identifier le standard juridique, se présente dès lors, comme particulièrement complexe (§1 – **Un critère matériel complexe**) et, surtout, impropre à singulariser le standard juridique (§2 – **Un critère explicatif insuffisant**).

#### §1. UN CRITÈRE MATÉRIEL COMPLEXE

**89. La normalité, dénominateur commun des standards juridiques.** La normalité est présentée comme « *le commun dénominateur de tous les standards* »<sup>504</sup>. Le juge, lorsqu'il est

---

<sup>499</sup> V. *supra* n° 53 et s.

<sup>500</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, p. 61. p. 120, n° 93.

<sup>501</sup> Monsieur Rials ayant proposé sa définition du standard dans un ouvrage destiné aux « *notions à contenu variable* » : RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN CH., VANDER ELST R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39 s.

<sup>502</sup> ORIANNE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ* 1988-4, p. 1038.

<sup>503</sup> *Ibid.*

<sup>504</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 61.

soumis à l'appréciation d'un standard juridique – qu'il contienne, ou non, dans son expression, le terme de normalité<sup>505</sup> – opèrerait ainsi, à chaque fois, un contrôle de la normalité. Ce rapport à la normalité s'expliquerait par le fait que le terme de « standard », en langue anglaise, aurait une double signification, celle « *d'étalon* » et de « *moyenne* »<sup>506</sup>. Dans cette perspective, le standard serait la « *mesure des comportements et des situations en termes de normalité* »<sup>507</sup>. Ce lien, pourtant opaque à première vue, est ici posé comme un axiome fondateur. Conscient, toutefois, de la complexité du concept, l'auteur indique considérer la normalité « *dans toute la polysémie du terme, dans toute l'amphibologie de l'idée* »<sup>508</sup>. Mais cette évocation prometteuse d'une remarquable richesse sémantique, n'aboutit, à ce qu'il nous semble, qu'à une définition réductrice de la notion de normalité. Ainsi conclut-il que « *la normalité c'est à la fois (...) ce qui sert de règle et de modèle et ce qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel, ce qui est conforme au type le plus fréquent* »<sup>509</sup> et en réduit alors la séduisante plurivocité, pourtant annoncée, à ces deux acceptions : étalon et moyenne.

**90. Plan.** Faire de la normalité le caractère constituant l'unité fondamentale des standards s'avère peu pertinent à deux niveaux. Sur le plan notionnel, d'abord, puisqu'elle forme un critère pour le moins contingent (**A – Un critère contingent**) et sur le plan pratique, ensuite, tant son caractère obscur et contingent rendrait sa mise en œuvre également incertaine (**B – Une mise en œuvre incertaine**).

## A. UN CRITÈRE CONTINGENT

**91. Une notion subjective difficilement saisissable *a priori*.** La normalité est une notion aux contours sémantiques fluctuants et mous qui peut s'envisager à de multiples niveaux de langage. Comme le standard lui-même, son interprétation est soumise à une certaine subjectivité. L'auteur de l'analyse examinée propose deux approches de la notion de normalité, dont l'une se substitue, *in fine*, à l'autre. Ce travail a pour objet d'en présenter

---

<sup>505</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 61 : « Diligence normale » ; « entretien normal », « usage normal » ; « préjudice anormal », etc.

<sup>506</sup> *Ibid.*

<sup>507</sup> *Ibid.*, p. 120, n° 93.

<sup>508</sup> *Ibid.*

<sup>509</sup> *Ibid.*

les points d'achoppement et, par conséquent, de démontrer l'incapacité de cette définition conceptuelle à appréhender la notion de standard de façon cohérente.

La première approche de la notion *normalité*, à savoir la *normalité-modèle* et la *normalité-moyenne*, loin de résorber la difficulté de définition du standard juridique, la complique. De la même façon, la seconde approche substitutive de la notion de normalité, en des termes plus techniques, à savoir la *normalité descriptive* – l'être – et la *normalité dogmatique* – le devoir-être –, interroge. La compréhension de la normalité sous l'angle de l'être et du *devoir-être* pose une strate supplémentaire dans un procédé d'interprétation indispensable. Le juge aurait alors pour mission de définir, en plus du standard, l'être et le *devoir-être*, consubstantiels à la notion de *normalité*. Or, comment percevoir exactement *ce qui est* ou *ce qui doit être* étant donné que l'un et l'autre sont établis à partir d'un consensus<sup>510</sup> social ? En effet, d'une part *ce qui est* doit être compris comme ce qui est considéré comme normal par la société, autrement dit comme la « *conscience sociale* »<sup>511</sup> de la majorité dans une démocratie<sup>512</sup>. Il est alors fait référence à l'individu moyen dans une société donnée<sup>513</sup>. D'autre part, *ce qui doit être* serait plutôt la manifestation de valeurs, de principes, permettant de définir ce que devrait être un comportement ou une situation normale, dans l'idéal<sup>514</sup>. Néanmoins, il ne s'agirait pas de principes ou de valeurs propres à chaque individu, mais de « *ceux que la société reconnaît en tant que principes et valeurs de référence* »<sup>515</sup>.

**92. Plan.** Or, force est de constater que ce qui *est* (1 – **La contingence de l'être, la normalité-moyenne**) et ce qui *devrait être* (2 – **La contingence du devoir être, la normalité-modèle**) composent et désignent une nébuleuse qui, du concret à l'abstrait, de l'indicatif de la réalité au conditionnel idéal de l'enjeu moral<sup>516</sup> semble particulièrement contingente.

---

<sup>510</sup> Sur le consensus et le juge : FLEERACKERS F., *La peau du juge, exercer le jugement*, Larcier, 2021, p. 77 et s.

<sup>511</sup> RIALS S., *th. cit.*

<sup>512</sup> BERNARD E., *La spécificité du standard en droit communautaire*, LGDJ, 2012, p. 37.

<sup>513</sup> *Ibid.*

<sup>514</sup> *Ibid.*

<sup>515</sup> *Ibid.*

<sup>516</sup> « *La normalité est ainsi envisagée comme un point de passage du naturel à l'idéal* » : CHASSAGNARD S., *La notion de normalité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2000, t. 1, p. 42, n° 88.



## 1. LA CONTINGENCE DE L'ÊTRE, LA NORMALITÉ-MOYENNE

**93. La normalité ne se réduit pas à la fréquence ou à la moyenne.** Dans la démonstration examinée, la notion de normalité est réduite à un « *état habituel, ce qui se passe dans la majorité des cas* »<sup>517</sup>, c'est-à-dire à une idée de moyenne.<sup>518</sup> Comment, dès lors, appréhender ce qui *est* dans une société donnée ? Faut-il recourir à des statistiques, à des sondages, ou bien à un examen pratique de ce qui se fait *normalement* dans tel ou tel domaine ? Si la définition de ce qui *devrait être* est un exercice particulièrement périlleux, l'observation des comportements ou des situations moyennes n'en est pas moins délicate. Cette prétention à saisir la normalité en tant que moyenne apparaît discutable en ce sens que « *les phénomènes liés au vivant sont essentiellement oscillatoires et connaissent des variations régulières, rythmées, en raison des interactions entre l'individu et son milieu* »<sup>519</sup>. Par exemple, lorsqu'il s'agit de déterminer le pouls moyen d'un individu dans sa journée, le nombre obtenu sera un nombre faux<sup>520</sup> puisqu'il s'agira d'un nombre de battements par minute au rythme duquel le cœur n'aura peut-être jamais battu au cours de la journée. Plus encore, cette normalité descriptive est hypothétique puisque la vie existe uniquement dans la variation et non dans la fixité ; puisque la vie n'est pas un nombre, on ne peut en faire une moyenne, on ne peut la capturer en divisant les réalités par leur nombre infini. En somme, la normalité n'aurait pas de sens absolu ni factuel<sup>521</sup> dans la mesure où il n'existe pas de normalité *en soi*<sup>522</sup>. Il semble donc impossible de conclure à l'uniformité, puisque la vie est diversité et que la « *diversité est vitale* »<sup>523</sup>. De même, selon Heidegger, l'*être* est indéfinissable, inexprimable, il n'y aurait donc pas de concept d'*être*, mais seulement une « *entente préalable de l'être* »<sup>524</sup>.

---

<sup>517</sup> CANGUILHEM G., *Le normal et le pathologique*, PUF, 1966, p. 177 ; v. également : KOREN D., *art. cit.*, *Essaim* 2013/2, n° 31, p. 71 et s. ; ROCHFELD J., *Cause et type de contrats*, LGDJ, 1999, n° 187, p. 182 ; LOSCHAK C., *art. cit.*, in CHEVALLIER J. (dir.), *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 70.

<sup>518</sup> *Ibid.*

<sup>519</sup> PARIENTE-BUTTERLIN I., « Normes », version académique, in KRISTANEK M. (dir.), *L'Encyclopédie philosophique*, 2017 : <http://encyclo-philos.fr/normes-a/>

<sup>520</sup> *Ibid.*

<sup>521</sup> CORNU L., « Normalité, normalisation, normativité : pour une pédagogie critique et inventive », *Le Télémaque*, 2009/2, n° 36, p. 29 et s.

<sup>522</sup> *Ibid.*

<sup>523</sup> *Ibid.*

<sup>524</sup> HEIDEGGER M., *Être et temps*, Gallimard, NRF, 1986, p. 29.

En outre, dans l'ouvrage *Le normal et le pathologique*, Georges Canguilhem s'intéresse à la définition de la norme au regard de celle du pathologique<sup>525</sup> et conteste cette équivalence entre *normalité* et *moyenne*. Cette dernière ne serait que le fruit d'un affadissement linguistique. L'expression « d'école *normale* » permettrait, à ce titre, d'écarter toute assimilation de la normalité à la moyenne puisque « normale » signifie, dans ce contexte, ce qui sert de modèle, ligne de conduite, prescription<sup>526</sup>. La normalité devrait être plutôt rattachée à la notion de *norme* puisque la vie elle-même constituerait une activité créatrice de normes. À l'inverse, un état pathologique se manifesterait par « *une diminution de la possibilité de créer et de s'adapter* » : « *le malade n'est pas anormal par absence de norme, mais par incapacité d'être normatif* »<sup>527</sup>. Ainsi, l'individu qui se comporterait de façon identique ou similaire à la majorité des autres individus composant la société n'aurait pas un comportement normal au sens de comportement moyen. En effet, ce n'est pas parce qu'un ensemble d'individus se comporte de telle ou telle manière que c'est ce comportement précis qui sera considéré comme normal, et non pathologique. C'est dire qu'« *après bien d'autres concepts un temps mis en vedette, celui de normalité a suivi le chemin habituel de la mise au pas (...) en se diluant* »<sup>528</sup> sous l'effet d'un épuisement sémantique qui l'éloigne définitivement de son essence et le rend impropre à servir de grille d'authentification du standard.

Aussi, l'accès à un niveau supplémentaire dans la réflexion est-il nécessaire à l'élaboration d'un comportement entendu et compris comme normal. La normalité ne peut être réduite à l'idée de fréquence. Elle doit forcément inclure la notion de modèle, de ligne de conduite, dans la mesure où « *faire émerger la norme de la normalité prive celle-ci de toute transcendance et la réduit à l'empiricité* »<sup>529</sup>. Ce n'est pas la norme qui se décalque de comportements fréquents, ce sont les comportements qui, s'adaptant, en général, à la norme, deviennent les plus fréquents.

---

<sup>525</sup> V. également sur ce point : GOYARD-FABRE S., « De l'idée de norme à la science des normes », in AMSELEK P., (dir), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 211 et s.

<sup>526</sup> CANGUILHEM G., *op. cit.*, p. 177 : L'auteur affirme ainsi « *qu'il faut tenir les concepts de norme et de moyenne pour deux concepts différents dont il nous paraît vain de tenter la réduction à l'unité par annulation du dernier* ».

<sup>527</sup> NASSIF P., « Et vous, êtes-vous normal », *Philosophie magazine*, n°47, mars 2011, p. 37.

<sup>528</sup> ARNAUD-DUC N., *La Normalité*, IIIe Colloque d'Athènes (1982), 1984, p. 134.

<sup>529</sup> CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 25, n° 40.

94. Il demeure que la normalité-modèle ou dogmatique s'avère également particulièrement insaisissable, parce que contingente (2).

## 2. LA CONTINGENCE DU DEVOIR-ÊTRE, LA NORMALITÉ-MODÈLE.

95. **Un idéal de la conscience collective**<sup>530</sup>. Qu'est-ce qui devrait être considéré comme normal dans une société donnée ? Qu'est-ce que le consensus social<sup>531</sup> ? Quelles sont ces valeurs consensuelles que promouvrait la société à un moment donné et auxquelles la majorité des individus adhérerait ? S'il n'est pas question de nier leur existence, il apparaît vain de vouloir les lister. Le contenu de *ce qui doit être* est bien trop vaste et abstrait pour être formulé en des termes exhaustifs. C'est un *idéal de la conscience collective*. Il demeure malaisé d'apprécier cette normalité dogmatique du *devoir être*. S'agit-il de valeurs morales ou de normes sociales ? Il est important de les distinguer puisqu'il existe souvent une confusion entre *normes* et *valeurs* : les normes renvoient « *avant tout aux idées de règles, de raison, de principes, de droits posés par les sociétés* » alors que les valeurs « *seraient liées à des notions comme le bien ou le mal* »<sup>532</sup>. Cette distinction est néanmoins capitale puisque les normes seraient appelées à varier<sup>533</sup> selon la société dans laquelle elles s'inscrivent, alors que les valeurs seraient « *a priori plus stables que les normes, voire immuables et universelles pour certains* »<sup>534</sup>. Ainsi, la normalité, qui renverrait au *devoir être* de la norme, serait encore davantage insaisissable dans la mesure où elle est contingente. Par ailleurs, cette altérité entre normalité-moyenne et modèle, entre descriptivité et dogmatisme masque une réalité plus complexe<sup>535</sup>.

---

<sup>530</sup> Madame Chassagnard-Pinet indique d'ailleurs que la normalité « *induit un jugement d'approbation prononcé au regard des valeurs sociales telles qu'elles ressortent de l'expérience collective d'une communauté. Elle naît d'un consensus relatif autour de valeurs dégagées des régularités sociales* » : CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 275, n° 566.

<sup>531</sup> BERNARD E., *th. cit.*, p. 37.

<sup>532</sup> BILLIER J.-C., « Les valeurs morales : la neutralité libérale par-delà le relativisme », *Informations sociales*, Caisse nationale d'allocations familiales, 2006/8, n° 136, p. 20.

<sup>533</sup> *Ibid.*

<sup>534</sup> BILLIER J.-C., *art. cit.*, *Informations sociales* 2006/8, n° 136, p. 20.

<sup>535</sup> D'ailleurs, Madame Chassagnard-Pinet, abordant la redéfinition du standard juridique au regard de la normalité, déclare qu'il « *n'est pas de normalité dogmatique et de normalité descriptive érigeant alternativement l'être et le devoir être en norme. La notion de normalité se caractérise, au contraire, par la confusion et l'unification, en son sein, des données immanentes et transcendantes* » : CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 116, n° 244.

**96. De l'imbrication entre l'être et le devoir-être.** La normalité descriptive est-elle simplement la somme des comportements ou des situations – une fois encore, faudrait-il pouvoir en faire la somme – ou n'est-elle pas forcément empreinte d'un *devoir être*<sup>536</sup> ? Pourquoi ce comportement moyen correspond-il au comportement le plus fréquent ? Sans doute parce qu'il répond à la norme ou à la valeur admises dans une société donnée. Autrement dit, n'existe-t-il pas une imbrication indéfectible entre *ce qui est* en règle générale et *ce qui doit être* dans une société ? Appréhender *ce qui est* n'implique-t-il pas forcément d'appréhender ce qui *n'est pas* ? Or, appréhender ce qui n'est pas a-t-il un sens en soi ? Cette recherche n'est-elle pas toujours entendue en termes de ce qui ne *devrait pas être* ? Il est possible de prescrire un comportement parce que c'est la moyenne. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'interdire un comportement, car il est *hors-norme* (hors de la norme), anormal, c'est déjà sans doute émettre un jugement de valeur sur ce qui *devrait être* en lieu et place de ce comportement anormal.

**97. Conclusion.** Si l'approche du standard grâce aux notions d'*être* et *devoir être* est intéressante, elle doit néanmoins être débarrassée de cette idée de normalité qui brouille l'identité d'une technique législative suffisamment nébuleuse en elle-même. Nous le verrons, le standard juridique rapproche, en effet, les notions d'*être* et de *devoir-être*, puisqu'en tout état de cause, toute règle évoque toujours, ensemble, *ce qui est* et *ce qui devrait être*. C'est d'ailleurs le propre du droit que de sanctionner des comportements qui « sont » pour indiquer la voie à suivre : comment ces comportements devraient-être. Le standard juridique est, à notre avis, une technique législative objective, c'est-à-dire dénuée *a priori* de cette idéalité du *devoir-être*<sup>537</sup>. Il s'agit d'un instrument de mesure des faits, de *ce qui est*, qui puise<sup>538</sup> un *devoir-être* dans des référentiels juridiques extérieurs : les principes juridiques. La définition du standard en ces termes est, somme toute, l'hypothèse qu'il nous appartiendra de démontrer. En tout état de cause, l'opacité intrinsèque à la notion de normalité, qu'il s'agisse de la *normalité-moyenne* (normalité descriptive), ou de la *normalité-modèle* (normalité dogmatique), empêche d'y voir là un dénominateur commun pertinent des standards juridiques.

---

<sup>536</sup> GOYARD-FABRE S., *art. cit.*, p. 212 : « toute norme est l'indication d'un devoir-être, devoir-faire ».

<sup>537</sup> V. *infra* n° 253 et s.

<sup>538</sup> Le standard juridique puise les valeurs juridiques dans le principe qu'il applique, mais ne les contient pas en soi, v. *infra* n° 206 et s.

98. Avant d'envisager cette nouvelle définition du standard juridique, il semble que si l'idée de normalité soulève des questions théoriques, sa mise en œuvre interroge également sur le plan pratique. Si le standard juridique constitue un instrument de mesure en termes de normalité, comment le juge, doit-il, en pratique, appréhender ces deux notions aussi sibyllines l'une que l'autre ? **(B)**.

## **B. UNE MISE EN ŒUVRE INCERTAINE**

99. **Diviser pour mieux régner ?** Diviser la notion de normalité en deux sous-notions indéterminées<sup>539</sup> : l'*être* et le *devoir-être* revient à laisser au juge la tâche de déterminer ces deux notions avant d'appréhender le standard en lui-même (**1 – Un diptyque laissé à la libre appréciation du juge**). Or, la conséquence première de cette approche est qu'elle engendre une dose supplémentaire d'insécurité. D'autant plus que le juge ne saurait être ni le garant ni le porte-parole absolu de *ce qui est* ou de *ce qui devrait être* (**2 – Un diptyque hypothétique**).

### **1. UN DIPTYQUE LAISSÉ À LA LIBRE APPRÉCIATION DU JUGE**

100. **La normalité et le juge.** Plusieurs difficultés peuvent être soulevées quant à l'utilisation de la notion de normalité par le juge. D'abord, recourir à la normalité pour expliquer le standard revient à expliquer une notion abstraite par une autre notion tout aussi abstraite (**a – Un référentiel à forte densité d'abstraction**). Ensuite, si le standard est expliqué par la notion de normalité, comment la normalité s'explique-t-elle ? (**b – Un report de la difficulté sur la notion de normalité**).

#### **a. Un référentiel à forte densité d'abstraction**

101. **Une explication par synonymie.** Expliquer le standard juridique en renvoyant au référentiel extérieur unique de normalité revient à expliquer une notion

---

<sup>539</sup> HEIDEGGER M., *op. cit.*, p. 29. Cet auteur considère ces notions comme des notions indéfinissables en soi qui ne reposent pas sur une véritable connaissance mais plutôt sur une « *entente préalable* ».

abstraite indéterminée par une autre notion abstraite indéterminée. Dans une argumentation, la densité de l'abstraction a son importance<sup>540</sup>. La normalité est une notion à densité d'abstraction particulièrement forte dès lors qu'elle ne peut être expliquée directement par renvoi à un terme plus concret. Or, le terme de normalité occupe une part prépondérante au cœur de l'exposé explicatif du standard. Autrement dit, pour expliquer la notion indéterminée de *standard*, la théorie sous examen renvoie le lecteur vers une autre notion tout aussi indéterminée : la *normalité*. Monsieur Rials explique que les auteurs précédents n'ont pas proposé une définition aboutie du standard, étant donné qu'ils n'avaient pas cerné l'importance de la notion de normalité, laquelle constituerait un nouveau modèle explicatif du standard. Mais vouloir éclairer le flou d'un terme par un terme au moins aussi flou autorise à assimiler le procédé à une explication par synonymie : elle satisfait au besoin immédiat de compréhension, mais elle ouvre en cascade les portes de l'exigence du linguiste et du sémiologue en déplaçant en quelque sorte la difficulté sémantique sur la notion de *normalité (b)*.

## **b. Un report de la difficulté sur la notion de normalité**

**102. Une grille de lecture labyrinthe.** Si la notion de standard s'explique par la notion de normalité, comment la normalité s'explique-t-elle ? Si elle s'explique par les notions de *ce qui est* et de *ce qui devrait être*, la grille de lecture<sup>541</sup> se fait labyrinthe ou kaléidoscope. En effet, au lieu d'aller du plus complexe au plus simple, du plus général au particulier, du plus flou au plus précis, il semblerait que les ambiguïtés, les confusions et les abstractions se superposent et s'additionnent. En conséquence, au moment de trancher un litige à l'aide d'un standard inséré dans une règle, le juge devra déterminer à la fois le sens de la notion-standard et de la notion-normalité. Par exemple, en matière de *délai raisonnable*, le juge doit fixer le délai qui serait *raisonnable* dans le cas d'espèce, et ce, sous le prisme de la *normalité*. Il apparaît, dès lors, délicat d'appréhender la normalité du raisonnable et d'apprécier si le cas d'espèce répond à un délai raisonnable normal, à savoir

---

<sup>540</sup> MARTIN D., « Pédagogie : comment faire comprendre ce qui est abstrait », *Pédagogie-Enseignement*, 20 avril 2007 ; PRADE H., *A formal concept view of abstract argumentation*, Université de Toulouse, CNRS : <https://pdfs.semanticscholar.org/9eba/32e9384d91f3cda83ce46910c1a5bbb65cb6.pdf>

<sup>541</sup> MATUTANO E., « Des instruments de la légistique, utiles et trop souvent ignorés : les grilles de lecture », *LPA* 2017, n° 222, p. 6.

ce qui est à la fois acceptable et idéal dans un cas donné. Ne pourrait-on pas alors, simplement, remplacer le standard de délai raisonnable par le délai normal, le déséquilibre significatif par le déséquilibre normal ou encore le bref délai par le délai normal? À l'évidence, cette assimilation du standard à la normalité ne convient pas en toute circonstance. Si la définition théorique du standard au regard de la notion de normalité peut séduire à première vue, elle ne saurait, en tout état de cause, passer avec succès l'épreuve de sa mise en œuvre pratique.

**103.** La technique d'explication du standard par la normalité paraît assez peu efficiente et demeure plutôt artificielle. Au-delà de ces difficultés terminologiques et pratiques, il apparaît que le juge ne saurait être le porte-parole de *ce qui est* ou de *ce qui devrait* être. Lui confier cette responsabilité supplémentaire revient à accroître son pouvoir d'interprétation et l'insécurité juridique qui en découle (2).

## 2. UN DIPTYQUE HYPOTHÉTIQUE

**104.** **Le juge et l'interprétation de l'être et du devoir être.** Afin de justifier le critère de normalité en tant qu'instrument de mise en œuvre du standard juridique, l'auteur du raisonnement rapporté déclare que « *le juge, immergé dans la société, ne saurait ne pas la comprendre, la subir, la vivre et donc mettre en œuvre ses valeurs* »<sup>542</sup>. Or, ce postulat pourrait ne pas parfaitement convaincre. Il est difficile d'admettre que le juge se fasse le délégué à l'enregistrement des valeurs véhiculées par et dans une société comme si celle-ci pouvait parler d'une seule voix : l'opinion publique. Pierre Bourdieu déclarait à ce propos que « *l'opinion publique n'existe pas* »<sup>543</sup> et que ce qui nous est rapporté par les médias comme l'opinion publique n'a rien d'objectif<sup>544</sup>, que ce ne sont que des *artéfacts*. Surtout, « *constituer l'idée qu'il existe une opinion publique unanime* »<sup>545</sup>, ce serait « *légitimer une politique et renforcer les rapports de force qui la fondent ou la rendent possible* »<sup>546</sup>. Il démontre qu'il y a un « *effet de consensus* »<sup>547</sup> produit par les sondages et non un *réel consensus* : l'histoire politique récente

---

<sup>542</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 144.

<sup>543</sup> BOURDIEU P., « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes*, Gallimard, 1973.

<sup>544</sup> *Ibid.*

<sup>545</sup> *Ibid.*

<sup>546</sup> *Ibid.*

<sup>547</sup> *Ibid.*

est assez féconde en illustrations de la volatilité et de l'insaisissabilité de l'opinion publique pour qu'il soit nécessaire de s'y étendre. Comment distinguer une opinion *dominante*? Comment dégager une opinion *idéale*? Faire ainsi du juge l'interprète d'une normalité dogmatique à l'aune de laquelle il lui serait demandé de sanctionner les comportements des justiciables pose forcément une double difficulté : il s'agit non seulement d'un leurre, mais encore d'une prétention déontologiquement discutable. En effet, l'interprétation juridique peut être considérée avant tout comme une « *action sociale* » qui serait menée à bien par un « *acteur social* » (le juge), au sein d'un « *ensemble de relations sociales* »<sup>548</sup>. L'interprétation juridique est donc nécessairement le fruit d'une idéologie, entendue, selon la définition d'André Lalande comme « *une pensée détachée du réel, qui se développe abstraitement sur ses propres données, mais qui est en réalité l'expression de faits sociaux, particulièrement de faits économiques, dont celui qui la construit n'a pas conscience ou du moins ne se rend pas compte qu'ils déterminent sa pensée* »<sup>549</sup>. Néanmoins, l'interprétation juridique des règles précises, notamment dans les pays de tradition romano-germanique, est objectivée par le biais de la définition des concepts, de l'élaboration de catégories et du procédé de classification<sup>550</sup> qui encadrent l'application de la loi. Or, l'utilisation de la normalité, pour expliquer la notion indéterminée de standard juridique<sup>551</sup>, semble aller à l'encontre de cette objectivation. L'interprétation d'une notion aussi vaste que la normalité, constitutive de la notion même de droit, donne au juge un véritable pouvoir de création. Bien plus que d'une délégation de pouvoir au juge, il s'agit ici de le placer au rang de co-auteur de la loi. La normalité étant consubstantielle à la notion de norme, confier au juge la tâche de traduire les standards sous l'égide de la notion de normalité, revient, de fait, à lui abandonner celle de légiférer. La saine séparation des pouvoirs<sup>552</sup> entre le législateur, représentant de la volonté générale, et le juge, chargé de l'appliquer, s'étirole alors dans ce contexte. La

---

<sup>548</sup> LAGNEAU-DEVILLÉ A., « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », in VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *L'interprétation en droit : Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles : presses de l'Université Saint-Louis, 1978, p. 505 et s.

<sup>549</sup> LALANDE A., *Vocabulaire de philosophie*, v. « Idéologie », PUF, 1952.

<sup>550</sup> La classification, selon Madame Lagneau-Devillé consiste en le « *rapprochement effectué entre une institution et la nature juridique de la cause qui leur est soumise, les juges infèrent la possibilité de puiser dans la réglementation de l'une pour régler l'autre* », LAGNEAU-DEVILLÉ A., *art. cit.*, p. 505 et s., n° 14.

<sup>551</sup> D'ailleurs, toujours selon Madame Lagneau-Devillé, la standardisation serait une forme de catégorisation juridique, LAGNEAU-DEVILLÉ A., *art. cit.*, p. 505 et s., n° 14.

<sup>552</sup> DERATHE R., « La Philosophie des lumières en France, Raison et modération selon Montesquieu », *Revue internationale de philosophie*, vol. 6, n° 21, 1952, p. 275 et s. ; GOJOSSE E., « L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu, Contribution à l'origine du contrôle de constitutionnalité », *RFDC* 2007/3, n° 71, p. 499 et s.



sécurité juridique, tant recherchée<sup>553</sup>, est alors mise en danger par ce processus d'interprétation en cascade de notions plus indéterminées les unes que les autres.

**105. Conclusion.** En définitive, la théorie du standard juridique fondée sur l'idée de normalité est particulièrement séduisante puisqu'elle révèle l'efficacité d'une définition matérielle par comparaison avec les définitions fondées sur les fonctions ou la sémantique du standard. Néanmoins, le recours à la notion de normalité en tant que « contenu »<sup>554</sup> commun des standards peut être critiqué à certains égards. Il s'agit, tout d'abord, d'un concept difficilement pénétrable *a priori* et dont la définition est soumise à une assez large subjectivité. Ainsi, les deux notions de ce *qui est* et de ce *qui devrait être* formant cette double normalité entretiennent de tels rapports d'imbrication, déterminent dans un mécanisme si subtil et chacune à leur tour la réalité de l'autre, qu'il semble tout à fait artificiel de vouloir les circonscrire en les séparant alors qu'elles ne fonctionnent que dans un jeu de réciprocité. Le concept de normalité, déjà complexe *per se*, ne saurait alors être utilisé comme l'outil de compréhension d'une autre notion indéterminée : le standard juridique. En effet, le concept de normalité, dont le contenu ne peut être parfaitement déterminé à un moment donné, ne peut qu'accentuer la difficulté déléguée au juge de définir, par son intermédiaire, un standard juridique dans un cas précis. Il s'agirait d'un amoncellement d'hypothèses factuelles non strictement vérifiables. C'est dire que le standard, vu à travers le prisme de la normalité – constatée ou projetée – dont le juge serait chargé de la définition, du respect et de la mise en œuvre, paraît constituer pour celui-ci un outil dont la fiche technique n'a pas gagné en netteté et dont le maniement est loin d'être plus aisé. Hume déclarait à ce titre que « *la normalité de la norme n'est jamais donnée une fois pour toutes, mais toujours en élaboration et en réajustement, sécularisant de la sorte la Providence au sein d'une histoire naturelle* »<sup>555</sup>.

**106.** Par ailleurs, en étudiant la liste des standards juridiques, l'auteur de la démonstration analysée indique y avoir retrouvé, à chaque fois, cette même idée qui

---

<sup>553</sup> VALEMBLOIS A.-L., « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 17, mars 2005.

<sup>554</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 61.

<sup>555</sup> BONICCO-DONATO C., « La question des normes chez Hume » in FRYDMAN B., VAN WAEYENBERGE A. (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs, de Hume aux rankings*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 282.

semblait les inspirer. Il paraît, en revanche que, pour un grand nombre de standards juridiques, le rapport avec la normalité, s'il n'est pas inexistant, est pour le moins lointain. La normalité n'est pas le référent commun des standards juridiques, mais une force créatrice<sup>556</sup> inhérente au droit. Autrement dit, la normalité est constitutive de la règle de droit<sup>557</sup>. Par conséquent, la normalité est un critère explicatif insuffisant du standard juridique, qui ne permet ni une réelle classification ni une réelle singularisation de celui-ci (§2).

## §2. UN CRITÈRE EXPLICATIF INSUFFISANT

**107. Le recensement des standards sous le prisme de la normalité : standards inclusifs et substituables.** Après avoir défini la *normalité*, l'auteur a entrepris de la soumettre à l'épreuve des standards et, notamment, à l'épreuve de ceux issus de la jurisprudence administrative<sup>558</sup>. Pour ce faire, il en dégage deux types : les standards « *substituables* »<sup>559</sup> et les standards « *inclusifs* »<sup>560</sup>. Dans les deux cas, le standard en question renverrait à la notion de normalité, soit directement, soit indirectement. Or, si cela se vérifie parfois, « *il ne faudrait pas se faire une fausse idée de ce que l'idée de normalité peut apporter à l'analyse du standard* »<sup>561</sup>. Dans certaines hypothèses, non seulement elle n'éclaire en rien le fonctionnement du standard mais l'association des deux est plus que laborieuse. Qu'il s'agisse des standards « *substituables* », « *inclusifs* », « *quantifiables* » ou « *non quantifiables* »<sup>562</sup>, la classification sous le prisme de l'idée de normalité peut apparaître assez artificielle (**A – Les limites d'une classification des standards au regard de la normalité**). En outre, il s'avère que cette idée de normalité, *a priori* novatrice, n'est en réalité que

---

<sup>556</sup> RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 71 et s. Si Madame Chassagnard-Pinet n'utilise pas ce vocabulaire, elle considère tout de même que la normalité « *participe (...) à l'élaboration de la norme juridique* » en désignant « *les faits susceptibles d'accéder à la reconnaissance du droit* », de façon « *discriminatoire* ». La normalité constitue en ce sens le « *préalable à la formulation de la norme juridique* » : CHASSAGNARD S., *La notion de normalité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2000, t. 1, p. 157, n° 334.

<sup>557</sup> CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 158, n° 337.

<sup>558</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 62, n° 73.

<sup>559</sup> *Ibid.*

<sup>560</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>561</sup> ORIANE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ* 1988-4, p. 1021.

<sup>562</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 126 et s.

l'héritière de l'équité aristotélicienne<sup>563</sup>, et qu'en tout état de cause, celle-ci ne suffit pas à caractériser la notion de standard au regard des autres notions juridiques (**B – Les limites d'une singularisation des standards au regard de la normalité**).

#### **A. LES LIMITES D'UNE CLASSIFICATION DES STANDARDS AU REGARD DE LA NORMALITÉ**

**108. « L'idée brute » de normalité.** Monsieur Rials considère que si le « *juge souhaite poser une règle fondamentalement nouvelle* », c'est à « *l'idée brute de normalité qu'il devra se référer* »<sup>564</sup>. La normalité s'apparenterait ici à une sorte de force créatrice<sup>565</sup> unique et suprême, source de toute nouveauté juridique. Toujours est-il que la notion de *normalité* comme source d'interprétation, en ce qu'elle renvoie à la norme et donc au droit lui-même, ne fait guère progresser la réflexion autour de la notion de standard<sup>566</sup>. En observant la myriade de standards cités par l'auteur, si le lien avec son idée-étalon se vérifie parfois grâce aux termes mêmes qui composent le standard tel que « *risque anormal* », « *circulation normale* », « *entretien normal* », « *usure normale* »<sup>567</sup>, il est loin d'être toujours aussi flagrant. Ainsi n'est-il pas évident, pour prendre quelques exemples, de cerner le lien entre, d'une part, le « *bref délai* », « *l'intérêt légitime* », « *l'intérêt de l'enfant* », le « *défaut mineur* » et, d'autre part, la normalité<sup>568</sup>. En tout état de cause, même si toutes ces expressions pouvaient lui être rattachées, l'utilité même, en termes intellectuels ou pratiques, de ce mariage, semble peu perceptible. Ces difficultés peuvent être illustrées, notamment, par les standards inclusifs primaires, qui renverraient directement à la notion de normalité (**1 – La normalité dans les standards inclusifs primaires**) et par d'autres standards non classifiés (**2 – La normalité, le délai et l'abus**)

---

<sup>563</sup> RADI Y., *La standardisation et le droit international : Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruylant, Jus Gentium, 2013, p. 51 et s.

<sup>564</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 214, n° 150.

<sup>565</sup> RIPERT G., *op. cit.*, p. 71 et s.

<sup>566</sup> V. *supra* p. 65, n° 55.

<sup>567</sup> Exemples cités par RIALS S., *th. cit.*, p. 62, n° 74, ou encore les termes « *exceptionnel* », « *excessif* », « *exagéré* » « *particulier* », « *spécial* », considérés par Monsieur Rials comme des standards substituables dans la mesure où ils reflètent directement l'idée de normalité.

<sup>568</sup> ORIANE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ* 1988-4, p. 1038 et s.

## 1. LA NORMALITÉ DANS LES STANDARDS INCLUSIFS PRIMAIRES

**109. Plan.** La correspondance établie entre la normalité et les standards classifiés comme « *inclusifs primaires* » peut sembler, parfois, artificielle. Celle-ci peut être illustrée par la notion de légitimité, d'une part (**a – La légitimité et la normalité**), et de proportionnalité, d'autre part (**b – La proportionnalité et la normalité**), standards inclusifs primaires. Ces derniers évoqueraient directement la notion de normalité. Parmi ces standards, on retrouve les standards substituables, qui expriment « *à l'état pur l'idée de normalité* »<sup>569</sup> tels que l'excessif, le particulier, l'exagéré<sup>570</sup>.

### a. La légitimité et la normalité

**110. Un renvoi forcé.** Les notions d'intérêt légitime ou de motif légitime sont couramment utilisées par le législateur dans des expressions telles que la révélation d'intérêt médical pour impérieux motif légitime, l'intérêt légitime de l'employeur ou encore l'intérêt légitime dans le traitement des données personnelles. Le standard du *légitime* est classé dans la catégorie des « *standards inclusifs primaires* »<sup>571</sup>. Il s'agirait d'un « *pur instrument de mesure* », d'un « *étalon* », lui-même calibré « *en termes de normalité* »<sup>572</sup>. Ce standard serait néanmoins très proche des standards substituables puisqu'il est susceptible de « *recevoir des affectations variées dans la jurisprudence* »<sup>573</sup>. Il aurait donc pour fonction de permettre la mesure d'un comportement ou d'une situation suivant l'étalon premier que serait la notion de *normalité*. Cette démonstration semble toutefois reposer sur certaines incohérences. L'auteur affirme que *le légitime* est un standard en ce sens qu'il est le « *pendant du terme sérieux* » ou du terme « *valable* »<sup>574</sup>. Ainsi, c'est le sérieux ou le valable qui renverrait à la normalité, et non le légitime. Le légitime ne peut dès lors s'apprécier en termes de normalité, que lorsque son sens est déplacé, dévié par le rapprochement avec d'autres termes non parfaitement synonymes.

---

<sup>569</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 68 et s.

<sup>570</sup> *Ibid.*

<sup>571</sup> *Ibid.*, p. 78 et s.

<sup>572</sup> *Ibid.*

<sup>573</sup> *Ibid.*

<sup>574</sup> *Ibid.*

En revanche, toujours selon l'auteur, le *légitime* ne serait pas standard lorsqu'il exprimerait l'idée de conformité à la loi<sup>575</sup>, puisque, dans cette hypothèse, il ne pourrait pas être mesuré en termes de normalité. L'assertion semble un peu spéieuse alors qu'il convient justement ici de prouver que tous les standards ont comme dénominateur commun la normalité. La méthode utilisée ici s'apparente davantage à un raisonnement syllogistique à l'envers, puisqu'ici, c'est la première proposition qui est justement l'hypothèse à prouver<sup>576</sup> :

- ◇ Les standards renvoient à la normalité.
- ◇ Le légitime « conformité à la loi » ne renvoie pas à la normalité.
- ◇ Le légitime « conformité à la loi » n'est pas un standard.

Par ailleurs, lorsque l'auteur indique que la notion de « raisons légitimes », dans l'expression « *parents ne justifiant pas de raisons légitimes empêchant leurs filles de participer à des épreuves scolaires* »<sup>577</sup>, est un standard, la notion de *normalité* nous semble relativement superflue. Elle n'apporte, en effet, aucune précision permettant une meilleure compréhension de la notion de légitimité<sup>578</sup>. Certes, l'expression « raisons légitimes » désigne à la fois les raisons qui *devraient être* avancées par les parents et celles qui *sont* communément admises dans la société. Ce standard correspondrait, en ce sens, à la double normalité de l'être et du devoir être décrite dans l'analyse. Le droit, en ce qu'il prescrit ou interdit des comportements, se fonde toujours, de façon simultanée, sur *ce qui est*, corrigé par ce qui *devrait être* : le modèle de conduite. Dès lors, parce que le légitime est une règle juridique, il est forcément compris dans cette normalité. Laquelle, encore une foi, est induite par le droit dans son ensemble et ne caractérise pas le *légitime* en particulier. La distinction entre anormal et normal ne semble donc pas susceptible de fournir un critère satisfaisant du légitime dès lors qu'il ne s'agit que de la constatation de la fréquence des phénomènes. La normalité opère, selon, le Doyen Ripert, comme « *procédé possible de*

---

<sup>575</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 78 et s.

<sup>576</sup> Nous ne pensons pas, en revanche, qu'il s'agisse du syllogisme régressif, utilisé notamment par les avocats, puisque dans ce cas : à « *l'inverse du juge qui part des prémisses majeures (la règle) et mineures (les faits) pour parvenir à la solution, l'avocat, faisant usage du syllogisme régressif, part de la solution qu'il souhaite obtenir, la confronte à la prémisse mineure et en déduit que telle ou telle règle de droit doit être invoquée* » : TOURNAUX S., « *L'obiter dictum de la Cour de cassation* », *RTD civ.* 2011, p. 45.

<sup>577</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 78 et s.

<sup>578</sup> Sur la légitimité comme standard, v. notamment : DANIS-FATÔME A., *Apparence et contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 404, 2004, p. 552, n° 903 et s.

*classement* », mais ne constitue, en aucun cas, une explication<sup>579</sup>. En tout état de cause, il est à noter que le légitime n'est jamais employé seul. Il est toujours accompagné d'un substantif qui le met en contexte et lui donne sens. On peut identifier le légitime, notamment en droit des contrats, sous les expressions de *confiance légitime* ou encore *d'ignorance légitime*. Or, nous démontrerons, dans des développements futurs, qu'il s'agit de notions indéterminées sans caractère propre et non de standards<sup>580</sup>.

111. Que dire, en outre, de la proportionnalité, autre notion qualifiée de standard inclusif primaire en considération du critère « normalité » ? (b).

## b. La proportionnalité et la normalité

112. **La notion de proportionnalité : principe et non standard.** L'attribution de la qualification de standard à la notion de proportionnalité<sup>581</sup> ne semble pas avoir remporté tous les suffrages. La plupart des auteurs préfèrent utiliser l'expression de « *principe de proportionnalité* »<sup>582</sup>. Au sein de la thèse examinée, c'est le qualificatif de standard<sup>583</sup> qui est retenu puisque l'auteur considère, reprenant le Dictionnaire Robert, que le *proportionné* est « *ce qui est dans une proportion normale avec quelque chose* »<sup>584</sup>. L'exemple choisi est celui de la notion de proportionnalité dans le contentieux de la police administrative avec la célèbre jurisprudence Benjamin. En vertu de cette dernière, « *il doit y avoir proportion entre l'atteinte portée à une liberté, le coût, et l'avantage retiré pour l'ordre, le gain* »<sup>585</sup>. Or ici, la correspondance

---

<sup>579</sup> RIPERT G., « Le socialisme juridique d'Emmanuel Levy. À propos de : La vision socialiste du Droit », 1926, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928, p. 21, spéc. p. 28.

<sup>580</sup> v. *infra* n° 304.

<sup>581</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 87.

<sup>582</sup> PRADEL J., « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *D.* 2019, p. 490 ; LEGEAIS D., « Principe de proportionnalité », *RTD com.* 2015, p. 727 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2015, n° 14-13.126: *Bull. civ.* I, n° 131, *D.* 2015, 2044, obs. AVENA-ROBARDET V., note JUILLET C. ; *Ibid.* 1810, obs. CROCQ P. ; Com., 22 sept. 2015, n° 14-22.913, *D.* 2015. 2044, note JUILLET C. ; FROMONT M., « Principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, p. 156 ; NABET P., « Le principe de proportionnalité s'invite en droit des procédures collectives », *D. actu.* 28 avril 2010 ; HOUTCIEFF D., « La preuve de la disproportion pèse sur la caution », *AJ Contrats d'affaires*, Dalloz, 2017, p. 494 ; Com., 13 sept. 2017, n° 15-20. 294, *AJ Contrat* p. 494 ; LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.

<sup>583</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 87, Néanmoins, dans son argumentaire, il nuance en réalité immédiatement son propos en citant l'étude de Monsieur Braibant sur le « *principe de proportionnalité* ». Il n'affiche donc pas totalement son désaccord.

<sup>584</sup> *Ibid.*

<sup>585</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 87.

sémantique avec la normalité est pour le moins obscure. On assiste une nouvelle fois à une sorte de mise en abîme par l'assimilation de notions apparentées à celle de normalité. Dire qu'il faut entendre « proportion » dans cette phrase, comme « proportion normale » est une assertion qui pourrait ne pas convaincre. À vouloir trop classer les notions indéterminées sous la catégorie de standard juridique, l'auteur omet la possibilité que certaines notions indéterminées puissent intégrer une autre catégorie, comme celle de principe juridique. C'est le cas de la notion de proportionnalité. Si la *normalité* pouvait néanmoins revêtir un intérêt dans l'explication de la notion, elle ne la transforme pas, pour autant, en standard. La proportionnalité constitue bien davantage un principe, c'est-à-dire un concept dégagé par l'analyse de plusieurs règles de droit positif qui convergent vers un même but (ici la proportionnalité). En effet, si la proportionnalité se nourrit de plusieurs notions voisines comme la rationalité, le raisonnable, la nécessité ou bien la *normalité*, elle ne peut y être réduite. Aussi, la notion de proportionnalité renvoie-t-elle également à une réflexion sur l'équité, l'efficacité ou encore la légalité<sup>586</sup>, voire la légitimité. Par exemple, dans une récente affaire en matière de secret des affaires, la Cour de cassation avançait qu'« *en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui incombait, si cette mesure d'instruction, confiée à un tiers soumis au secret professionnel, n'était pas proportionnée au droit des sociétés Allianz d'établir la preuve d'actes de concurrence interdite ou déloyale attribués à l'agent général et à la préservation des secrets d'affaires des sociétés GAN, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »<sup>587</sup>. Dans cette espèce, un agent général d'assurance était soupçonné, par la société Allianz, de se livrer à une concurrence déloyale. Cette dernière a, dès lors, requis, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la communication de pièces qui lui aurait permis de rapporter la preuve de cette déloyauté. La société Gan, qui avait récemment embauché l'agent général à la suite de sa démission de la société Allianz, a demandé la substitution d'une expertise confiée à un tiers qui serait soumis au secret professionnel par la mesure de communication forcée. La cour d'appel, n'ayant pas donné droit à la demande de la société Gan, celle-ci s'est pourvue en cassation. La haute juridiction a alors reproché à la cour d'appel de ne pas avoir envisagé les deux demandes sous le prisme de la proportionnalité. La solution se justifiait en effet parfaitement au regard de ce principe

---

<sup>586</sup> BERRADA S., *Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire*, thèse, Bordeaux, 2003.

<sup>587</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2017, n° 15-27845 : P. ; PELLET S., « Le principe de proportionnalité au secours du secret des affaires ! », *LEDC* sept. 2017, n° 08, p. 5.

puisqu'il a pour fonction de trancher le litige lorsque deux droits sont en conflit. Cet examen de proportionnalité doit aboutir en faisant prévaloir le droit qui, au cas particulier, est le plus légitime et non le plus *normal*. Lorsque deux droits d'égale valeur normative sont en conflit, comme en l'occurrence le secret des affaires *et* le droit à la preuve, il n'existe pas de droit plus normal qu'un autre. Un droit n'est ni plus fréquent – normalité descriptive – ni meilleur – normalité dogmatique – qu'un autre. La réflexion ne s'opère tout simplement pas en ces termes. La proportionnalité doit s'entendre d'un équilibre précis dans un cas donné, qu'il s'agisse de l'équilibre entre deux droits, deux intérêts ou deux prestations. Une proportion ne se mesure pas en termes de normalité : deux prestations anormales peuvent être pourtant proportionnées entre-elles.

**113. Conclusion.** Si la normalité se présente, *a priori*, comme un outil de classification possible, la notion ne dessine pas une grille de lecture suffisamment concluante pour améliorer la compréhension du standard juridique. La notion de normalité aboutit même, parfois, à qualifier un principe de standard. Le diptyque normalité-anormalité constitue alors un critère extensible, mais il ne sied pas à tous les éléments qui lui sont associés. De la même façon, sont intégrés dans la catégorie « standard » d'autres expressions qui ne gagnent pas davantage en netteté lorsqu'elles sont amalgamées à la normalité (2).

## 2. LA NORMALITÉ, LE DÉLAI ET L'ABUS

**114. Plan.** L'étude d'autres exemples comme ceux de « bref délai », de « meilleurs délais » (a – **Le délai et la normalité**) – constituant des standards non référencés – ou encore « d'abus » (b – **L'abus et la normalité**) – conçu, en revanche, comme un substitut du terme normal<sup>588</sup> –, participe également du constat que la normalité ne forme pas un modèle explicatif approprié du standard juridique.

---

<sup>588</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 65 n° 75.



### a. Le délai et la normalité.

115. **Une évaluation extérieure au critère de normalité.** Lorsqu'une notion estampillée « standard » est introduite, par le législateur, en matière de délai, il est, le plus souvent, question de célérité<sup>589</sup>. Les exemples les plus topiques sont ceux de « meilleur délai » et de « bref délai ». Or, dans les deux cas, la normalité brouille davantage les pistes de la connaissance qu'elle n'aiguille le juriste sur leur véritable signification. Ainsi, à l'instar de la proportionnalité, l'évaluation du bref délai ne se fait pas en termes de normalité. Le délai bref n'est ni plus *normal* ni plus *anormal* qu'un délai long : « aucune des deux situations entre lesquelles la comparaison est à faire ne (peut) être a priori décrétée plus normale que l'autre »<sup>590</sup>. Un bref délai est toujours requis pour des raisons de politique législative assez précises. Notamment, la garantie des vices cachés était enfermée<sup>591</sup>, par l'article 1648 du Code civil, dans un « bref délai ». Cette garantie a pour objectif de protéger l'acquéreur contre des vices qui, antérieurs à la vente, rendraient la chose impropre à son usage<sup>592</sup>. Si un tel vice venait à être découvert, la victime pourrait demander la rescision de la vente ou bien la réduction du prix, s'il souhaitait, malgré tout, conserver la chose. Or, la réalisation de cette action était soumise à un délai particulièrement court par le truchement de la notion de « bref délai ». Ce dernier permettait donc de circonscrire radicalement le champ et le potentiel de l'action. Cette condition temporelle archaïque faisait l'objet de critiques acerbes<sup>593</sup>. Toujours est-il que cette exigence ne correspondait pas à l'idée de normalité. L'introduction d'un délai aussi court, loin de constituer une pratique fréquente, témoignait en réalité d'une volonté politique forte : la préservation de la sécurité juridique des échanges économiques. En effet, si l'action en garantie des vices cachés n'était pas enserrée dans un délai relativement bref, elle ouvrirait, potentiellement, à l'acquéreur, un remède judiciaire aux vices imputables à l'usure naturelle de la chose plutôt qu'à la fabrication du

---

<sup>589</sup> Même le délai raisonnable implique une certaine célérité selon la jurisprudence européenne.

<sup>590</sup> ORIANE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ* 1988-4, p. 1038 et s.

<sup>591</sup> Jusqu'à la loi du 18 février 2005, l'article 1648 du Code civil disposait en effet que : « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite. Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices apparents ».

<sup>592</sup> HERVIO-LELONG A., « Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée », *D.* 2002, p. 2069.

<sup>593</sup> LE TOURNEAU PH., « Conformités et garanties en droit français de la vente », in SCHLECHTRIEM P., WITZ C. (dir.), *Les ventes internationales de marchandises*, Economica, 1981, p. 231 et s., spéc. n° 143.

produit<sup>594</sup>. En tout état de cause, la notion de bref délai, qui a d'ailleurs été remplacée par un délai de deux ans<sup>595</sup>, doit être comprise et interprétée, non comme un délai « normal », mais comme un délai tout à fait particulier et propre aux circonstances que le législateur a entendu régir. De la même façon, la notion de meilleurs délais, que l'on retrouve notamment en matière bancaire<sup>596</sup>, ne fait pas non plus référence à un délai normal ou raisonnable. Elle indique, à l'inverse, un délai relativement court<sup>597</sup> et implique, pour le destinataire de la règle, d'agir le plus rapidement possible au vu des circonstances. La notion de normalité, trop abstraite et générale, ne permet en effet pas d'éclairer des notions qui visent, en revanche, des situations ou des régimes particulièrement précis.

**116.** Par suite, la notion d'abus n'apparaît pas non plus réductible à la notion de normalité **(b)**.

## **b. L'abus et la normalité**

**117. Un comportement contraire à la loyauté<sup>598</sup>, non à la normalité.** Si, dans la démonstration présentée, l'abus a été classé dans la catégorie des standards juridiques<sup>599</sup>, il n'en va pas de même pour tous les auteurs qui se sont penchés sur la question<sup>600</sup>. Il s'avère que c'est quasiment toujours par référence à la *bonne foi*, et non pas à la normalité, que la jurisprudence analyse et caractérise l'abus<sup>601</sup>. Or, nous le verrons, la *bonne foi*<sup>602</sup> ne constitue pas, à proprement parler, un standard<sup>603</sup>. Il s'agit, dans cette perspective, d'une bonne ou d'une mauvaise foi subjective, d'une question de pur fait<sup>604</sup> qui ne saurait être évaluée sous

---

<sup>594</sup> TRESQUES A., « Les délais préfix », *LPA* 2008, n° 22, p. 6.

<sup>595</sup> Nouvel article 1648 du Code civil.

<sup>596</sup> Mise en opposition dans les « *meilleurs* » délais article L 132-3 ancien du Code monétaire et financier.

<sup>597</sup> Com., 28 juin 2011, n° 10-19265 : *Bull. civ. I*, n° 148, v. LASSERRE-CAPDEVILLE J., *Essentiel du droit bancaire*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2021, n° 8, p. 6.

<sup>598</sup> PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 208, 1989, p. 32, n° 19 et s.

<sup>599</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 69.

<sup>600</sup> STURLÈSE B., « Le juge et les standards juridiques », Dossier : « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n° 02, p. 398.

<sup>601</sup> Com., 4 nov 2014, n° 11-14026 ; STOFFEL-MUNCK PH., « L'abus dans la fixation unilatérale du prix », *RDC* 2015, n° 02, p. 233 ; *JCP G* 2014, n° 1310, note CHONÉ A.-S. ; *D.* 2015, p. 183, note GHESTIN J.

<sup>602</sup> Notamment issue de l'article 1104 nouveau du Code civil.

<sup>603</sup> Nous argumenterons cette thèse dans des développements ultérieurs, v. *supra* n° 337.

<sup>604</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 102, n° 85.

le prisme de la normalité. La mauvaise foi *est* ou *n'est pas*.<sup>605</sup> D'ailleurs, cette bonne foi subjective, « *esprit de loyauté, d'honnêteté, de sincérité, qui doit présider à l'élaboration et à l'exécution de tous les actes juridiques (...) qui s'oppose à la fraude, au dol (...) qui exclut toute intention malveillante* »<sup>606</sup> est, bien souvent, qualifiée de principe<sup>607</sup>. Toujours est-il que lorsque le juge détermine si un comportement ou une situation sont abusifs, il n'observe pas si le comportement est contraire à la normale, mais s'il est contraire à la loyauté, à la sincérité, à l'honnêteté et à la bonne foi, qui devraient pourtant commander ce dernier. Ainsi, dans une affaire récente<sup>608</sup>, relative à l'abus dans la fixation unilatérale du prix<sup>609</sup>, la société Camargo et la société Larzul avaient conclu un contrat, obligeant cette dernière à s'approvisionner, de manière exclusive, en chair d'escargot, auprès de la société Camargo. Si le prix de départ était fixé en référence à celui payé par la société Larzul à la première commande, il était prévu au contrat l'attribution d'un pouvoir unilatéral de modification et de fixation du prix au bénéfice de la société Camargo. Or, le prix fixé par cette dernière ne permettait pas à la société Larzul de faire face à la concurrence. Le prix avait, dès le départ, été fixé bien trop haut. La Cour d'appel de Paris avait conclu, de fait, à un abus dans la fixation du prix, et condamné la société Camargo au paiement d'une provision d'1,5 million d'euros. Or, la motivation de la cour d'appel ne se cantonnait pas à l'analyse de l'abus sous le prisme de la clause de prix. Elle estimait, en effet, que la société Camargo n'avait « *pas exécuté le contrat de bonne foi, abusant de son droit de fixer unilatéralement le prix* ». L'utilisation de la bonne foi<sup>610</sup> dans la caractérisation de l'abus est, au demeurant, tout à fait « *banal(e)* »<sup>611</sup>, puisqu'elle sert, en général « *à tracer les bornes implicites d'une prérogative* ». La bonne foi sanctionne les « *abus de prérogative* »<sup>612</sup>. En tout état de cause, la notion de bonne foi n'est pas réductible à celle de normalité. Lorsque Monsieur Rials

---

<sup>605</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 102, n° 85.

<sup>606</sup> ZOLLER E., *La bonne foi en droit international public*, 1975, p. 7 ; V. également STATI M.O., *Le standard juridique*, E. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, successeurs, Paris, 1927, p. 184.

<sup>607</sup> VOUIN R., *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939, p. 93 ; Pour une étude approfondie de la bonne foi, v. *infra* n° 412.

<sup>608</sup> Com., 4 nov. 2014, n° 11-14026 : « *l'absence d'effort de la SAS Camargo pour déterminer les prix de manière à permettre à la SAS Larzul de pouvoir faire face à la concurrence* » était de nature à établir que celle-ci n'avait pas « *exécuté le contrat de bonne foi abusant de son droit de fixer unilatéralement le prix* ».

<sup>609</sup> Dans les contrats cadre, la Cour de cassation autorise, depuis plus de 20 ans, l'indétermination du prix sous réserve de l'abus dans la fixation de ce dernier : Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, ns° 91-15578 et 91-15.999 : *Bull. AP.*, n° 7, p. 13 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008, n° 152-155, p. 74.

<sup>610</sup> JABBOUR R., *La bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil*, thèse Paris 1, 2015.

<sup>611</sup> STOFFEL-MUNK PH., « *L'abus dans la fixation unilatérale du prix* », *RDC* 2015, n° 02, p. 233.

<sup>612</sup> HELLERINGER G., *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, LGDJ, 2012, n° 390 et s.

résume l'abus à l'excessif, donc à ce qui est supérieur à la normale (normalité descriptive), il réduit l'abus, en quelque sorte, à un excès mathématique. Or l'abus, défini par la bonne foi dans son acception négative, fonde plutôt « *un jugement de valeur sur la qualité d'ensemble d'un comportement* »<sup>613</sup>. L'abus ne peut pas être interprété uniquement par référence à une normalité descriptive, c'est-à-dire ce qui est le plus fréquent ou commun. L'abus devrait, en effet, toujours se concevoir, au même titre que la bonne foi, sous le prisme de la normalité dogmatique, c'est-à-dire *ce qui devrait être*. Toutefois, nous avons déjà exprimé la réserve selon laquelle cette double normalité, bien qu'intéressante à première vue, n'offre pas un modèle explicatif suffisamment net de la notion de standard juridique. De fait, cette normalité dogmatique et descriptive étant l'apanage du droit lui-même, toutes les règles juridiques en sont l'expression.

**118. Conclusion.** Si l'élection du concept de normalité comme dénominateur commun du contenu de tous les standards a pu paraître recevable, le discours de l'auteur menant à cette clé est plus décevant. Le lien entre les notions qualifiées de standards et la normalité semble, bien souvent, tenir davantage de l'intuition que d'un réel argumentaire juridique. En effet, la limite de la clé de lecture du standard au regard de la normalité s'explique par le fait que la normalité n'est pas *le* critère explicatif des standards, mais est inhérente à la nature du droit lui-même. Il n'est pas question ici de rejeter radicalement l'idée selon laquelle la normalité opèrerait comme un guide pour l'interprétation des standards juridiques. Seulement, puisque la normalité se caractérise comme une force créatrice intrinsèque au droit, elle ne saurait donc singulariser le standard au regard des autres notions juridiques (**B**).

## **B. LES LIMITES D'UNE SINGULARISATION DES STANDARDS AU REGARD DE LA NORMALITÉ**

**119. Plan.** La normalité n'est le plus souvent identifiable que grâce à ses adjectifs antonymes, lesquels, du pathologique au bizarre, de l'exceptionnel au déraisonnable en passant par l'inapproprié et l'excessif ne semblent pas convenir pour appréhender une technique juridique comme le standard. La normalité n'est pas un principe juridique, c'est

---

<sup>613</sup> STOFFEL-MUNK PH., *art. cit.*, *RDC* 2015, n° 02, p. 233.

d'avantage une *force créatrice* inhérente au droit. Comme l'évoquait justement un auteur, « *si l'on veut signifier que la Raison, l'Équité et le Bon sens doivent nous guider, on n'ajoute rien aux commandements de l'esprit dans toutes les sciences et les arts* »<sup>614</sup>. Il serait malvenu néanmoins, d'affirmer, de façon péremptoire, que la normalité est un référentiel inutile au standard. Le standard étant une technique juridique, il est à l'évidence compris dans cette notion de normalité (**1 – Un critère explicatif du droit**). De surcroît, la normalité utilisée par comme critère explicatif n'est pas novatrice puisqu'elle n'est que l'héritière biaisée de l'équité aristotélicienne et, qu'en tout état de cause, elle ne constitue pas un critère singulier (**2 – Un critère non singulier**).

## 1. UN CRITÈRE EXPLICATIF DU DROIT

**120. Le concept de droit est consubstantiel à celui de norme.** Le concept de normalité ne peut revêtir un caractère explicatif global et suffisant de la notion de « standard juridique » puisqu'il s'agit d'un élément descriptif du droit. Le droit n'a-t-il pas pour objet premier d'édicter des normes ?<sup>615</sup> Et ces normes ne sont-elles pas toujours une régulation en termes de normalité ?<sup>616</sup> Lorsque le législateur commande la façon dont le citoyen doit, ou ne doit pas se comporter, n'a-t-il pas forcément en tête un comportement qui serait la norme ? Qui serait « normal » ? Serait-ce un comportement « conforme au type le plus fréquent »<sup>617</sup>, ou plutôt à ce qui « devrait être » normalement ? De fait, « *le droit, en ce qu'il réalise un encadrement normatif des conduites*<sup>618</sup>, participe à la fixation de la ligne séparative entre comportements normaux et anormaux »<sup>619</sup>. La norme prescrit et interdit des conduites considérées respectivement comme normales ou déviantes<sup>620</sup>. Le droit, au travers de la

---

<sup>614</sup> RODIÈRE R., « Les principes généraux du droit privé français », *RIDC* n° spéc., vol. 2, 1980, p. 309 et s.

<sup>615</sup> GOYARD-FABRE S., *art. cit.*, p. 211 et s.

<sup>616</sup> Madame Chassagnard-Pinet s'interroge de la même manière sur la relation entre norme et normalité : « *L'influence première n'est-elle pas celle de la normalité sur la constitution de la norme ?* » : CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 28, n° 50.

<sup>617</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 61.

<sup>618</sup> GERRY-VERNIÈRES S., *Les « petites » sources du droit, à propos des sources étatiques non contraignantes*, *Économica*, Recherches juridiques, 2012, p. 414, n° 125.

<sup>619</sup> CHASSAGNARD-PINET S., « Droit et normalité : appréhension et évaluation des comportements anormaux » in LAVENUE J.-J., VILLALBA B (dir.), *Vidéo-surveillance et détection automatique des comportements anormaux : Enjeux techniques et politiques*, Villeneuve d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, 2011, pp. 119-131, spéc. n° 1.

<sup>620</sup> *Ibid.*, spéc. n° 4.

normalité, opère d'une double façon : il prohibe la conduite jugée anormale<sup>621</sup> et légitime la conduite désignée comme normale<sup>622</sup>. La normalité, entendue ici comme un « modèle de conduite »,<sup>623</sup> est alors forcément en interaction avec le droit. En effet, c'est la première mission de ce dernier que de sanctionner « les comportements anormaux menaçant l'équilibre social »<sup>624</sup>. C'est ce dernier qui fixe la limite entre « normal » et « anormal », au-delà de laquelle le sujet déviant sera soumis à une sanction. Le droit est alors un instrument indispensable de normalisation, il n'est « pas seulement le discours du pouvoir, il en est aussi l'instrument, l'outil »<sup>625</sup>. Il s'agirait d'ailleurs du propre du droit, selon le Doyen Carbonnier, que de « se saisir de l'anormal »<sup>626</sup>. Il existe dès lors un rapport certain entre légalité et normalité<sup>627</sup>.

**121. Le rapport étroit entre légalité et normalité.** Si le droit s'inscrit dans le domaine du « légal » et non du « normal », pour autant, le critère de normalité est essentiel « au stade de la genèse et de l'application du droit »<sup>628</sup>. Les justiciables sont, en effet, plus à même de respecter ce qui est dit « normal » que « légal ». C'est alors que se joue un ballet incessant entre le normal et le légal : « le droit convertit le normal en légal, mais en même temps le légal sert à la définition du normal par la société »<sup>629</sup>. Par conséquent, « le droit crée la norme en même temps qu'il l'entérine, il est à la fois étalon et caution de la normalité »<sup>630</sup>. Il ne s'agit pas ici de postuler que le standard juridique n'est pas un « instrument de mesure des comportements et des situations en termes de normalité »,<sup>631</sup> mais de considérer que le critère de la normalité n'est pas un critère suffisant pour l'individualiser. Sans avoir besoin de la technique du « standard juridique » et sans l'attendre<sup>632</sup>, les Codes Napoléon ont déjà pu être décrits comme de

---

<sup>621</sup> CHASSAGNARD-PINET S., *art. cit.*, spéc. n° 4.

<sup>622</sup> *Ibid.*

<sup>623</sup> *Ibid.*

<sup>624</sup> *Ibid.*

<sup>625</sup> LOSCHAK D., « Droit, normalité et normalisation », in AA.VV., *Le droit en procès*, PUF, 1984, pp. 51-77.

<sup>626</sup> CHASSAGNARD-PINET S., *art. cit.*, spéc. n° 4.

<sup>627</sup> De la même façon que le « légal ne peut se distinguer du juste, et le comportement illégal du comportement injuste » TERRÉ F., « L'inutile et l'injuste », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, pp. 865-880, spéc. p. 866.

<sup>628</sup> LOSCHAK D., *art. cit.*, *Droit et société* 1986, n° 2, pp. 134-137.

<sup>629</sup> *Ibid.*

<sup>630</sup> *Ibid.*

<sup>631</sup> RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN CH., VANDER EST R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 120, n° 93.

<sup>632</sup> Nous verrons en effet que la bonne foi ou encore la personne raisonnable, issus du *bonus pater familias*, sont des principes juridiques et non des standards, v. *supra* n° 337 et s.

« merveilleux moules à réduire les anomalies sociales »<sup>633</sup> dans la mesure où ils proposent une série de règles régissant le mariage, la vie des époux, un arsenal tendant à réprimer les comportements délictuels, bref, tout autant de règles propres à normaliser<sup>634</sup> et rééduquer<sup>635</sup> l'Homme du XXI<sup>e</sup> siècle. C'est bien le droit dans son ensemble qui promeut la normalisation d'une société<sup>636</sup>, et non uniquement les quelques standards dispersés ci et là dans les codes.

**122. La normalité, la normativité, essence du droit**<sup>637</sup>. D'ailleurs, une norme, puisqu'elle est « la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée »<sup>638</sup>, renvoie forcément au devoir (sollen), au droit (dürfen) et au pouvoir d'agir (können), donc à l'être et au devoir être. En effet, cette norme « n'est pas l'acte de volonté qui la pose »<sup>639</sup>, la norme est un « devoir être » (sollen), et l'acte de volonté dont elle est la signification est un « être » (Sein). Le droit pourrait donc toujours renvoyer à la définition de la normalité telle que précisée, à savoir l'être (la normalité descriptive), ce qui est, et le devoir être (la normalité dogmatique), ce qui devrait être. Le droit dans son ensemble est le produit de l'immanence et de la transcendance au sein d'une société et d'une époque donnée.

**123.** En outre, la thèse de la normalité comme dénominateur commun des standards juridiques a déjà pu être contestée, sous un autre angle que celui que nous avons abordé. De fait, la normalité ne serait pas un critère singulier du standard (2).

## 2. UN CRITÈRE NON SINGULIER

**124. Le raisonnable, dénominateur potentiel du standard**<sup>640</sup>. Dans une réflexion sur la notion de raisonnable en droit<sup>641</sup>, un auteur assimile le raisonnable au

---

<sup>633</sup> LOSCHAK D., *art. cit.*, *Droit et société* n° 2, 1986. pp. 134-137.

<sup>634</sup> ARNAUD-DUCN., *La Normalité, III<sup>e</sup> Colloque d'Athènes*, Athènes, Hautes Études Industrielles du Pirée, 1984.

<sup>635</sup> *Ibid.*

<sup>636</sup> CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 273, n° 565 : « Critère d'appréciation métajuridique, ce référent (la normalité) participe ainsi à l'interprétation, à l'adaptation, voire à l'éviction des règles de droit ».

<sup>637</sup> De la même manière : *Ibid.*, p. 49, n° 100 : « la normativité » est « inhérente à la notion de normalité ».

<sup>638</sup> KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962, p. 13.

<sup>639</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>640</sup> Sur l'étude approfondie de l'hypothèse en droit des contrats v. *infra* n° 387 et s.

<sup>641</sup> MAGNON X., « Qu'est-ce que le droit peut faire du raisonnable », in *Le raisonnable en droit administratif*, Éditions l'Épitoque – Lextenso, 2016, p. 30.

standard puisque le standard renverrait toujours à la notion de raisonnable « *même si seuls certains standards sont formalisés avec le terme même de raisonnable* »<sup>642</sup>. Il ajoute que « *lorsque le droit renvoie au raisonnable, il utilise des standards* »<sup>643</sup> et que « *tous les standards apparaissent comme des instruments de mesure des comportements s'appuyant sur le raisonnable comme critère d'appréciation, même s'ils n'utilisent pas le terme de manière explicite* »<sup>644</sup>. Néanmoins, quel est l'intérêt, d'un point de vue doctrinal, technique et plus largement intellectuel de constituer ces rapprochements entre standard-normalité ou standard-raisonnable comme s'ils projetaient un éclairage définitivement révélateur sur la catégorie du standard ?<sup>645</sup> Comme si le fait que le standard parle de normalité et de raison posait question. Comme si l'on précisait, d'un seul coup, l'imprécision de ses termes, déterminant l'indétermination de la formule, par un mot magiquement révélateur et miraculeusement suffisant. La compréhension du standard par le truchement des termes de normalité ou de raisonnable ne constitue-t-elle pas, au fond, qu'une tautologie dans une démocratie ? Le droit n'a-t-il pas toujours vocation à ériger des comportements en termes de normalité ou de raisonnable, c'est-à-dire, en réalité, conformes à ce qui est acceptable ?<sup>646</sup> Il est, en effet, très peu de secteurs du droit qui ont échappé à la « règle » du raisonnable<sup>647</sup>. Le concept de raisonnable est d'ailleurs aujourd'hui consacré explicitement en droit des contrats<sup>648</sup>, en droit économique<sup>649</sup>, en droit international<sup>650</sup> ou encore en droit européen<sup>651</sup>. Quoi qu'il en

---

<sup>642</sup> MAGNON X., *art. cit.*, p. 30.

<sup>643</sup> *Ibid.*

<sup>644</sup> *Ibid.*

<sup>645</sup> Madame Chassagnard-Pinet considère, de même, que « *le normal et le raisonnable sont tous deux liés aux réactions de milieu social* ». En ce sens, ils pourraient constituer le référentiel commun aux standards juridiques. Elle ajoute, en revanche, que, contrairement au raisonnable : « *la normalité affiche (...) une ambition prescriptive* », ce qui lui « *confère (...) la légitimité nécessaire à son emploi comme référent dans la réalisation des standards* » : CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 121, n° 254. Nous considérons, en revanche, que si la normalité peut constituer un référentiel des standards juridiques, c'est en tant qu'elle constitue un référentiel du droit dans son ensemble. La notion de normalité ne saurait donc pas singulariser les standards juridiques au regard des autres notions indéterminées.

<sup>646</sup> Sur le rapprochement entre normalité et raisonnable comme axiomes fondateurs du droit, et la critique de leur capacité à singulariser le standard, v. *supra* n° 351 et s. ; De même, Madame Chassagnard-Pinet relève que la normalité désigne aussi « *le souhaitable* » ou « *l'acceptable* » : CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 49, n° 101.

<sup>647</sup> BAHUREL C., « le standard du raisonnable », RDA févr. 2014, n° 9, p. 60 ; PAPADIAMANTIS K.-P., *Le fondement et le concept du raisonnable en droit : étude comparative des systèmes de la Common Law et de droit continental*, thèse, Paris X, 1990.

<sup>648</sup> RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, 2009.

<sup>649</sup> DUONG L.-M., *La notion de raisonnable en droit économique*, thèse, Nice, 2002.

<sup>650</sup> WEISZBERG G., *Le raisonnable en droit du commerce international*, thèse, Paris II, 2003.

<sup>651</sup> TOUIJER K., *La construction juridique du consommateur raisonnable en droit de l'Union européenne*, thèse, Nantes, 2019 ; BOUISSON S., *L'exigence du délai raisonnable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, thèse, Aix-Marseille, 2001.



soit, raisonnable et normal sont des concepts lourds à manier pour le juge, devenant parfois même impraticables<sup>652</sup>, car ils commandent d'opérer une qualification en cascade : l'expression de normalité ou de raisonnable d'abord, l'expression standard ensuite.

Dans le même sens, l'équité aristotélicienne a pu être appréhendée comme le critère d'unification des standards juridiques.

**125. Le standard juridique, instrument de mesure en termes d'équité?** Un auteur<sup>653</sup> estimait que le standard juridique ne serait pas un instrument de mesure en termes de normalité. Il s'agirait, plutôt, d'un instrument de mesure en termes d'équité, et plus précisément de l'équité aristotélicienne puisque : « *la nature de l'équité, c'est précisément de redresser la loi où elle se trompe à cause de la formule trop générale qu'elle doit prendre* »<sup>654</sup>. L'auteur révélait, de plus, que la normalité ne serait que la descendante positiviste de l'équité : « *la référence à la normalité pour mesurer une situation factuelle au moyen des seuls modèle et moyenne peut être expliquée par les évolutions connues de la chose et la science juridique depuis l'Antiquité. Depuis le bas Moyen-âge, le droit est en effet enfermé entre la "transcendance de la loi" et l'"omniprésence des faits"* »<sup>655</sup>. *Toute science du droit supposant admise une certaine conception du droit, il est permis de penser que c'est parce que le mouvement du standard s'inscrivait dans le contexte d'une réaction à l'École de l'Exégèse qu'il tendit à faire de la normalité descriptive la matière du standard. Mais c'est, sans doute, parce qu'il n'est pas possible de faire totalement table rase du passé qu'il ne sut se défaire de toute référence à la normalité prescriptive. Dans cette perspective, la normalité apparaît bien comme l'héritier positiviste d'une équité permettant de redresser "la loi là où elle se trompe à cause de la formule trop générale qu'elle doit prendre"* »<sup>656</sup><sup>657</sup>. Nous rejoignons, en un sens, la critique formulée en considération de la normalité. Toutefois, remplacer la normalité par l'équité ne semble pas plus opportun. L'équité et la normalité sont des notions qui absorbent en elles-mêmes une quantité si infinie de significations qu'elles sont insusceptibles de parvenir à l'objectif qui leur avait été assigné : définir et distinguer le standard juridique par rapport aux autres notions qui composent le droit. En tout état de cause, l'incapacité de ces notions à embrasser celle de standard juridique témoigne selon

---

<sup>652</sup> TOUIJER K., *th. cit.* ; BOUISSON S., *th. cit.*

<sup>653</sup> RADI Y., *Standardisation et droit international*, thèse, Bruylant, 2013, p. 51.

<sup>654</sup> ARISTOTE., *Éthique de Nicomaque*, GF Flammarion, 1992, pp. 161-163.

<sup>655</sup> VILLEY M., *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit*, Dalloz, 2001, p. 75 et s.

<sup>656</sup> ARISTOTE., *op. cit.*, p. 163.

<sup>657</sup> RADI Y., *op. cit.*, p. 52.

nous qu'une notion unique ne saurait fournir au standard un paradigme explicatif suffisamment riche et pertinent<sup>658</sup>.

### *Conclusion Section II*

**126. Rétrospective.** L'analyse des travaux de Monsieur Rials était indispensable à la compréhension du standard juridique tel qu'il est appréhendé aujourd'hui. Force est de constater que sa théorie du standard, fondée sur l'idée de normalité, offre une piste intéressante pour son appréhension en ce qu'elle dépasse l'approche fonctionnelle ou formelle de sa définition. Cette clé de lecture ouvre, il est vrai, certaines portes, mais pas forcément celle de l'identité du standard. Dans le dédale d'abstraction que construit l'idée de normalité, elle-même reste à la fois trop complexe pour que son maniement puisse faciliter l'abord du standard. Par ailleurs, les classifications opérées par son intermédiaire n'apparaissent pas satisfaisantes en ce qu'elles n'ont qu'un lien trop distendu avec le critère choisi. Constitutive d'une force créatrice du droit, la normalité, comme l'équité ou le raisonnable<sup>659</sup>, ne présente pas les caractères d'un référentiel suffisamment spécifique pour expliciter la notion de standard juridique.

**127. Un critère de distinction insaisissable *a priori*.** L'abstraction et la subjectivité inséparables de l'idée de normalité rendent son analyse et son utilisation en tant que clé interprétative et définitoire particulièrement ardues. Les deux notions de moyenne et de modèle, comme d'*être* et de *devoir-être*, compris comme des sous-caractères de la normalité, entretiennent des rapports d'interdépendance tels qu'il semble vain de vouloir les distinguer. En outre, il est permis de penser que le recours à la normalité accentue la délégation de pouvoir conférée au juge. Le maniement du standard, mis en perspective avec l'idée de normalité, ne semble pas gagner en praticité. La lecture du standard par le prisme du référentiel-normalité, à forte densité d'abstraction, implique ainsi, pour expliquer *le standard*, le renvoi vers une autre notion tout aussi indéterminée, la

---

<sup>658</sup> Nous trouverons en effet notre clé de lecture du standard dans la notion de directive référentielle. Les principes juridiques constituent, de fait, les référentiels explicatifs des standards juridiques, conçus comme des sous-directives d'application, v. *infra* n° 133 et s.

<sup>659</sup> Pour une étude du raisonnable en tant que force créatrice et concept constitutif du droit, v. *infra* n° 397 et s.

*normalité.*

Celle-ci doit donc être davantage comprise comme une force créatrice source de normativité, au fondement des règles juridiques, et non pas comme un outil de singularisation du standard. **De fait, si la norme<sup>660</sup>, étymologiquement, renvoie aux deux termes d'« équerre » ou de « règle », c'est-à-dire à celui d'instrument de mesure, alors toute norme ne représente-t-elle pas, en somme, un instrument de mesure en termes de normalité?**

**128. Un critère explicatif insuffisant.** L'implémentation de l'idée de normalité impliquait, par ailleurs, le recensement des standards et leur classification par le biais de ce critère. Les standards substituables et inclusifs convoqueraient toujours l'idée de normalité, directement ou indirectement. Or, il apparaît que la normalité ne forme en aucun cas un critère explicatif des termes de légitimité, de proportionnalité, de bref délai, de meilleurs délais ou d'abus. En tous cas, elle ne joue le rôle que d'un référentiel originaire si lointain qu'il ne parvient plus à remplir son office de « donateur de sens »<sup>661</sup>. C'est pourquoi il y a lieu de proposer une définition plus précise. Il convient de procéder à la « la *détermination des limites de l'extension du concept* »<sup>662</sup> du standard juridique, de ses fonctions, ainsi que de son contenu matériel. Cette nouvelle approche aboutira, *in fine*, à la création d'un modèle explicatif à échelle humaine de la technique législative qu'est le standard juridique.

---

<sup>660</sup> CNTRL v. « Norma ».

<sup>661</sup> SCHLANGER J., *Objets idéels*, Vrin, 1978, p. 10.

<sup>662</sup> LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010, v. « Principe ».

## CONCLUSION

### CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

**129. L'incomplétude des approches fonctionnelles et matérielles contemporaines.** La lecture de certains écrits<sup>663</sup> nous révélait qu'*a priori*, une définition conceptuelle du standard, par la matérialisation de son contenu, était strictement impossible. Le standard se déroberait, en effet, sous les tentatives de qualifications propres à la méthodologie juridique. Il paraissait donc nécessaire d'adopter une approche fonctionnelle de la définition du standard. Connaître le standard se résumait alors à en décrire l'usage, la fonction. Toutefois, comme l'indiquait le Doyen Vedel, la définition fonctionnelle d'une notion, qui la transforme par là même en notion fonctionnelle, ne devrait être que provisoire. Seule l'approche conceptuelle serait à même d'en révéler l'essence. L'étude de l'approche fonctionnelle du standard – de ses fonctions idéologiques et de ses fonctions techniques – fort intéressante à première vue, en ce qu'elle affiche clairement l'utilité et la mission du standard au sein du droit, est nécessaire, mais non suffisante en elle-même. Les fonctions reconnues au standard, de légitimation, de moralisation, de minimisation des coûts ou encore de délégation de pouvoir du législateur au juge, ne semblent pas permettre de le cerner véritablement. La difficulté réside, en vérité, dans la notion d'*indétermination*. Cette dernière constitue le critère fondamental constitutif de la famille des notions indéterminées qui regroupe le standard, les notions-cadre, les notions floues, mais aussi les principes juridiques ou notions vagues. Or, c'est cette caractéristique, *l'indétermination*, qui conditionne les fonctions attribuées au standard et qui en est à l'origine. L'approche fonctionnelle de la notion coïnciderait alors avec celle de l'ensemble de la famille des notions indéterminées. Le standard juridique, ainsi défini, serait voué à demeurer une simple notion indéterminée générique sans caractéristique propre. Nous avons, en définitive, conclu qu'une définition fondée uniquement sur les fonctions *a priori* assumées par le standard était incapable de le circonscrire au regard des autres notions indéterminées. Il paraissait, dès lors, indispensable de se tourner vers l'approche matérielle contemporaine du standard. Monsieur Rials semblait avoir élaboré,

---

<sup>663</sup> AL SANHOURY A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise*, Lyon, Marcel Giard, 1925 ; HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926, p. 265 ; BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, thèse, Bruylant, 2010, p. 29.

à travers la notion de normalité, la définition la plus aboutie. Cependant, la notion de *normalité*, complexe, insaisissable, engendre davantage de difficultés qu'elle n'en résout. Il est bien malaisé de sonder cette double normalité telle qu'envisagée par l'auteur de façon suffisamment rigoureuse et concluante pour la transformer, ensuite, en référentiel explicatif du standard. Les notions de *normalité-moyenne* ou de *normalité-modèle* puisent leurs racines aussi bien au cœur des valeurs ancestrales que dans une réalité descriptive tout à fait contingente. En outre, définir le standard – notion empreinte d'indétermination – par rapport à la *normalité* – abstraite et indéterminée – n'aboutit qu'à disposer une strate additionnelle dans le domaine de l'incertain en déplaçant d'un terme l'incertitude lexicale. La notion de double normalité (descriptive et dogmatique), telle qu'elle est proposée par l'auteur, implique de mener une réflexion supplémentaire : celle de définir l'*être* et le *devoir être*. Ceci tant et si bien que le juge doit nécessairement faire œuvre créatrice en interprétant et réinterprétant, chaque fois qu'il utilise un standard, cette idée de normalité, ce qui, d'un point de vue non seulement intellectuel, mais aussi déontologique, apparaît pour le moins périlleux. Le juge ne peut être l'exégète de cette normalité hypothétique et mouvante qui ne le conduirait que dans une seconde étape – et sans y avoir été aidé – à l'interprétation du standard lui-même. Par ailleurs, l'application pratique de la théorie analysée, au travers de la classification des standards inclusifs primaires, procède d'une assimilation sémantique assez nébuleuse. En somme, la classification des standards par le biais de la normalité nous semble irréalisable. L'obstacle à cette classification apparaît, en fait, assez nettement, lorsque l'on envisage la normalité, non comme une simple *notion*, mais comme une *force créatrice* inhérente au droit. L'idée de normalité, aussi commode qu'elle puisse être, ne permet pas de singulariser le standard dans la mesure où il s'agit d'une métaphore du droit lui-même. L'essence de toute norme est justement la normalisation. Il est, en tout cas, nécessaire de débarrasser le standard de son rapport à une normalité statique et de le concevoir davantage, à l'instar de la normativité, comme un processus dynamique<sup>664</sup>. Il est question, dans cette perspective, de prioriser la mise en relation des éléments.

**130. Une méthode renouvelée.** Pour éviter les écueils qu'ont rencontrés, semble-t-il, les tentatives de définition des standards par la mise en exergue d'une idée inspiratrice

---

<sup>664</sup> FRELAT-KAHN B., « Entre nature et contingence : de la normalité à la normativité », *Le Télémaque* 2009/2, n° 36, pp. 45 à 56, spéc. p. 46 et s.

commune à toutes les expressions lexicales qui les composent, il paraît nécessaire de modifier la méthode de recherche et l'angle d'approche de la problématique. Ces tentatives de définition, ont, en effet, consisté à fonder la compréhension de cet outil juridique sur des déplacements et des assimilations sémantiques aboutissant souvent à des constructions en entonnoir non toujours exemptes d'arbitraire. Ainsi, plutôt que de partir des standards eux-mêmes, en restant en quelque sorte focalisés sur les termes utilisés, il conviendrait de les mettre en perspective, en les replaçant au sein des autres notions indéterminées. Si toutes ces notions ne sont pas synonymes – car dans ce cas il conviendrait de simplifier le lexique juridique –, c'est en soulevant les différences qui distinguent les standards des autres membres de la famille et non en demeurant en quelque sorte fascinés par leurs similitudes que nous réussirons à en faire un groupe spécifique. Il s'agira donc d'employer une méthode plus holistique pour une définition qui se fonde sur les notions de directive et de sous-directive (**Première Partie**). Le standard juridique sera envisagé *comme une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle appliquée*. Cette première définition, théorique, au carrefour entre une approche fonctionnelle et conceptuelle, devra être complétée par l'analyse précise du contenu du standard. Or, puisque ce dernier devra être recherché dans la directive qu'il applique, il s'agira de trouver le ou les directives, spécifiques à la matière contractuelle, qui constituent les référentiels communs aux standards du droit des contrats. Ces derniers seront, *in fine*, définis comme *les sous-directives d'application du principe d'équilibre contractuel* (**Seconde Partie**) *dans une double acception, interne, d'une part, externe, d'autre part*.

**PREMIÈRE PARTIE** – Le standard juridique, sous-directive d'application d'une directive référentielle.

**SECONDE PARTIE** – Le standard contractuel, sous-directive d'application du principe d'équilibre contractuel.



PREMIÈRE PARTIE  
LE STANDARD JURIDIQUE, SOUS-DIRECTIVE D'APPLICATION D'UNE  
DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE

---

**131. Place à la construction**<sup>665</sup>. Proposer une nouvelle définition du standard juridique impliquait de décomposer les définitions existantes afin d'en révéler les anomalies et les incohérences. Avant de bâtir, il fallait donc déconstruire.

**132. Nécessité d'une redéfinition du standard à la lumière de l'étude des autres notions indéterminées.** La diversité des standards ainsi que l'amplification de leur utilisation par le législateur semblent apparemment vertigineuses<sup>666</sup>. Si la tâche qui consisterait à en dresser une liste exhaustive paraît vaine, force est de constater que l'attribution de cette qualification est souvent plus intuitive que réfléchie. Débattre sur le fait que telle ou telle notion est un standard semble, aujourd'hui, n'avoir guère d'importance pratique. Qu'il s'agisse d'un principe, d'une notion-cadre, d'un standard ou d'une notion à contenu variable, ce qui intéresse le juriste du XXI<sup>e</sup> siècle, c'est l'indétermination de la notion et le rapport à la sécurité juridique plus que la rigueur de la qualification<sup>667</sup>. Il est vrai qu'il n'y aurait pas, compte tenu de l'imprécision des notions, d'utilité à les distinguer puisqu'elles auraient le même rôle : offrir au juge les avantages de sa malléabilité dans l'application de la loi. Cette approche réductrice ne nous semble néanmoins pas convaincante dans la mesure où il est possible, selon nous, de différencier l'usage et l'intérêt des standards de ceux des notions-cadre et des principes – trois notions indéterminées – dans la fonction de juger. Pour prendre des exemples topiques, le principe de *primauté*<sup>668</sup>, la notion-cadre *d'intérêt social*<sup>669</sup> et le standard de *l'avantage manifestement*

---

<sup>665</sup> Pour une approche holistique de la notion de standard : « *Ils ont donné dans les cas particuliers : ce qui marque un génie étroit qui ne voit les choses que par les parties, et n'embrasse rien d'une vue générale* » : DE MONTESQUIEU C.-L., *Lettres persanes*, Livre de poche, Lettre LXXIX, cité également par : CHAUDOUET S., *Le déséquilibre significatif*, thèse, Montpellier I, 2018.

<sup>666</sup> La doctrine a en effet recensé l'introduction d'une quarantaine de standards par la seule réforme du droit des contrats du 10 février 2016.

<sup>667</sup> BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, thèse, Paris II, Bruylant Bruxelles, 2010, p. 75.

<sup>668</sup> La CJUE a consacré le principe de primauté dans l'*aff. 6-64, Costa c/ Enel* du 15 juillet 1964.

<sup>669</sup> L'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil, modifié par la loi Pacte du 22 mai 2019 dispose que « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».



*excessif*<sup>670</sup> recouvrent, en pratique, des réalités tout à fait différentes. Les deux premières notions – *que nous nommerons directives* – expliquent et organisent le droit et les secondes – *sous-directives* – forment les instruments d'application de ces notions systémiques<sup>671</sup>. C'est pourquoi il y a lieu de proposer une nouvelle définition du standard juridique, et, avec elle, un nouveau paradigme explicatif de la relation entre les notions indéterminées, le juge et le droit.

**133. La sous-directive, clé de voûte de la compréhension du standard.** Le point d'ancrage de notre définition réside dans la notion de sous-directive qui révèle à la fois la relation qu'entretient le standard avec les autres notions indéterminées et le rôle du juge dans l'interprétation de celui-ci. Toutefois, avant de définir la notion de sous-directive, il convient d'explicitier celle de directive.

**134. Introduction à la notion de directive.** La notion de directive traduit l'idée d'une indication, d'une « *ligne de conduite donnée par une autorité* »<sup>672</sup>, d'une instruction générale, fixant, notamment en droit européen, les objectifs à atteindre. Elle est également définie comme une « *indication générale donnée par une autorité à ceux qui sont chargés de l'exécuter* »<sup>673</sup>. La notion de directive a été, de prime abord, choisie par les théoriciens, soit en lieu et place de la notion de standard<sup>674</sup>, soit comme synonyme de ce dernier<sup>675</sup>. Si Al-Sanhoury définissait le standard comme « *une directive générale destinée à guider le juge (...)* »<sup>676</sup>, Monsieur Rials, en revanche, marquait, dans sa thèse, une certaine réticence

---

<sup>670</sup> L'article 1143 du Code civil, modifié par la loi de ratification du 20 avril 2018 dispose que « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.* »

<sup>671</sup> « *Une norme, dans le droit comme dans la morale d'ailleurs, ne se présente jamais comme isolée : elle s'insère dans un corpus qui possède une unité systématique. Selon Kant, il appartient en effet aux Idées de la raison de permettre une architectonique en laquelle tout s'enchaîne en vertu d'un principe* » : GOYARD-FABRE S., « De l'idée de norme à la science des normes », in AMSELEK P., (dir), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Léviathan, p. 218 et s.

<sup>672</sup> *Le Robert*, v. « Directive ».

<sup>673</sup> *Dictionnaire de l'Académie française*, v. « directive ».

<sup>674</sup> DUBISSON M., *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, LGDJ, 1958, p. 49 ; MARTY G., *La distinction du fait et du droit : essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse, Toulouse, Paris, Sirey, 1929, p. 211.

<sup>675</sup> AL SANHOURY A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, thèse, 1925, p. 23 ; JESTAZ PH., *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, 1968, p. 245 ; LAMBERT E., *Le gouvernement des juges*, Paris, Giard, 1921, rééd. Paris, Dalloz, 2005, p. 51.

<sup>676</sup> AL SANHOURY A., *th. cit.*, p. 23.

à adopter le terme de *directive*, car celui-ci présentait, à ses yeux, de nombreux inconvénients. D'une part, à cause de sa polysémie, son emploi serait préjudiciable à la rigueur de l'analyse et, d'autre part, il ne serait pas susceptible de rendre compte avec justesse de la notion de standard dans toute sa complexité<sup>677</sup>. L'auteur ajoute cependant que si le terme de directive ne saurait remplacer celui de standard, il jouerait en revanche un rôle dans son fonctionnement<sup>678</sup>. En effet, le standard, pour son application, donnerait naissance à plusieurs directives<sup>679</sup>. Ce faisant, il reprenait l'argumentation du Doyen Hauriou pour qui « *le standard est un élément de méthode, il est comparable à cet instrument qui permet au commandant d'un navire de faire le point en longitude et en latitude. Après quoi se définira la route à suivre. La route à suivre, c'est la directive* »<sup>680</sup>. C'est là, précisément, que nos chemins se séparent.

**135. Le standard, notion indéterminée directement applicable.** La route à suivre, pour nous, c'est le standard, car le standard, est une *sous-directive*. Du standard, ne découle aucune directive et en cela, il constitue une notion directement applicable, que nous nommons *sous-directive*. Certes, le juge peut tenter d'objectiver le standard en donnant, pour tel ou tel standard bien précis, des critères d'interprétation. Toujours est-il que ce n'est pas le cas pour tous les standards. Quelles sont les directives d'interprétation, par exemple, du standard du *manifestement excessif*<sup>681</sup>, ou du *suffisamment grave*<sup>682</sup>? Le juge n'a pour office, ici, que d'interpréter les faits et de *constater*, ou non, la présence d'un déséquilibre important. En présence d'un standard, le juge fait œuvre de qualification ordinaire et non juridique<sup>683</sup>. En outre, si les juges estiment nécessaire de donner une signification précise d'un standard dans une matière donnée, celle-ci ne pourra pas forcément être transposée à une autre matière. C'est, d'ailleurs, toute la difficulté de l'appréciation du standard du

---

<sup>677</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, p. 4.

<sup>678</sup> *Ibid.*

<sup>679</sup> C'est également la position de Marsh, Law Commissioner, qui déclarait que les standards peuvent être combinés avec des règles précises ou des directives souples : TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC* vol. 22, n° 2, p. 256.

<sup>680</sup> HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926, p. 151.

<sup>681</sup> Sur l'étude spécifique du standard de l'*avantage manifestement excessif*, v. *infra* n° 511.

<sup>682</sup> Sur l'étude spécifique du standard de l'*inexécution suffisamment grave*, v. *infra* n° 527.

<sup>683</sup> V. *infra* n° 493 ; Sur la différence entre les concepts de qualification juridique et qualification ordinaire, v. THÉVENOT L., « Jugements ordinaires et jugement de droit », *Annales Économie, Société, Civilisation*, 1992, n° 6, p. 1279.

*déséquilibre significatif*<sup>684</sup> qui existe désormais dans deux législations spéciales : le droit commercial et le droit de la consommation, ainsi que dans le droit commun des contrats. En somme, si le standard découle d'une directive et n'engendre pas, directement, d'autres directives, il peut être qualifié de *sous-directive*. Cette notion doit, dès lors, être explicitée.

**136. Introduction à la notion de sous-directive.** La directive est communément associée aux expressions d'ordre, de consigne, d'instruction ou encore de marche à suivre<sup>685</sup>. Or, la préposition « *sous* » modifie radicalement le sens du mot. Elle évoque à la fois une situation d'infériorité, de dépendance<sup>686</sup>, de relation de référence<sup>687</sup>, mais également un « *instrument* », ou encore un « *moyen* »<sup>688</sup>. Le standard juridique doit alors, à notre avis, s'analyser en une *sous-directive*, à la fois dans la mesure où il est inscrit dans une relation de *dépendance* et de *référence* avec des directives supérieures (principes, notions-cadre) et parce qu'il constitue également un instrument de mesure, de gradation et de nuance de ces mêmes directives. Nous rejoignons ici d'ailleurs, dans ce second élément de définition, Monsieur Rials qui définit le standard comme un « *instrument de mesure* »<sup>689</sup>.

**137. Le standard, une sous-directive aux caractères propres.** La notion de sous-directive se conçoit au travers d'une relation d'échange entre trois espèces de la famille de notions indéterminées : le *principe juridique* (directive référentielle), la *sous-directive* que constitue le standard, et, dans une moindre mesure, la *notion-cadre*. Puisque, nous le verrons, son contenu matériel n'existe que par référence aux notions-cadre et aux principes juridiques et qu'il permet l'application et la conciliation des valeurs contenues dans ces référentiels, le standard juridique peut s'analyser en une sous-directive *dépendante et référée*. Cette caractéristique fondamentale et permanente de sous-directive est « *ce qui établit son individualité* »<sup>690</sup>, sa singularité, au sein d'un groupe spécifique. C'est donc sa

---

<sup>684</sup> Sur l'étude spécifique du standard du *déséquilibre significatif*, v. *infra* n° 508 et s.

<sup>685</sup> *Dictionnaire Littré*, en ligne, v. « Directive », *CNTRL*, v. « Directive ».

<sup>686</sup> *Dictionnaire Littré*, v. « sous », également : *Dictionnaire Le Robert*, v. « Sous ».

<sup>687</sup> *CNTRL*, v. « Sous ».

<sup>688</sup> *Dictionnaire Littré*, v. « sous », *Dictionnaire Le Robert*, v. « Sous ».

<sup>689</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 61.

<sup>690</sup> *CNTRL*, v. « Identité ».

*nature* (**Titre I**). Le *déséquilibre significatif*<sup>691</sup> ou la *disproportion manifeste* forment des exemples particulièrement topiques. Cette approche du standard juridique, plus holistique, en tant qu'elle intègre les notions considérées comme voisines, via une démarche réductrice, dirige un éclairage particulier sur les caractères propres du standard. La sous-directive que constitue le standard possède, de fait, un ensemble de qualités, de propriétés dynamiques, qui la définissent : ce sont ses *caractères* (**Titre II**). Le standard sera entendu, en définitive, comme *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle*.

**TITRE PREMIER** – La nature du standard.

**TITRE SECOND** – Les caractères du standard.

---

<sup>691</sup> Le standard du déséquilibre significatif a été codifié au sein de trois matières : l'article 1171 du Code civil, l'article L.132-1 du Code de la consommation et L.442-6 I 2° du Code de commerce ; Sur l'étude spécifique du standard du *déséquilibre significatif*, v. *infra* n° 508.



## TITRE PREMIER

### LA NATURE DU STANDARD

---

**138. Introduction à la notion de sous-directive dépendante et référée.** Pour appréhender la notion de standard, il convient de prendre du recul et de l'envisager, non dans une matière déterminée<sup>692</sup>, mais au regard des autres notions indéterminées<sup>693</sup> qui s'insèrent dans le corpus juridique<sup>694</sup>. En effet, le standard n'est qu'une *espèce* de la famille des notions indéterminées<sup>695</sup> et, en ce sens, il y a lieu de s'interroger sur les distinctions et les relations de complémentarité présentes dans cette catégorie. Plus précisément, ce sont les *principes juridiques*<sup>696</sup> et les *notions-cadre*<sup>697</sup> qui intéressent notre étude. Les vocables de notion à contenu variable<sup>698</sup> ou encore de notion floue ne sont que des synonymes de l'expression *notion indéterminée*. Ces derniers ne nous semblent dès lors pas revêtir un intérêt suffisant pour atteindre l'objectif qui est proposé, à savoir aboutir à une distinction entre le standard et les autres notions qui lui sont souvent assimilées.

Le standard constitue une sous-directive *dépendante*, en ce que, d'une part, elle découle d'une directive supérieure et que, d'autre part, elle permet son application graduée, nuancée. Il existe donc une relation de dépendances, voire d'*interdépendance* entre le standard, le principe et la notion-cadre. Ces derniers tiennent lieu de référentiels extérieurs<sup>699</sup> en termes de *devoir-être*, pour l'appréciation du standard juridique. La sous-directive puise alors son contenu matériel dans ces référentiels et en permet la réalisation. Le standard représente, en ce sens, une sous-directive *dépendante et référée*. D'ailleurs, si

---

<sup>692</sup> Telle que le droit administratif, v. notamment : HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926, p. 265.

<sup>693</sup> Pour une étude des notions indéterminées, v. HAID F., *Les notions indéterminées dans la loi : essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, thèse, Aix-Marseille 3, 2005.

<sup>694</sup> « Une norme, dans le droit comme dans la morale d'ailleurs, ne se présente jamais comme isolée : elle s'insère dans un corpus qui possède une unité systématique » : GOYARD-FABRE S., « De l'idée de norme à la science des normes », in AMSELEK P., (dir), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Léviathan, p. 218.

<sup>695</sup> V. *supra* n° 54.

<sup>696</sup> Sur les principes juridiques, ou principes généraux, voir : DE BÉCHILLON M., *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998 ; SAK H.-P., *Les principes généraux du droit dans le raisonnement justificatif du juge civil*, thèse, Paris XII, Presses universitaires du Septentrion de Lille, 1999 ; MADJAK V., *L'utilisation des « principes généraux du droit » en droit du travail*, thèse, Nice, 1993.

<sup>697</sup> À propos, voir : CASTETS-RENARD C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, Paris, 2003.

<sup>698</sup> PERELMAN CH., VANDER ELST R. (dir.), « Les notions à contenu variable en droit », *RIDC* vol. 37, n°4, Oct.-déc. 1985, p. 1105.

<sup>699</sup> Sur l'utilisation de la notion de référentiel, v. également : CHAUDOUET S., *Le déséquilibre significatif*, thèse, Montpellier, 2018, p. 37.

l'on remonte à l'origine de la doctrine anglaise sur le standard, certains auteurs avaient déjà relevé la parenté entre le standard et le principe dans cette relation de dépendance. Dworkin indiquait, à ce propos, que les standards du *significatif*, du *raisonnable* ou du *négligent* faisaient dépendre l'application de la règle des principes supérieurs qui se situent au-delà de la règle. Ce n'est pas pour autant que cette règle dans laquelle est introduit le standard devient un principe<sup>700</sup>. Le standard, pour être correctement appréhendé, doit donc être analysé sous le prisme du principe supérieur qu'il applique. Par exemple, le principe du *procès équitable*, particulièrement abstrait, nécessite l'usage de standards d'application qui permettent sa concrétisation. Le législateur a notamment recours au standard du *délai raisonnable* qui indique au juge une facette plus précise du principe du *procès équitable* qu'il se doit d'appliquer. Par ailleurs, la sous-directive que constitue le *délai raisonnable* tire son contenu matériel en termes de valeurs métajuridiques<sup>701</sup> dans le principe qu'elle applique : le *procès équitable*. Le *délai raisonnable* peut dès lors être considéré comme une sous-directive *dépendante* et *référée* du principe du *procès équitable* : elle est donc un standard.

**139. Plan.** Cette *sous-directive* ne peut se concevoir qu'à l'aune des *directives* qu'elle applique et auxquelles elle se réfère. Le standard, en tant qu'espèce singulière dans le genre des notions indéterminées, peut être identifié par la notion de *sous-directive* (**Chapitre I**), laquelle est inscrite dans un rapport d'application (**Chapitre II**).

**CHAPITRE PREMIER** – Une sous-directive.

**CHAPITRE SECOND** – Une sous-directive inscrite dans un rapport d'application.

---

<sup>700</sup> DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1978, chs 2 and 3, at 28 ; v. aussi : GOEBEL J.-P., « Rules and standards: a critique of two critical theorists », *Duquesne Law Review*, vol. 31, n° 1, art. 4, 1992, pp. 51-86, spéc. p. 59: « Words like 'reasonable', 'negligent', 'unjust', and 'significant' often perform just this function. Each of these terms makes the application of the rule which contains it depend to some extent upon principles or policies lying beyond the rule, and in this way makes that rule itself more like a principle. But they do not quite turn the rule into a principle, because even the least confining of these terms restricts the kind of other principles and policies on which the rule depends. »

<sup>701</sup> En effet, nous le verrons, le principe juridique est constitué de valeurs métajuridiques, c'est-à-dire qui relèvent d'un domaine extérieur au droit, alors que les standards sont, globalement, constitués de faits. Voir sur ce point : DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Paris, Le seuil, 2016, p. 131.

## CHAPITRE PREMIER

### UNE SOUS-DIRECTIVE

---

**140. Dissemblances et relations de complémentarité.** La notion de sous-directive devra être comprise au sens d'instrument de mesure, dont l'application résout le problème posé. Le *standard juridique*, à la différence des autres notions indéterminées, est, pour le juge, un outil de solution concret et opérationnel, car c'est du standard que découle la solution. La notion-cadre et le principe juridique doivent davantage être pensés comme des directives d'un ordre supérieur<sup>702</sup>, non pas en termes d'*obligatorité* – car les notions indéterminées revêtent toutes la même force obligatoire<sup>703</sup> lorsqu'elles sont intégrées à un texte de loi – mais en termes d'*abstraction* et de renvoi à des sphères extrajuridiques (le domaine des valeurs). Le principe juridique et, dans une moindre mesure, la notion-cadre, sont les référentiels extérieurs du standard, sans lesquels il n'a pas de réelle existence. La matérialité du standard doit être recherchée dans ces référentiels. Il existe donc une relation de *dépendance* du standard envers ceux-ci. À ce propos, nous verrons dans de prochains développements que les standards de *l'avantage manifestement excessif*<sup>704</sup>, du *déséquilibre significatif*<sup>705</sup> ou encore de la *contrepartie dérisoire* puisent leur matérialité dans le principe émergent d'équilibre contractuel<sup>706</sup>. Par ailleurs, si le standard juridique est une sous-directive, c'est qu'il précise, concrétise et objective ces directives supérieures. Les principes de justice contractuelle ou d'équilibre ne peuvent être appliqués directement et de manière absolue. Des sous-directives d'application, plus concrètes et objectives que les principes – les *standards* – trouvent ici une place particulière dans la fonction de juger. Il existe alors, entre ces notions indéterminées, d'un mouvement ascendant à un mouvement descendant, de l'abstrait au concret et du concret à l'abstrait, une relation de *dépendance*. Avant d'envisager le fonctionnement de cette relation de complémentarité et de dépendance, il convient de définir le principe et la notion-cadre. L'analyse des standards reposant sur un

---

<sup>702</sup> La primauté du principe serait également de nature logique, notamment dans le couple « principe/exception ». Voir sur ce point : DE BÉCHILLON M., *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998, p. 222.

<sup>703</sup> *Ibid.*

<sup>704</sup> V. *infra* n° 503.

<sup>705</sup> V. *infra* n° 508.

<sup>706</sup> V. *infra* n° 449 et s.



jeu complexe de définitions des notions voisines, il est nécessaire de s'accorder, de prime abord, sur toutes ces définitions.

**141. Notions indéterminées à différencier.** Le principe juridique ainsi que la notion-cadre, tout comme le standard juridique, sont des notions difficiles à appréhender du fait de leur indétermination intrinsèque. Néanmoins, la rigueur juridique impose qu'à chaque notion différente répondent une définition et une fonction différentes. Or, ces trois notions sont trop souvent amalgamées alors qu'elles devraient être différenciées. Cette confusion provient notamment de leur origine doctrinale. Les auteurs se servent très souvent d'une terminologie sans la comparer aux travaux existants<sup>707</sup> ou bien se contentent d'une double qualification. Il a pu être estimé, par exemple, que « *certaines termes qualifiés de principes généraux du droit présentent également le caractère de standards (...) c'est notamment le cas du principe de précaution* »<sup>708</sup>. Cette affirmation est établie à partir de la définition communément admise du standard, à savoir une notion intentionnellement indéterminée, dotée d'un contenu qui doit être apprécié en termes de normalité et faisant référence à des systèmes extrajuridiques. Le fait, qu'à partir de cette définition, une double qualification principe/standard soit admise dans de nombreux cas<sup>709</sup> pose la question de sa pertinence même. Est-il concevable d'élaborer une définition qui permette de singulariser les deux notions ? En tout état de cause, chercher à définir le standard dans l'abstrait n'est pas suffisant, il est nécessaire de le comparer aux autres notions avec lesquelles il est souvent confondu. Cette mise en perspective fera, *in fine*, ressortir la complémentarité et les dissemblances qui existent entre le principe juridique et la notion-cadre. Les trois notions sont incluses dans le *genre* des notions indéterminées, mais en tant qu'*espèces*, elles méritent d'être particularisées.

---

<sup>707</sup> CASTETS-RENARD C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, Paris, 2003 p. 24.

<sup>708</sup> BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, thèse, Paris II, Bruylant Bruxelles, 2010, p. 75.

<sup>709</sup> Certains « standards » choisis par Madame Bernard dans sa thèse sont ainsi qualifiés expressément de principes par la doctrine : la « subsidiarité » (v. sur ce point : COSTA J-P., « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *D.* 2010. 1364 ; BERTRAND B., « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTD eur.* 2012, p. 329 ; FAUVARQUE-COSSON B., GEST J., « Réflexions sur le principe de subsidiarité en droit communautaire des contrats », *Constitutions*, 2010, p. 87) ou encore la « proportionnalité » (V. notamment : FEIX M., « Subsidiarité, proportionnalité et construction européenne, Essai de généalogie des principes », *Revue d'éthique et de théologie morale* 2011/4, n° 267, p. 59 et s).

**142. Annonce de plan.** Cette identification du standard procédera donc d'une double réduction notionnelle. Le standard juridique a été décrit comme *une notion plus circonscrite* que la notion indéterminée<sup>710</sup>, au champ d'application *plus concret*, précis et *pragmatique*<sup>711</sup>. C'est que sa singularité pourra valablement être décelée par voie de déduction et de confrontation avec les autres notions indéterminées plus abstraites et plus vagues. L'identification du principe juridique parmi les notions indéterminées, entendu comme un référentiel métajuridique – *il puise son contenu dans le monde des valeurs* – et antepositif<sup>712</sup> – *il provient d'un ordre de réalités supérieures* – constituera notre première perspective de réduction notionnelle (**Section I**). La notion-cadre, entendue comme référentiel contingent, représentera notre seconde perspective de réduction notionnelle (**Section II**).

**SECTION I** – La réduction notionnelle du standard par le principe.

**Section II** – La réduction notionnelle du standard par la notion-cadre.

---

<sup>710</sup> BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, thèse, Bruylant, 2009, p. 64.

<sup>711</sup> V. en ce sens : BERNARD E., *th. cit.*, p. 62 et s. ; NÉRON S., « Le standard juridique, instrument juridique complexe », *JCP G* 2011, n° 38, doct. 1003.

<sup>712</sup> V. *infra* n° 196.

## SECTION I

### LA RÉDUCTION NOTIONNELLE DU STANDARD PAR LE PRINCIPE

**143. Le principe : une notion dévoyée.** Certains juristes et hommes politiques en appellent souvent aux grands principes du droit pour soutenir leur argumentation<sup>713</sup>. Le Doyen Ripert estimait que ces derniers recherchaient en réalité « *des vêtements magnifiques pour des opinions discutables* »<sup>714</sup>. La notion de principe, utilisée à tort et à travers, est, aujourd'hui, comme le standard, tout à fait galvaudée. L'abbé de Condillac déclarait ainsi que le « *principe est synonyme de commencement ; et c'est dans cette signification qu'on l'a d'abord employé ; mais ensuite, à force d'en faire usage, on s'en est servi par habitude, machinalement, sans y attacher d'idées, et l'on a eu des principes qui ne sont le commencement de rien* »<sup>715</sup>. Certains auteurs en sont venus à la conclusion que les principes généraux « *constituent une catégorie vaine et prétentieuse* »<sup>716</sup>, en somme, qu'ils constitueraient une notion juridique *lambda*, sans caractères propres. Si la notion de principe est controversée, il reste que la plupart des théoriciens du droit, tels que Ronald Dworkin, Robert Alexy ou bien Gustavo Zagrebelsky, s'accordent sur leur qualification de « *normes indéterminées* »<sup>717</sup>.

**144. L'inclusion du principe dans la catégorie générique des « notions » indéterminées.** Monsieur Dross, dans une revue consacrée à l'étude des concepts juridiques, avait établi une distinction entre le « *concept* », la « *notion* », la « *catégorie* » et le « *principe* »<sup>718</sup>. Le

---

<sup>713</sup> MORVAN P., « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », p. 2, Consultable sur le site de la Cour.

<sup>714</sup> RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, 1955, LGDJ, Chap. VI « Les principes juridiques », n° 132.

<sup>715</sup> L'ABBÉ DE CONDILLAC., *La logique ou les premiers développements de l'art de penser*, An III, Seconde partie, chap.VI.

<sup>716</sup> Expression de RODIÈRE M., 5<sup>e</sup> Journées juridiques franco-hongroises (Budapest, 14-17 oct. 1980), *RIDC* vol. 33, n° 1, janv-mars 1981, p. 187.

<sup>717</sup> ALEXY R., « The construction of Constitutional Rights », *RFDC* 2012/3, n° 91, pp. 465-477, spéc. p. 466 et s. ; DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1978, chs 2 and 3, at 28; ZAGREBELSKY G., « Diritto per : valori, principi o regole ? A proposito della dottrina dei principi di Ronald. Dworkin, *Quaderni fiorentini* », n° 31, 2002, p. 872 et s.

<sup>718</sup> DROSS W., « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ* 2012-5, hors-série n° 26, p. 2229 et s. Voir également : HAID F., « Le langage des concepts législatifs », *RRJ* 2012-5, hors-série n° 26, p. 2187 et s ; PETEV V., « L'ontologie du droit par le média de son langage », *RRJ* 2012-5, hors-série n° 26, p. 2203 et s ; PEYRON BONJAN C., « Points de vue philosophiques sur les concepts : notion, concept, catégorie, principe, qualification », *RRJ* 2012-5, hors-série

*concept* est entendu comme le résultat d'une réflexion portant sur une réalité. Autrement dit, le concept est le résultat de l'organisation ou de la réorganisation par l'esprit d'une réalité. Par exemple, grâce aux outils juridiques dont elle disposait, la doctrine avait abouti à la création d'un nouveau concept d'*opposabilité* dans la perspective de rendre plus intelligible une réalité pratique. L'on peut citer également le concept de *propriété*, ou encore d'*enrichissement sans cause*. Ces deux derniers concepts sont également des principes dans la mesure où ils sont porteurs d'une charge morale, d'une certaine dimension axiologique<sup>719</sup>.

La *notion*, quant à elle, témoigne plutôt de l'inachèvement d'une réflexion ou d'un désaccord doctrinal qui ne lui permet pas d'accéder au rang de concept du droit<sup>720</sup>. C'est le cas par exemple de la notion des bonnes mœurs, particulièrement mouvante et qui suscite des désaccords persistants<sup>721</sup>.

La *catégorie*<sup>722</sup>, permet au juriste de faire rentrer une réalité dans un moule déterminé qui a pour utilité de revêtir un régime juridique précis. Ainsi, renvoyer un objet de droit à une catégorie précise revient à lui assigner un régime juridique spécifique. C'est typiquement le cas du *contrat*.

Le *principe*, enfin, est défini par l'auteur comme « *ce qui existe avant les autres règles* », et qui affirme sa singularité sur le « *terrain axiologique* »<sup>723</sup>.

***L'auteur, dans ses observations conclusives, indique néanmoins qu'aucune de ces qualifications n'est exclusive l'une de l'autre et qu'un « même mot »<sup>724</sup> pourra recevoir diverses qualifications.*** Il donne dès lors l'exemple de la propriété qui est à la fois un principe, une catégorie et un concept, et celui des bonnes mœurs qui seraient à la fois une notion et un principe.

Il apparaît, en définitive, que le principe peut à la fois revêtir la qualification secondaire de notion ou bien de concept. C'est pourquoi, par commodité de langage et dans le souhait de conserver la catégorie préexistante et connue de « *notions indéterminées* »,

---

n° 26, p. 2237 et s ; COLONNA D'ISTRIA F., « Le concept de concept juridique », *RRJ* 2012-5, hors-série n° 26, p. 2243 et s ; CHÉROT J-Y., « L'analyse des concepts en droit, sur quatre thèses de HART et quelques questions », *RRJ* 2012-5, hors-série n° 26, p. 2273 et s., BERGEL J-L., « Propos conclusifs », *RRJ* 2012-5, hors-série n° 26, p. 2287 ; ROUVIÈRE F., « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *RRJ* 2014-5, hors-série n° 28, p. 2213 et s.

<sup>719</sup> DROSS W., *art.cit.*, p. 2229 et s.

<sup>720</sup> *Ibid.*

<sup>721</sup> V. notamment : HOUTCIEFF D., « Pour un retour aux bonnes mœurs », *RTD civ.* 2021, p. 757.

<sup>722</sup> *Ibid.*

<sup>723</sup> DROSS W., *art. cit.*, *RRJ* 2012-5, hors-série n° 26, p. 2229 et s.

<sup>724</sup> *Ibid.*

nous nous permettrons d'y inclure les principes, bien que certains d'entre eux puissent davantage être qualifiés de « *concepts* ».

**145. Plan.** En tout état de cause, il semble envisageable, en considération des définitions qui ont été données, d'identifier le principe juridique comme une directive référentielle primaire (§1 – **Une directive référentielle primaire**). Monsieur Guastini a, dans cette optique, défini les principes comme « *des normes fondamentales et structurellement indéterminées* »<sup>725</sup>. Dans notre démarche réductionniste, envisager cette notion connue et l'isoler au sein du *genre* des notions indéterminées en révélera les ressemblances et les dissemblances avec le standard, notion plus circonscrite. Il existe ainsi, entre le principe et le standard, une différence de nature (§2 – **Une différence de nature**).

## §1. UNE DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE PRIMAIRE

**146. Une notion polysémique.** Le terme principe vient de *primo* (premier) et *capere* (prendre). Le principe est donc une règle première<sup>726</sup> au sens chronologique et axiologique, autrement dit de *commencement* ou de *première importance*. Il détiendrait une triple acception ontologique, logique et normative<sup>727</sup>. Dans sa deuxième acception, relative au domaine de la logique juridique, le principe est conçu à la fois comme un corpus de règles organisé, systématisé, et comme un « *axiome fondateur* » de « *l'édifice rationnel* »<sup>728</sup>. Dans sa dernière acception, le principe *normatif* est conçu comme une règle normative édictant un *devoir-être*. En effet, l'une des fonctions essentielles assignées au principe juridique<sup>729</sup>, est sa fonction normative. Le principe détient, de fait, une large fonction de

---

<sup>725</sup> GUASTINI R., « Les principes de droit en tant que source de perplexité juridique », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Études juridiques, Économica, 2008, p. 113.

<sup>726</sup> DROSS W., *art. cit.*, *RRJ* 2012-5, hors-série n° 26, p. 2234.

<sup>727</sup> LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, v. « Principe », PUF, 2010.

<sup>728</sup> MORVAN P., *art. cit.*, p. 2.

<sup>729</sup> V. notamment à ce propos : CAUDAL S., « Rapport introductif », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Études juridiques, Économica, 2008, p. 10 : « *cette participation des principes à la détermination des normes est tout à la fois classique et constante* ».

complétion et d'interprétation du droit. À ce titre, le rôle du juge dans leur mise en œuvre est « majeur »<sup>730</sup>. Ils constituent, pour le juge, une source créatrice de premier ordre<sup>731</sup>.

**147. Le principe juridique : clé de voûte du système juridique exprimant un devoir-être.** La notion de principe renvoie ainsi aux « poutres maîtresses »<sup>732</sup> du système juridique, exprimant les valeurs fondatrices de la société<sup>733</sup>. Le Doyen Pound définissait notamment les principes comme des « points de départ faisant autorité pour un raisonnement juridique »<sup>734</sup> et incarnant les « grandes idées de justice et d'équité inhérentes à la Common law »<sup>735</sup>. Ils auraient une fonction justificative et explicative du système juridique. Il s'agirait « de normes générales conceptualisées par lesquelles les agents du système rationalisent les règles »<sup>736</sup>. Monsieur Comte-Sponville évoquait ainsi la « hiérarchie des primautés, c'est-à-dire des valeurs subjectivement les plus hautes »<sup>737</sup>. La primauté du principe impliquerait qu'il soit « le plus immédiat dans le cadre de la chronologie d'un raisonnement »<sup>738</sup>.

En général, les principes juridiques sont définis par le biais de trois affirmations : ils sont, normalement, insusceptibles de « prospérer dans un droit codifié »<sup>739</sup> dans la mesure où ils ne peuvent provenir que d'une législation qui serait lacunaire, en « comblant les vides »<sup>740</sup> (1) ; les principes auraient ensuite pour fonction d'harmoniser et donc de permettre la cohérence d'un système juridique en tant qu'ils sont l'expression de valeurs idéales supérieures<sup>741</sup> (2) ; ils seraient enfin découverts par des interprètes – les juges – qui

---

<sup>730</sup> CAUDAL S., *art. cit.*, spéc. p. 11.

<sup>731</sup> ZENATI-CASTAING F., « Les principes généraux en droit privé », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Études juridiques, Economica, 2008, p. 257 : « Les principes tendent de plus en plus à se détacher de la loi et à être à l'œuvre du juge suprême pour remplir leur fonction traditionnelle de complément des lois et de continuité du droit ».

<sup>732</sup> DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Paris, Le seuil, 2016, p. 131.

<sup>733</sup> Madame Pears indique, de même, qu'« un principe est une norme essentielle et primordiale pour laquelle les avocats et les juges doivent rendre des comptes car cela reflète les principes de base de la moralité sur laquelle repose le système juridique » (trad personnelle). Citation originale: « A 'principle' is an essential, overarching standard for which lawyers and judges must account because it reflects the basic tenets of morality on which the legal system is based » in PIERS M., « Good Faith in English Law – Could a Rule Become a Principle ? », *The Tulane European and Civil Law Forum*, 2011, p. 123, spéc. p. 124.

<sup>734</sup> POUND R., « Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law », *7 Tulane Law Rev*, 1933, 483, citation originale: « authoritative starting points for legal reasoning, employed continually and legitimately where cases are not covered or are not fully or obviously covered by rules in the narrower sense ».

<sup>735</sup> *Ibid.*, « They are the lingual embodiment of the grand ideas of justice and fairness inherent in the common law ».

<sup>736</sup> DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, p. 131.

<sup>737</sup> COMTE-SPONVILLE A., *Valeur et vérité*, Études cyniques, PUF, Perspectives Critiques, 1994, p. 225.

<sup>738</sup> DE BÉCHILLON M., *th. cit.*, p. 221.

<sup>739</sup> MORVAN P., *art. cit.*, p. 2.

<sup>740</sup> *Ibid.*

<sup>741</sup> *Ibid.*

ne feraient que révéler leur existence puisque les principes émaneraient par induction<sup>742</sup> de différentes règles existantes (3). Le principe juridique – à l’instar du standard, – « *ne présente pas une solution précise et de détail pour un cas ou une hypothèse isolés et préalablement déterminés* »<sup>743</sup>. Il « *ne fait, au contraire, qu’exprimer une idée générale, à savoir l’idée qui est commune à plusieurs règles de droit entre lesquelles l’esprit de méthode établit une certaine relation logique, fondée sur l’identité de l’inspiration* »<sup>744</sup>. Le principe se distinguerait alors de la règle de droit dans la mesure où la généralisation<sup>745</sup> et l’abstraction logique sont poussées beaucoup plus loin<sup>746</sup>. Il y aurait donc une différence de degré entre la règle et le principe, davantage qu’une différence de nature. Nous estimons, en revanche, qu’il existe bien une différence de nature entre les deux techniques : la règle constituerait une disposition *immanente*, alors que le principe serait une proposition *transcendante*. La règle « *s’en tient strictement à l’objet même qu’elle a circonscrit* »<sup>747</sup>, c’est-à-dire le droit, ou plus précisément, la partie de la branche du droit qu’elle régle. Le principe, quant à lui, relève davantage de la transcendance puisqu’il est « *au-dessus du monde sensible* », qu’il « *relève directement des lois générales* »<sup>748</sup> et qu’il suppose un ordre d’idées supérieur, induit ou déduit. En effet, les principes sont souvent définis comme « *des entités (...) demeurant extérieures et traitées comme supérieures, en valeur, au droit positif* »<sup>749</sup>.

Par ailleurs, la différence fondamentale entre le principe et la règle est que le premier est « *défectible* » en ce sens qu’il n’établit pas « *d’une façon complète, exhaustive, à la fois les faits en présence desquels se produit la conséquence juridique dont il s’agit ainsi que les exceptions en*

---

<sup>742</sup> MORVAN P., *art. cit.*, p. 2.

<sup>743</sup> STATI M.O., *Le standard juridique*, E. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, successeurs, 1927, n° 15, p. 55.

<sup>744</sup> *Ibid.*

<sup>745</sup> V. aussi : CAUDAL S., *art. cit.*, p. 12.

<sup>746</sup> Un arrêt de la Chambre criminelle du 6 juin 1988 illustre d’ailleurs tout à fait l’emploi par les juges des principes généraux destinés à justifier la règle et dotés d’une abstraction poussée. Dans cette affaire, la cour d’appel avait renvoyé un individu devant une Cour d’assise mais avait omis de constater qu’une ordonnance d’un juge d’instruction n’était pas datée et donc d’annuler la pièce. Les prévenus ont donc formé en ce sens un pourvoi en cassation. Cette dernière accueille favorablement leur pourvoi en déclarant que « *vu les articles 175 et 206 du Code de procédure pénal ; attendu qu’il résulte des principes généraux du droit qu’un acte de procédure doit être daté et signé par le magistrat dont il émane ; attendu qu’il appert de l’examen de la procédure qu’après communication le 13 janvier 1988 pour règlement du dossier de l’information suivie contre M., le magistrat instructeur a rendu, le 5 février 1988, l’ordonnance de règlement, au vu d’un document intitulé "réquisitoire aux fins de transmission des pièces à Mme le procureur général" daté du 25 janvier 1988, mais non signé ; attendu qu’en cet état, le réquisitoire du ministère public étant inexistant, il s’ensuit que le juge d’instruction ne pouvait dans ces circonstances clore l’information avant l’expiration du délai prescrit par l’article 175 du Code de procédure pénal* ».

<sup>747</sup> *Dictionnaire Le Robert* v. « Immanent » et *Dictionnaire Larousse* v. « Immanent ».

<sup>748</sup> *Le Guidon en françois*, 156b, éd. 1534 d’apr. ROM. FORSCH. t. 32, p. 174.

<sup>749</sup> JEAMMAUD A., « De la polysémie du terme principe dans les langages du droit et des juristes », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Études juridiques, Économica, 2008, p. 53.

*présence desquelles la conséquence ne se produit pas*»<sup>750</sup>. Autrement dit, le principe n'explicité pas les conditions de son application. En ce sens, **le principe constitue une norme fondamentale et primaire, laquelle nécessite une sous-directive, norme secondaire, pour son application**<sup>751</sup>.

**148. L'évolution de la définition de la notion de principe.** Force est de constater, néanmoins, que ces définitions ne rendent plus tout à fait compte de la profondeur et de la richesse de la notion. Si le principe *non écrit* peut correspondre à ces dernières, les principes édictés par le législateur, *écrits*, peuvent être d'une autre nature<sup>752</sup>. La fonction des principes généraux du droit est ainsi particulièrement mouvante<sup>753</sup>. Le législateur utilise désormais parfois les principes comme technique de prescription<sup>754</sup> en ce sens qu'ils font office de directives indiquant à l'interprète – le juge – la voie décisionnelle qu'il doit s'engager. Les principes prennent de plus en plus la forme de principes directeurs<sup>755</sup>. C'est le cas par exemple du principe de *force obligatoire*<sup>756</sup> ou encore de *liberté contractuelle*<sup>757</sup>. Les principes directeurs sont à la fois, au même titre que les principes généraux, des propositions « *fondamentales et premières* »<sup>758</sup> et des principes directeurs, c'est-à-dire qu'ils témoignent d'une orientation du droit qui leur est propre. Davantage qu'irriguer et expliquer la matière, ces derniers influent sur celle-ci pour l'accompagner vers un équilibre bien spécifique. En cela, ils se distinguent des anciens principes classiques, plus statiques ou descriptifs<sup>759</sup>. Par ailleurs, ces nouveaux principes ne comblent pas un vide juridique, mais sont simplement une nouvelle forme d'expression du législateur. Un auteur rejetait, en partie, le fait que les fonctions de mise en cohérence<sup>760</sup>, d'harmonisation, de rationalisation des principes juridiques, mises en évidence par McCormick, puissent être assurées au travers de ces nouveaux principes, eu égard à la technicité et à la diversité

---

<sup>750</sup> GUASTINI R., « Les principes de droit en tant que source de perplexité juridique », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Études juridiques, Économica, 2008, p. 115.

<sup>751</sup> C'est justement l'objet de notre propos que de démontrer que le standard constitue cette méta-norme, cette norme secondaire qui applique et concrétise le principe juridique conçu comme une directive référentielle.

<sup>752</sup> V. en ce sens également CAUDAL S., *art. cit.*, p. 13.

<sup>753</sup> DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, p. 131.

<sup>754</sup> *Ibid.*

<sup>755</sup> DUPICHOT P., « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC* 2013, n°1, p. 387.

<sup>756</sup> V. *infra* n° 474 et s.

<sup>757</sup> Aujourd'hui consacrée en tant que disposition liminaire à l'article 1102 du Code civil.

<sup>758</sup> DUPICHOT P., *art. cit.*, *RDC* 2013, n°1, p. 387.

<sup>759</sup> *Ibid.*

<sup>760</sup> Sur ce point v. DE BÉCHILLON M., *La notion de principe général en droit privé*, thèse, PUAM, 1998, p. 221 et s.



des règles<sup>761</sup>. *A contrario*, nous considérons que ces nouveaux principes participent d'une mise en cohérence du système légal en ce qu'ils créent, eux-mêmes, cet équilibre et cette cohérence<sup>762</sup>. La lecture de la matière se fait alors sous le prisme de ce principe directeur, qui vient éclairer l'interprétation des règles sous-jacentes.

**149. L'alliance nécessaire des définitions.** Les définitions des principes juridiques anciens – non écrits – et celle des principes nouveaux – écrits – semblent cependant pouvoir converger. De fait, ces nouveaux principes directeurs sont *directeurs* notamment parce qu'ils traduisent au sein d'une matière donnée des valeurs qui transcendent cette dernière. Cette nouvelle définition du principe renvoie, en fait, à la troisième acception classique : le principe normatif exprimant un « *devoir être* »<sup>763</sup>. Cette qualité de principe directeur implique que le principe qui répond à cette qualification soit particulièrement normatif puisqu'il engendre un certain nombre de règles qui tendent vers l'application d'un idéal, un certain *devoir-être*. Ces notions de devoir-être et de normativité nous rappellent ainsi le critère de normalité utilisé jusqu'ici pour définir le standard, composé d'un *être* et d'un *devoir être*<sup>764</sup>.

**150. Conclusion.** *In fine*, le principe juridique peut être défini comme une directive référentielle transcendante, à l'origine des règles, exprimant un devoir être particulièrement prégnant. Plus précisément, *le principe constitue une directive référentielle primaire, laquelle nécessite, nous le verrons*<sup>765</sup>, *une sous-directive – c'est-à-dire une norme secondaire – pour son application*<sup>766</sup>. À la suite de l'identification du principe juridique parmi les notions indéterminées et de l'élaboration d'une définition présentant ses caractères propres, une démarche de réduction notionnelle peut désormais être menée dans une tentative de

---

<sup>761</sup> DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, p. 134.

<sup>762</sup> V. également CAUDAL S., *art. cit.*, p. 14 : « *Les principes juridiques ont une fonction de structuration ou de mise en cohérence interne à une branche du droit ou à un système juridique* ».

<sup>763</sup> GOYARD-FABRE S., « De l'idée de norme à la science des normes », in AMSELEK P., (dir), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Léviathan, p. 212.

<sup>764</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, p. 30 : La confusion de Monsieur Rials provient selon nous du fait qu'il a élargi la notion de standard juridique aux principes qui, eux, et eux seuls, recouvrent la notion de devoir-être.

<sup>765</sup> V. *infra* n° 183 et s.

<sup>766</sup> C'est justement l'objet de notre propos que de démontrer que le standard constitue cette méta-norme, cette norme secondaire qui applique et concrétise le principe juridique conçu comme une directive référentielle.

détermination du standard. Celle-ci soulèvera une différence de nature entre le principe standard (§2).

## §2. UNE DIFFÉRENCE DE NATURE

**151. Quatre différences fondamentales.** Comme le principe, le standard ne se présente pas sous la forme d'une solution précise. Le défaut de précision serait donc un caractère commun au standard et au principe puisqu'il s'agit, en effet, de deux notions indéterminées<sup>767</sup>. Ainsi, les principes de *liberté contractuelle* ou de *proportionnalité* ne fournissent pas au juge la clé d'une solution précise au cas qu'il lui appartient de juger. Il s'agit de notions malléables, en ce sens qu'elles traduisent en droit des valeurs sujettes, pour une part, à la subjectivité de l'interprète. Néanmoins, « *il ne s'en suit pas nécessairement qu'ils doivent aussi se confondre* »<sup>768</sup>. Dès lors, il convient de présenter les quatre principales différences entre les deux notions.

**152. Le principe est abstrait et général.** Le principe matérialise certes une idée générale, mais cette idée est « *commune à une certaine catégorie de règles juridiques* »<sup>769</sup>. Le principe juridique gomme les particularités de chaque règle. Au contraire, comme le rappelle le Doyen Pound, le standard « *ni ne généralise, ni ne particularise* »<sup>770</sup>. Le standard est une notion indéterminée, mais nous considérons que celle-ci n'est ni abstraite<sup>771</sup> ni générale en ce sens que les standards n'induisent pas une généralisation, mais *véhiculent* celle qui provient du principe. Le standard a, en effet, pour vocation, de prendre en considération « *toutes les nuances variables de la vie sociale, que le principe élimine et méconnaît* »<sup>772</sup>. Par exemple, le standard de *l'avantage manifestement excessif*, intégré dans la

---

<sup>767</sup> Dworkin insistait ainsi sur le fait que les principes sont « *structurellement indéterminés* » et imprécis : DWORKIN R., *The Model of the Rules* (« Le modèle des règles I » et « Le modèle des règles II »), 1967, in ROSSIGNOL M.-J., et LIMARE F., (trad.), révisée par MLCHAUT F., *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. Léviathan, Paris, 1995.

<sup>768</sup> STATI M.O., *th. cit.*, n° 15, p. 55.

<sup>769</sup> STATI M.O., *th. cit.*, n° 15, p. 55.

<sup>770</sup> POUND R., « The Administrative Application of Legal Standard », *Allocution à la rencontre de l'American Bar Association*, présentée à Boston, 2 novembre 1919, p. 12.

<sup>771</sup> Dans le même sens, Madame Lagelle indique que « *les standards n'induisent pas un niveau de généralisation ou d'abstraction contrairement aux principes généraux* » : LAGELLE A., *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, thèse, Nice, 2012, p. 14.

<sup>772</sup> STATI M.O., *th. cit.*, p. 55 n° 15.

règle traitant du vice de violence en matière contractuelle<sup>773</sup> est, certes, une notion indéterminée, mais c'est avant tout un instrument de mesure en termes quantitatifs. Il commande au juge, dans la règle, d'apprécier si l'avantage perçu par l'un des cocontractants, est, ou non, démesuré<sup>774</sup>. C'est une question d'équilibre et de proportion. Il serait possible de transformer, au cas par cas, cette notion *d'avantage manifestement excessif* en une formule quasi mathématique. Un des sous-caractères principaux du standard se manifeste, nous le verrons, au travers de son caractère concrétisable<sup>775</sup>. En revanche, lorsque l'on évoque les principes de *primauté* ou de *subsidiarité*, l'on désigne clairement des notions abstraites<sup>776</sup>, au sommet d'une pyramide juridique d'application. De ces principes peuvent découler une multitude de règles. Celles-ci auront vocation à mettre en œuvre le principe. Par exemple, le principe de subsidiarité est traduit en droit européen au travers d'une règle d'application générale : « *dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* »<sup>777</sup>. C'est le cas également du principe premier et fondateur d'égalité<sup>778</sup>, duquel provient en droit administratif « *le principe d'égalité devant la loi* »<sup>779</sup>, inscrit dans la déclaration de 1789. De celui-ci découle, alors, toute une chaîne de déclinaisons telles que « *le service public hospitalier est accessible à tous et en particulier aux personnes les plus démunies, il est adapté aux personnes handicapées* »<sup>780</sup>. De ce dernier principe émaneront ensuite

---

<sup>773</sup> C. civ. art. 1143.

<sup>774</sup> Sur le développement propre au standard de *l'avantage manifestement excessif*, v. *infra* n° 503.

<sup>775</sup> V. *infra* n° 241 et s.

<sup>776</sup> En ce sens : HART H.-M., SACKS A.-M., *The legal Process*, 155-58, unpublished manuscript, temp ed 1958, cité in GOEBEL J.-P., « Rules and standards : a critique of two critical theorists », *Duquesne Law Review*, v. 31, n° 1, art. 4, 1992, p. 51, spéc. p. 57: « *They are on a much higher level of abstraction, and obviously involve a vastly larger postponement of decision* ».

<sup>777</sup> TUE art. 5.

<sup>778</sup> Sur le principe d'égalité voir : ATIAS C., « Éléments pour une mythologie juridique de notre temps », *RRJ* 1980, n° 8, p. 53 ; BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, 1999 ; MAZIÈRE P., *Le principe d'égalité en droit privé*, PUAM, 2003 ; THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 : « *Plus ancien dans ses manifestations en droit positif que celui d'équilibre, il concerne les contractants, voire les précontractants et trouve son fondement dans l'absence d'égalité naturelle, abstraite et automatique entre les parties, reflet d'une aspiration à une égalité dans les faits, non pas postulée et absolue, mais concrète et relative au contrat conclu* », cité également par : CHAUDOUET S., *Le déséquilibre significatif*, thèse, Montpellier, 2018, p. 37.

<sup>779</sup> V. également sur ce point : DE BÉCHILLON M., *th. cit.*, p. 233 et s.

<sup>780</sup> Ce principe émane notamment de la Charte des patients hospitalisés, en annexe à la circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés.

un certain nombre de règles ayant pour vocation l'application de cette série de principes. À l'inverse, du standard de *l'avantage manifestement excessif*, ne dérivent pas une multitude de règles elles-mêmes abstraites et générales, mais une multitude d'applications concrètes. En somme, si le principe est *abstrait et général*, le standard est *concret et empirique*. Par ailleurs, contrairement au standard, le principe est composé de valeurs métajuridiques.

**153. Le principe juridique est composé de valeurs métajuridiques.** Les principes juridiques « *dirigent l'interprète lui indiquant la voie à suivre* » selon une « *normativité extrajuridique, c'est-à-dire une normativité définie à partir de valeurs prises à l'extérieur de la sphère juridique* »<sup>781</sup>. Contrairement aux standards juridiques qui sont « *mêlés de droit et de fait* », les principes directeurs sont « *mêlés de droit et de valeurs métajuridiques* »<sup>782</sup>. S'il est possible de déceler, au sein des standards<sup>783</sup>, tels que *l'avantage manifestement excessif* ou encore le *déséquilibre significatif* une porte ouverte vers les valeurs métajuridiques<sup>784</sup>, ce n'est que parce qu'ils dépendent du principe juridique auquel ils sont afférents : l'équilibre contractuel<sup>785</sup>. Le Doyen Pound distingue d'ailleurs fondamentalement le principe et le standard en ce sens que la tonalité du standard est plutôt celle de la loi alors que celle du principe est la justification<sup>786</sup>. En définitive, si le principe est composé de *valeurs*, le standard, à l'inverse, est composé de *faits*. De la même façon, Louis Dumont indiquait, à propos des principes, que ces derniers exprimeraient une certaine idéologie, qu'ils véhiculeraient un système de valeurs. Ce système serait alors au fondement d'un ensemble de comportements et de règles<sup>787</sup>.

En outre, c'est bien parce que, par nature, le principe prime les autres règles juridiques, qu'il se situe également à l'origine des standards.

---

<sup>781</sup> DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, p. 131 et s.

<sup>782</sup> *Ibid.*

<sup>783</sup> Que nous nommerons dans des développements ultérieurs « sous-directive dépendante et référée », v. *infra* n° 182 et s.

<sup>784</sup> Ce point sera approfondi dans des développements ultérieurs, v. *infra*, n° 246 et s.

<sup>785</sup> CHÉNEDÉ F., « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015, n° 03, p. 655 ; GENICON T., MAZEAUD D., « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *RDC* 2012, n°4, p. 1469 ; BÉNABENT A., « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *LPA* 1998, n° 54, p. 14 ; LE GAC-PECH S., « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? », *LPA* 2015, n° 191, p. 4 ; sur l'étude approfondie de l'équilibre contractuel et son interdépendance avec les standards v. *infra* n° 477 et s.

<sup>786</sup> POUND R., « Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law », *7 Tulane Law Rev*, 1933, p. 484 et s.

<sup>787</sup> DUMONT L., *Homo aequalis I, Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, Galimard, 1977.

**154. Le principe est à l'origine des standards, sous-directives dépendantes et référées.** En outre, la grande différence entre les principes juridiques et les standards s'établit sur le fait que les standards tirent leur origine des principes juridiques alors que les principes juridiques sont à l'origine des standards<sup>788</sup>. En effet, si le principe juridique est à l'origine de toute règle, et que le standard est une forme de règle juridique<sup>789</sup>, il lui est hiérarchiquement inférieur. Ainsi, il existe entre les deux notions « *non seulement une inégalité d'importance, mais aussi une différence de nature* »<sup>790</sup>. Il convient de souligner ce rapport de soumission hiérarchique entre le standard et le principe juridique puisque ce dernier est à la fois à la source du standard et régit en même temps son application<sup>791</sup>. Donc, si le principe est une *directive* et que le standard lui est hiérarchiquement inférieur, il est une *sous-directive*.

Par ailleurs, si le principe, à l'instar du standard, introduit une certaine malléabilité dans le droit, leur technique et leur fonction ne doivent pas être assimilées.

**155. La technique du principe n'est pas la technique du standard.** Enfin, si le principe juridique, ou principe directeur<sup>792</sup> peut être amené à combler les lacunes de la loi dans la mesure où l'autorité judiciaire a pu créer des principes généraux afin de se ménager un espace de liberté dans l'application de la loi<sup>793</sup>, ce n'est pas, au rebours de ce qui a pu être écrit, « *grâce à la technique du standard* »<sup>794</sup>. Nous avons insisté sur la nécessité de distinguer le standard dans la famille des notions indéterminées. Certes, le standard est un élément de cette famille, mais ses membres sont loin d'être interchangeables<sup>795</sup>. Par ailleurs, nous avons indiqué que l'approche fonctionnelle du standard ne permettait pas d'apprécier la notion dans toute sa richesse. Les fonctions attribuées au standard, étant fondées sur le critère de l'*indétermination*, achevaient de le transformer en notion générique,

---

<sup>788</sup> V. aussi MOUSSON V., *La modération en droit privé des contrats*, thèse, Nice, 2006, p. 234, n° 453 : « *Lorsque le juge utilise un standard, il modifie une loi. Cette action n'entraîne aucune incidence sur les autres règles. C'est une solution de détail. (...) À l'inverse du standard, le principe contribue à attirer, sous ses ailes, plusieurs autres règles qui sont reliées entre elles par une idée commune* ».

<sup>789</sup> Sur la notion de standard compris comme règle de droit particulière, v. *infra* n° 270 et s.

<sup>790</sup> BOULANGER J., « Principes généraux du droit et droit positif », in *Études Ripert : le droit privé français au milieu du XXème siècle*, t. I, 1950, p. 51 et s.

<sup>791</sup> *Ibid.*

<sup>792</sup> Pour exemple, sur le principe directeur de la *confiance légitime* en droit des contrats, voir : GENICON T., « Contrat et protection de la confiance », *RDC* 2013, n° 1, p. 336.

<sup>793</sup> MALAURIE PH., AYNES L., STOFFEL-MUNCK PH., *Droit des obligations*, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p. 248.

<sup>794</sup> *Ibid.*

<sup>795</sup> V. *supra* n° 54 et s.

insusceptible d'être différenciée des autres notions indéterminées<sup>796</sup>. En effet, si le standard juridique, comme le principe, est utilisé pour combler les lacunes de la loi, c'est parce qu'ils partagent la caractéristique de l'*indétermination*. Ce sont la malléabilité et l'abstraction du principe qui confèrent ce pouvoir de création au juge et non pas le fait que le principe puisse être assimilé à la technique du standard. Dire que le principe comble la loi grâce à la technique du standard, revient, une nouvelle fois, à le réduire à l'indétermination et en faire une notion générique. Il sera, dès lors, nécessaire, de bien différencier ces deux notions. Le principe et le standard appartiennent à un genre commun : les notions indéterminées. Ils en constituent toutefois une *espèce différente* : ils n'ont pas la même nature.

### **Conclusion Section I**

**156.** *In fine*, les deux notions de principe juridique et de standard ne doivent pas être envisagées indépendamment l'une de l'autre, mais ne doivent pas non plus être confondues. Leurs différences révèlent justement leur complémentarité<sup>797</sup>. Les standards juridiques ne sauraient valablement fonctionner sans les principes, de même que les principes nécessitent une norme d'exécution pour être appliqués<sup>798</sup>. *Le principe représente, effectivement, une directive référentielle primaire laquelle nécessite, nous le verrons<sup>799</sup>, une sous-directive – c'est-à-dire une norme secondaire – pour son application*. Un auteur relevait dans le même sens que « leur nature imprécise les rend inaptes à pouvoir être immédiatement et isolément applicables comme proposition majeure d'un syllogisme juridique, sans le relais de normes d'exécution ». L'approche comparatiste et réductionniste, par le truchement de l'identification du principe, a révélé, en filigrane, les points nécessaires à l'identification du standard juridique. La notion-cadre fait, elle aussi, partie du genre des notions indéterminées. Il y a, dès lors, lieu d'effectuer une nouvelle démarche réductionniste nécessaire à la description précise des espèces du genre des notions indéterminées (**Section II**).

---

<sup>796</sup> V. *supra* n° 54 et s.

<sup>797</sup> Il existerait de fait une forme de dépendance des règles envers le principe, sur ce point voir : DE BÉCHILLON M., *th. cit.*, p. 222.

<sup>798</sup> MONTOIR C., *Les principes supérieurs du droit pénal des mineurs délinquants*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2014, p. 24.

<sup>799</sup> V. *infra* n° 183 et s.

## SECTION II

### LA RÉDUCTION NOTIONNELLE DU STANDARD PAR LA NOTION-CADRE

**157. Discussion sur la confusion des notions.** Notions-cadre et standards apparaissent, de prime abord, tout à fait synonymes. Le Doyen Cornu, dans son *Vocabulaire juridique*, définit le standard comme une « *norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé* », c'est-à-dire une « *notion-cadre* »<sup>800</sup>. Un auteur, soulevant la difficulté qui réside dans le fait que les auteurs choisissent parfois une terminologie sans comparer leur étude aux études existantes<sup>801</sup>, utilise tout de même volontairement le terme générique de notion à contenu variable pour traiter à la fois des standards et des notions-cadres<sup>802</sup>. Or, l'usage de ce terme avait été dénoncé puisqu'« *en principe, à chaque idée différente devrait correspondre un concept différent. Les notions à contenu variable devraient éclater en notions distinctes qui auraient alors chacune un contenu précis* »<sup>803</sup>. Ces assimilations sont particulièrement regrettables puisque la qualification de notion à contenu variable pourrait en réalité être remplacée par d'autres, comme notion vague ou notion indéterminée.

**158. Plan.** Cette étude réclame en tout état de cause d'identifier précisément les espèces que constituent la notion-cadre, le principe et le standard. Une nouvelle fois, à l'instar du principe, ce n'est pas parce que le standard et la notion-cadre sont des notions indéterminées qu'elles sont équivalentes<sup>804</sup>. Il convient, dès lors, de décrire la notion-cadre comme une directive subsidiaire (§1 – **Une directive subsidiaire**), pour identifier la différence de nature qui réside entre cette dernière et le standard (§2 – **Une différence de nature**).

---

<sup>800</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 13<sup>e</sup> éd., PUF, 2020 p. 979, v. « Standard juridique ».

<sup>801</sup> CASTETS-RENARD C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 24 ; Rappelons-le, la raison principale de cet amalgame réside dans « *l'origine doctrinale de ces notions* ».

<sup>802</sup> *Ibid.*

<sup>803</sup> JARROSSON C., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 224, n° 463 ; De la même façon v. ROUVIÈRE F., « Le revers du principe différence de nature (égale) différence de régime », in *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 415 ; ROUVIÈRE F., « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », *RTD civ.* 2017, p. 529 ; BALAT N., « Forclusion et prescription », *RTD civ.* 2016, p. 751.

<sup>804</sup> Monsieur Picod distinguait d'ailleurs bien ces deux notions en indiquant que : « *Par sa souplesse, la technique de la notion-cadre s'apparente à celle du standard juridique. Il convient alors de distinguer les deux notions et de montrer que la loyauté contractuelle correspond davantage à une notion-cadre qu'à un standard juridique* », PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 208, 1989, p. 87, n° 72.

## §1. UNE DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE SUBSIDIAIRE

159. **Plan.** L'étude de la définition de la notion-cadre n'a pas suscité un intérêt théorique et doctrinal important. Toutefois, deux définitions peuvent être recensées. La première, fondée sur deux critères assez généraux, la circonscription et l'intentionnalité devra être complétée par une seconde, plus particulière, qui définit la notion-cadre comme un modèle auxiliaire. Aussi, la détermination contemporaine de la notion-cadre (**A – La détermination contemporaine**) précèdera-t-elle notre propre appréciation de celle-ci, entendue comme une directive indéterminée subsidiaire (**B – Une directive indéterminée subsidiaire**).

### A. UNE DÉTERMINATION CONTEMPORAINE

160. **Plan.** La notion-cadre a été décrite, d'une part, comme une notion circonscrite et intentionnelle (**1 – Une notion circonscrite et intentionnelle**) et, d'autre part, comme un modèle auxiliaire (**2 – Un modèle auxiliaire**).

#### 1. UNE NOTION CIRCONSCRITE ET INTENTIONNELLE

161. **Une définition générale : la notion-cadre, notion circonscrite et intentionnelle.** *Notion-cadre* et standard ont pu être formellement distingués des autres notions à contenu variable<sup>805</sup> dans la mesure où le législateur, lorsqu'il intègre des notions-cadre ou des standards dans une norme, le fait en conscience, volontairement, contrairement aux notions confuses ou à contenu variable qui témoignent plutôt d'une lacune législative. Il s'agirait, dans cette optique, d'une « *volonté politique de retrait législatif* »<sup>806</sup>. Les notions-cadre possèderaient ainsi deux caractéristiques : elles seraient *intentionnelles* et *circonscrites*. Néanmoins, cette définition continue de traiter indifféremment standard et notion-cadre et demeure, eu égard au but que nous poursuivons, insuffisante, et ne saurait donc convaincre tout à fait.

---

<sup>805</sup> CASTETS-RENARD C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 70 et s.

<sup>806</sup> HENAFF P., « L'unité des notions-cadres », *JCP G* 2005, n° 48, p. 1.



**162. L'inaptitude du critère de l'intentionnalité à définir la notion-cadre.** Le critère de l'intentionnalité nous semble d'une fiabilité relative au regard de l'objectif de définition de la notion-cadre. Il s'agirait peut-être davantage d'une hypothèse de travail que d'un véritable marqueur permettant de singulariser le standard ou la notion-cadre par rapport à une notion indéterminée sans caractères propres<sup>807</sup>. Certains auteurs, ayant fait de l'intentionnalité une caractéristique essentielle du standard<sup>808</sup>, admettaient pourtant que cette intention ne pouvait être prouvée et qu'il était donc nécessaire de la présumer<sup>809</sup>. L'intentionnalité se déduirait alors du fait que, si l'auteur de la norme n'a pas, *a posteriori*, reprécisé la notion, c'est que l'introduction de cette notion indéterminée était volontaire. Or, lorsque, par exemple, le législateur introduit le principe de liberté contractuelle – qui n'est pas un standard ou une notion-cadre – à l'article 1102 du Code civil, c'est, à l'évidence, à dessein. En effet, jusque-là, la liberté contractuelle n'était présente dans le Code civil qu'au travers de ses composantes<sup>810</sup>. Le principe a désormais été clairement et volontairement consacré, afin de parfaire, notamment, la lisibilité et l'accessibilité de la loi<sup>811</sup>. Il est donc particulièrement malaisé de discerner ce qui sépare la notion-cadre d'autres notions indéterminées, telles que le principe ou le standard. De la même façon, le législateur a intégré, en 1995 dans le Code de la consommation<sup>812</sup> et en 2008 dans le Code de commerce<sup>813</sup>, le standard du *déséquilibre significatif*, mais ce dernier n'a jamais été reprécisé. Ce critère de l'intentionnalité de l'indétermination ne signifie pourtant pas que le *déséquilibre significatif* entre dans la catégorie des notions-cadre. Nous aurons l'occasion,

---

<sup>807</sup> V. *infra* n° 299 et s.

<sup>808</sup> V. notamment : BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, thèse, Bruylant, 2010, p. 29 ; Ce qui semble déjà en contradiction avec la volonté affichée de définir la notion-cadre par le critère identique de l'intentionnalité.

<sup>809</sup> HÉNAFF P., *art. cit.*, *JCP G* 2005, n° 48, p. 1.

<sup>810</sup> V. notamment : CHANTEPIE G., « La liberté contractuelle : back to basics », *blog Réforme du droit des obligations*, D. 16 févr. 2016 ; MEKKI M., « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *RDC* 2015, n° 3, p. 651.

<sup>811</sup> Dans la décision n° 2003-473 DC, après avoir rappelé que « *l'urgence est au nombre des justifications que le gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution* », le Conseil constitutionnel considère « *qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité de la loi* ».

<sup>812</sup> PEGLION-ZIKA C.-M., *La notion de clause abusive : au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse, Paris II, 2013, p. 231, n° 297.

<sup>813</sup> HADJ-AISSA H., *Contribution critique à l'étude du déséquilibre significatif au sens de l'article L 442-1 du Code de commerce*, thèse, Université de Lorraine, 2019 ; *A contrario* : CHAUDOUET S., *Le déséquilibre significatif*, thèse, Montpellier, 2018.

dans des développements futurs, de le démontrer<sup>814</sup>. Il n'est, en tout état de cause, pas concevable de se demander, devant chaque notion, à quelle étape elle se trouve dans le processus chronologique et historique d'une éventuelle correction ou d'une ratification par les générations successives de législateurs. Au-delà de l'inexactitude théorique de ce critère, son application pratique se révèle donc assez laborieuse. D'autant que, c'est bien souvent la jurisprudence, et non le législateur qui, par un travail d'interprétation, vient préciser les notions indéterminées. Par ailleurs, le fait que ces notions soient sans cesse, et par tous, amalgamées, témoigne du fait que les définitions qui en sont proposées ne sont pas suffisamment nettes et déterminantes pour que tout un chacun puisse aisément les distinguer. De surcroît, le deuxième critère qui permettrait de définir la notion-cadre, la *circonscription*, ne paraît pas pouvoir atteindre l'objectif fixé. Le caractère circonscrit n'est pas propre à la notion-cadre, mais constitue un caractère partagé par l'ensemble des notions indéterminées.

**163. Le critère de la circonscription est valable pour l'ensemble des notions indéterminées.** Les notions-cadre sont décrites comme des notions circonscrites dès lors qu'elles « évoluent au sein d'un cadre d'interprétation » et qu'elles « s'affinent au fur et à mesure de l'application de la notion »<sup>815</sup>. Il nous semble, en revanche, qu'il ne s'agit pas là d'un attribut spécifique à la notion-cadre. En effet, toute notion indéterminée, tout au long de son processus d'application, se précisera davantage<sup>816</sup>. C'est l'œuvre du juge que d'interpréter et d'éclairer les notions légales si celles-ci ne sont pas assez limpides et/ou précises pour être appliquées telles quelles<sup>817</sup>. Si l'interprétation que le juge effectue d'une notion est sensiblement identique pour chaque cas, nul doute que l'étude de ces jurisprudences permettra de se rapprocher de la signification stricte de la notion. C'est le cas par exemple du principe de *bonne foi* qui a été clarifié par la jurisprudence. Il a notamment été expliqué par le biais de ses composantes : l'abus, la loyauté, la

---

<sup>814</sup> V. *infra* n° 505 et s.

<sup>815</sup> CASTETS-RENARD C., *th. cit.*, p. 70 et s.

<sup>816</sup> HAID F., *th. cit.*, n° 183.

<sup>817</sup> L'article 4 du Code civil dispose dans ce sens que : « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

coopération<sup>818</sup> et la cohérence<sup>819</sup>. Encore que cette signification ne reste valable que tant que l'interprétation du juge ne varie pas. En tout état de cause, le critère de la circonscription, s'il est bien valable pour la notion-cadre ou le standard, n'est pas assez spécifique. Nous achoppons toujours sur le même obstacle : les critères proposés par les auteurs pour définir les notions indéterminées, notamment la notion-cadre, le principe ou le standard, conviennent pour l'ensemble de ces notions. C'est, chaque fois, l'*indétermination* qui est la caractéristique phare des critères utilisés. Or, cette indétermination est commune à toutes les notions que nous examinons et la voie ainsi empruntée se trouve être une impasse.

**164.** En revanche, la définition de la notion-cadre comme modèle auxiliaire apporte un éclairage singulier (2).

## 2. UN MODÈLE AUXILIAIRE

**165. Une définition particulière : le caractère auxiliaire de la notion-cadre.**  
Dans un article consacré à l'unité des notions-cadres, un auteur souligne que celles-ci témoignent d'un « *flou juridique intentionnel* »<sup>820</sup>, tout en indiquant que cette flexibilité caractérise aussi les notions indéterminées telles que l'*urgence*<sup>821</sup>. En revanche, les notions-cadre disposeraient d'une qualité spécifique qui en réaliserait l'unité : à savoir leur caractère auxiliaire<sup>822</sup>. Cela signifierait que les notions-cadre restent « *tierce à une situation juridique principale* »<sup>823</sup>. Celles-ci diffèreraient alors de la notion indéterminée, laquelle peut

---

<sup>818</sup> TISSEYRE S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Puam, 2012, p. 93 et s.

<sup>819</sup> PICOD Y., « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2007 ; GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 231 et s. ; AYNES L., « L'obligation de loyauté », *APD* 2000, n° 44, p. 198 ; VOUIIN R., *La bonne foi, notion net rôle actuels en droit privé français*, thèse Bordeaux, LGDJ, 1939, p. 89 ; LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., « La bonne foi » *Rép. civ.* 2017, n° 4 ; PICOD Y., « Exécution de bonne foi des conventions », *J.-Cl. civ.*, art. 1134 et 1135, 2013, n° 5 ; LORENS F., SOLER-COUTEAUX P., « De la loyauté dans le contentieux administratif des contrats », *Contrats, marchés publ.* 2012, n° 2 : « *l'obligation de loyauté est l'autre nom que l'on donne à l'obligation d'exécution de bonne foi des obligations contractuelles consacrée par l'article 1134 du Code civil* ».

<sup>820</sup> HÉNAFF P., *art. cit.*, *JCP G* 2005, n° 48, p. 1.

<sup>821</sup> *Ibid.*

<sup>822</sup> CASTETS-RENARD C., *th. cit.*, p. 70 et s.

<sup>823</sup> *Ibid.*

revêtir un caractère principal<sup>824</sup>. En effet, la notion-cadre ne serait pas la condition principale de résolution de la problématique, mais une aide, un arrière-plan. La notion-cadre aurait donc un caractère subsidiaire à la solution du cas. Elle servirait de référence dans le processus de qualification juridique. Les notions-cadre d'*ordre public*, de *bonne foi*, d'*intérêt de la famille* ou encore de *bon père de famille* sont proposées par l'auteur comme des exemples typiques<sup>825</sup>. La notion-cadre de bon père de famille, notamment, ne constitue pas la condition de la responsabilité ou de la sanction, mais simplement la référence du comportement : « *il ne s'agit pas de savoir si la personne en cause est un bon père de famille, mais seulement si son comportement, référé au bon père de famille, y est contraire* »<sup>826</sup>.

Ainsi, la notion-cadre se caractérise par l'institution d'un modèle idéal de référence.

**166. La notion-cadre comme modèle idéal de référence.** Si l'on peut rapprocher la notion-cadre de la notion indéterminée en raison de sa flexibilité, une nuance peut cependant être apportée<sup>827</sup>. En effet, si les notions indéterminées sans caractères propres n'ont pour but que de rendre la règle plus malléable, la notion-cadre possède une finalité supérieure. Celle-ci tendrait à « *aboutir à une certaine fin* » dans la mesure où elle présente « *une actualisation liée aux évolutions sociales ou juridiques* »<sup>828</sup>. Plus encore, elle parviendrait à faire converger plusieurs interprétations ou plusieurs applications d'un même droit vers « *un état idéal* »<sup>829</sup> en fonction des évolutions extrajuridiques. Dès lors, ce n'est pas la notion-cadre qui évolue, mais la *référence* qu'elle représente. Le Doyen Cornu indiquait d'ailleurs, à propos de la notion-cadre, que c'est une « *notion vague, mais directive* »<sup>830</sup>.

---

<sup>824</sup> CASTETS-RENARD C., *th. cit.*, p. 70 et s.

<sup>825</sup> De la même façon, GRIMALDI M., VERNIÈRES C., : « *Notion-cadre, l'intérêt de la famille a reçu de nombreuses illustrations en jurisprudence. La notion de famille pouvant être entendue de façon plus ou moins large, selon que l'on vise la cellule familiale, parents et enfants, les conjoints isolément, les enfants, voire les tiers qui pourraient subir un préjudice du fait de la modification du régime matrimonial des époux. Ces principales applications doivent être étudiées successivement au regard des différents paramètres qui viennent d'être rappelés.* », *D. Action, Dr. patr. et dr. famille*, Chapitre 123, « Conditions du changement de régime matrimonial ».

<sup>826</sup> HÉNAFF P., *art. cit.*, *JCP G* n° 48, 30 nov. 2005, p. 1.

<sup>827</sup> *Ibid.*

<sup>828</sup> *Ibid.*

<sup>829</sup> *Ibid.*

<sup>830</sup> CORNU G., *Droit Civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2007, n° 177.

167. Grâce à l'exposé de ces définitions accompagnées des réserves qui nous ont paru pertinentes, il est désormais concevable de proposer notre propre conception de la notion-cadre (B).

## B. UNE DIRECTIVE INDÉTERMINÉE SUBSIDIAIRE

168. **Proposition de définition.** La notion-cadre peut être définie comme *une directive référentielle indéterminée subsidiaire et contingente*. Ses caractères méritent cependant d'être analysés en détail.

169. **Une notion indéterminée.** La notion-cadre est tout d'abord une notion indéterminée en ce sens que son contenu précis et définitif ne peut pas être apprécié *a priori*. Si l'on prend l'exemple de *l'ordre public*, le juriste aura sans doute l'intuition de ce qu'il représente globalement, mais ne pourra jamais envisager *a priori* l'infinité de ses applications et de son contenu. Elle est donc, tout comme le standard, une *espèce* de la famille des notions indéterminées.

170. **Une directive indéterminée.** La notion-cadre donne justement au juge une trame éthique dans laquelle il devra placer le cas particulier qu'il lui appartient de juger et tisser l'un avec l'autre. La notion-cadre est alors une directive qui lie le juge, mais qui n'est pas assez précise pour dicter la solution du cas avec fermeté. La notion *d'ordre public*<sup>831</sup> témoigne de cette difficulté. L'ordre public est bien une directive – et non une sous-directive – en ce qu'il est nécessaire, pour son application, d'utiliser des sous-notions telles que la *dignité humaine*, consacrée par l'arrêt Morsang-sur-Orge en 1995<sup>832</sup>, ou encore la sécurité ou la sûreté. La notion-cadre, comme le principe, est dotée d'une certaine abstraction métajuridique en ce sens que, si elle est une notion juridique, puisqu'elle est intégrée au droit positif, elle véhicule souvent avec force des valeurs, morales, économiques, philosophiques. Il faut reconnaître à la notion-cadre une finalité particulière, celle de constituer un référentiel pour la qualification ou l'interprétation juridique en

---

<sup>831</sup> Sur la notion, v. notamment : KARYDIS G., « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTD eur.* 2002.

<sup>832</sup> CE, 27 oct. 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix en Provence.

fonction d'un idéal extrajuridique. *L'intérêt de l'enfant*<sup>833</sup>, *l'intérêt de la famille* ou bien *l'ordre public*, sont autant de notions qui portent une charge éthique particulièrement manifeste. Les principes sont à la morale ce que les notions-cadres sont à l'éthique : les principes renvoient à la différenciation entre bien et mal, entre acceptable et inacceptable, alors que les notions-cadres constituent une « réflexion en vue du bien agir »<sup>834</sup>. Les notions-cadre sont en quelque sorte des sous-principes appliqués.

**171. Une notion contingente sujette à controverse.** La *notion*, contrairement au concept, témoigne de l'inachèvement d'une réflexion ou d'un désaccord doctrinal qui ne lui permet pas d'accéder au rang de concept du droit<sup>835</sup>. C'est le cas par exemple des *bonnes mœurs*, notion particulièrement fluctuante et abondamment discutée. La définition de la notion-cadre est souvent plurielle. *L'intérêt de l'enfant*, notamment, malgré sa consécration récente, n'a pas reçu de définition précise en droit français. Cette notion peut, en effet, « donner lieu à pléthore d'interprétations en fonction de la subjectivité des magistrats, d'où un risque manifeste d'insécurité juridique et d'arbitraire »<sup>836</sup>. Comme le déclarait également le Doyen Carbonnier « *l'intérêt de l'enfant est dans la loi, mais ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui* »<sup>837</sup>. Le caractère contingent des notions cadre et l'absence de consensus qui pèse sur leur définition en fait une directive référentielle moins aboutie que le principe juridique. Dans notre schéma de références<sup>838</sup>, la notion-cadre constituera donc, pour le standard, une directive référentielle subsidiaire.

**172. Conclusion.** En tout état de cause, les *notions-cadre* et les *standards* ne sont pas synonymes. Si certains auteurs les rapprochent, indiquant que les standards constituent

---

<sup>833</sup> L'intérêt supérieur de l'enfant notamment, a été érigé au rang constitutionnel : Cons. const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC, M. S. : *JO.*, 22 mars 2019 ; Le Conseil constitutionnel a en effet déduit du préambule de la Constitution de 1946, une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

<sup>834</sup> L'éthique est une morale appliquée, une morale en action : <https://www.ethique.gouv.qc.ca/fr/ethique/qu-est-ce-que-l-ethique/quelle-est-la-difference-entre-ethique-et-morale/>

<sup>835</sup> DROSS W., « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ* 2012-5, n° hors-série n° 26, p. 2229 et s. ; HAID F., « Le langage des concepts législatifs », *RRJ* 2012-5, n° hors-série n° 26, p. 2187 et s. ; BARRAUD B., « La science et la doctrine juridiques à l'épreuve de la polysémie des concepts », *RIEC* vol. 76, p. 5 et s. ; DULOT D., *Ce que penser veut dire*, L'Harmattan, coll. Pour comprendre, 2013, p. 86.

<sup>836</sup> ANCEL B., « L'intérêt de l'enfant, entre paternalisme et autonomie », *LPA* 2014, n° 62, p. 6.

<sup>837</sup> CARBONNIER J., note sous CA Paris, 30 avr. 1959 : *D.* 1960, p. 673.

<sup>838</sup> V. *infra* n° 183 et s.

une catégorie de notions-cadre, il est préférable de considérer qu'ils sont en réalité deux notions indéterminées qui remplissent un office bien particulier dans la fonction de juger. Plus encore, il existe entre notion-cadre et standard une différence de nature (§2).

## §2. UNE DIFFÉRENCE DE NATURE

173. **Plan.** Trois éléments fondamentaux permettent de distinguer les deux notions dans leur nature. Contrairement au standard, la notion-cadre est une directive (**A – Une directive**) abstraite (**B – Une directive abstraite**) et déontique (**C – Une directive déontique**).

### A. UNE DIRECTIVE

174. **Directive – Sous-directive.** La notion-cadre, comme son nom l'indique, soumet au juge un cadre général dans lequel il devra inscrire sa décision : le respect de *l'ordre public*, de *l'intérêt de la famille* ou de *l'intérêt social*. Le standard, plus précis, est une sous-directive qui lui fournit *la solution*, le *critère* à adopter pour une application directe du *référentiel supérieur* au cas qui lui est demandé de juger. Par exemple, une clause pénale ne pourra être révisée par le juge que s'il estime qu'elle est *manifestement excessive* ou *manifestement dérisoire*. De fait, la notion-cadre, à l'instar du principe, livre au juge un guide, un référentiel, autrement dit, une directive dans l'application de règles plus concrètes. L'intérêt de la famille « *permet de diriger tous les changements de régime matrimonial vers un type idéal et a priori indéfinissable. L'intérêt de la famille apporte, point par point, des corrections pour approcher le changement parfait. Les différentes applications de ce droit sont ainsi, de manière stratifiée, cadrées vers un tronc commun arrangé en fonction de besoins familiaux et sociaux, tous extrêmement variables* »<sup>839</sup>. Par ailleurs, la notion-cadre témoigne d'une abstraction plus élevée que le standard, mais moins élevée que le principe juridique lequel renseigne sur les idéaux d'une société.

---

<sup>839</sup> HÉNAFF P., *art. cit.*, *JCP G* 30 nov 2005, n° 48, p. 1.

**175.** La notion-cadre et le standard possèdent une nature opposée. Celle-ci révèle une verticalité au sein du rapport d'application : la directive – notion-cadre – est supérieure à la sous-directive qui a vocation à l'appliquer<sup>840</sup>. Cette différence de nature s'observe aussi dans les caractéristiques attachées à la directive. La notion-cadre représente, de fait, une directive abstraite (**B**).

## **B. UNE DIRECTIVE ABSTRAITE**

**176. Abstraction, objectivation et concrétisation.** La notion-cadre véhicule un certain idéal moral et humain qui s'avère plus contingent que l'absolu proféré par le principe. La notion-cadre témoigne donc d'une abstraction importante : si sa charge morale est moins marquée que celle que le principe propose, contrairement au standard juridique, elle n'en est pas dénuée. Le caractère objectif du standard fera, d'ailleurs, l'objet de développements ultérieurs, puisqu'il constitue l'un de ses caractères propres<sup>841</sup>. Le standard juridique, sous-directive *dépendante et référée*, a pour contenu matériel des valeurs métajuridiques seulement en tant qu'il constitue un réceptacle malléable d'application du principe. Le standard puise sa référence en termes de *devoir-être* dans le principe ou la notion-cadre. Lorsque nous opèrerons une nouvelle classification des notions indéterminées, nous démontrerons ainsi qu'à l'instar de l'ordre public, l'intérêt social n'est pas un standard juridique<sup>842</sup>. Il représente une « *boussole* »<sup>843</sup>, une notion cardinale<sup>844</sup> du droit des sociétés<sup>845</sup>. Le devoir de respecter l'intérêt de la personne morale apparaît, par analogie avec celui dû à la personne physique, doter l'intérêt social d'une charge morale

---

<sup>840</sup> V. *infra* n° 185 et s.

<sup>841</sup> V. *infra* n° 254 : le standard est une sous-directive dénuée de valeur en soi, plus objective que le principe dans la mesure où il est une technique législative consubstantiellement liée aux faits.

<sup>842</sup> Malgré ce qui a pu être affirmé : MULLER Y., « L'abus réprimé : la correction par le juge - Le délit d'abus de biens sociaux ou la symbolique de l'abus », *Gaz. pal.* 2009, n° 353, p. 30 ; COZIAN M., VANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 27<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, p. 430.

<sup>843</sup> PIROVANO A., « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, p. 189.

COZIAN M., VANDIER A., DEBOISSY F., *op.cit.*, 27<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, p. 430 ; MOULIN J.-M., « Le poids de l'intérêt social, à propos des sûretés pour autrui », *Gaz. pal.* 2015, n° 209, p. 26.

<sup>844</sup> TIREL M., « La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », *D.* 2019, p. 2317 ; DASUYAUX B., « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *LPA* 2005, n° 4, p. 3 ; BAILLY-MASSON C., « L'intérêt social, une notion fondamentale », *LPA* 2000, n° 224, p. 6.

<sup>845</sup> Voir sur ce point : DUPUIS B., *La notion d'intérêt social*, thèse, Paris 13, 2001.



certaine<sup>846</sup>. Le standard, en revanche, est « *concret et pragmatique* »<sup>847</sup>. Il représente, nous le verrons, une règle factuelle, puisque, contrairement à la notion-cadre et au principe, il demeure intrinsèquement lié aux faits<sup>848</sup>. Cette concrétisabilité constitue le second caractère propre au standard dont il nous appartiendra de rendre compte<sup>849</sup>.

177. Enfin, la notion-cadre par opposition au standard n'est pas un *instrument de mesure*. Elle constitue, à l'inverse, une directive déontique (C).

### C. UNE DIRECTIVE DÉONTIQUE

178. **Énoncé déontique et non évaluatif**<sup>850</sup>. La notion-cadre est un énoncé déontique, c'est-à-dire normatif<sup>851</sup>. L'*ordre public*, notamment, implique une permission, une interdiction ou une obligation, mais n'offre pas de degrés ou de nuances. De la même façon, *l'intérêt de l'enfant* ou *l'intérêt social* offrent des illustrations intéressantes de ce caractère déontique. Les règles du droit de la famille et du droit des sociétés reposent, en grande partie, sur ces repères fondamentaux. L'intérêt social et l'intérêt de la famille forment des directives indéterminées qui contraignent le juge quant à l'objectif à atteindre : prendre une décision, ou sanctionner une décision au regard de cet intérêt. Néanmoins, ces notions ne comportent pas de *critère d'évaluation* de sorte que le juge est en mesure de réaliser une interprétation créatrice. À l'instar de l'*ordre public*<sup>852</sup>, les notions d'intérêt de l'enfant ou d'intérêt social ont une signification distendue.

---

<sup>846</sup> V. *infra* n° 317.

<sup>847</sup> NÉRON S., « Le standard juridique, instrument juridique complexe », *JCP G* 2011, n° 38, doct. 1003.

<sup>848</sup> V. *infra* n° 273.

<sup>849</sup> V. *infra* n° 241 et s.

<sup>850</sup> Sur les notions d'énoncé déontique, normatif ou évaluatif v. *infra* n° 229.

<sup>851</sup> OGIEN R., « L'indépendance des normes à l'égard des valeurs », *Colloque international* « Les défis d'Hilary Putnam » 24 mars 2005, p. 6.

<sup>852</sup> GAUTIER Y., « Ordre public », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, Août 2004, n° 1. L'ordre public est très certainement la notion la plus courante, mais la plus controversée, employée par tous les systèmes juridiques. En droit interne, la notion apparaît avant tout comme une notion fonctionnelle emportant à la fois une limitation aux libertés des citoyens ainsi qu'un principe d'action pour l'Administration. En droit international, la notion revêt une autre fonction qui est très certainement une fonction d'exclusion ; V. également : BERNARD P., *La notion d'ordre public en droit administratif français*, LGDJ, 1962.

**Conclusion Section II**

**179. Définition renouvelée de la notion-cadre.** La notion-cadre avait été définie, en premier lieu, comme une simple notion circonscrite et intentionnelle. Cependant, ces caractères, intrinsèquement liés à l'indétermination, n'accordaient pas une singularisation de la notion-cadre suffisamment probante pour la distinguer clairement du standard ou du principe juridique. En revanche, la description de la notion-cadre comme modèle auxiliaire était particulièrement éclairante. La notion-cadre était alors comprise comme un référentiel concret, mais auxiliaire à la solution. Par suite, la mise en perspective de la notion-cadre avec le standard ainsi que l'étude de leurs différences a permis de définir la première comme *une directive référentielle subsidiaire et contingente*. C'était dire notamment que, contrairement au standard, la notion-cadre est une directive abstraite et chargée de valeurs métajuridiques, constitutive d'une notion déontique non évaluative.

**180. Résultat de la réduction notionnelle.** L'identification de la notion-cadre dans le genre des notions indéterminées a conduit, par déduction, à envisager ses divergences avec le standard, lequel représente la notion indéterminée la plus circonscrite. Contrairement à la notion-cadre, le standard est une sous-directive, concrète et évaluative.



## CONCLUSION

### CHAPITRE PREMIER

**181. La distinction nécessaire des notions indéterminées.** Le principe, le standard et la notion-cadre sont des notions indéterminées puisque leur contenu ne peut pas être défini *a priori* de manière définitive. L'évolution et la malléabilité en composent ainsi les points communs. Toutefois, leurs définitions et leurs fonctions sont tout à fait différentes. D'un côté, le principe juridique a pu être défini comme *une directive référentielle primaire*. De l'autre, la notion-cadre peut être décrite comme *une directive référentielle subsidiaire et contingente*. La principale distinction entre le principe et la notion-cadre est que le premier constitue une référence transcendante aboutie et dominant un corpus de règles. C'est le cas, notamment, de la *liberté contractuelle* ou de *l'équilibre contractuel*. En revanche, la notion-cadre, telle que *l'intérêt de l'enfant*, constitue un référentiel plus contingent, qui ne se situe pas forcément à l'origine des règles, mais qui est, en tous cas, destiné à les orienter.

**182. Différence fondamentale : directives et sous-directives.** La démarche réductionniste, par l'identification de notions connues, a permis d'envisager les dissemblances fondamentales conduisant à distinguer les *espèces* dans le *genre* des notions indéterminées : tandis que le principe et la notion-cadre représentent des directives, le standard est, lui une sous-directive destinée à les appliquer et à les concrétiser, voire, parfois, à les concilier<sup>853</sup>. *In fine*, cette présentation nous permet d'affirmer l'existence de trois notions indéterminées distinctes ayant, chacune, un rôle différent dans la fonction de juger. Effectivement, cette différence de nature révèle un rapport hiérarchique d'application (**Chapitre II**).

---

<sup>853</sup> Ces fonctions seront approfondies dans des développements futurs, v. *infra* n° 243 et s.



## CHAPITRE SECOND

### UNE SOUS-DIRECTIVE INSCRITE DANS UN RAPPORT D'APPLICATION

---

183. **Éléments d'une structure hiérarchique et d'interprétation entre les notions indéterminées.** Depuis Kelsen et la *Théorie pure du droit*<sup>854</sup>, l'on part du principe qu'un ordonnancement juridique doit impérativement se fonder sur une structure hiérarchisée déterminée. Néanmoins, comme le relevait Monsieur Guastini, ces hiérarchies structurelles ne visent qu'à établir « *la relation entre les normes sur la création du droit et le droit créé conformément à ces normes* »<sup>855</sup> ou bien « *la relation qui subsiste entre deux normes lorsque l'une ne peut faire l'objet de dérogation, ni abrogation, ni contradiction de la part de l'autre* »<sup>856</sup>. La problématique fondamentale de cette présentation réside dans le fait que celle-ci ne révèle pas l'existence d'un autre type de relation : celle d'une norme portant sur une autre norme. C'est dire que ces hiérarchies structurelles omettent la question de l'interprétation ou bien se fondent sur le postulat selon lequel la hiérarchie précède forcément l'interprétation<sup>857</sup>. Pourtant, certaines relations hiérarchiques procèdent forcément d'une interprétation. L'auteur donnait ainsi pour exemple la relation axiologique existant entre les principes et les règles particulières d'une matière donnée.

C'est pourquoi, la structure qui sera proposée ici combinera plusieurs types de relations hiérarchiques<sup>858</sup> et d'interprétation : une **relation matérielle ou substantielle**, aussi appelée pyramide statique – *qui vise à établir la validité des normes sur le fondement de leur contenu, et non de leur régularité formelle* – une **relation logique ou linguistique** – *qui vise à*

---

<sup>854</sup> KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962, p. 24.

<sup>855</sup> GUASTINI R., « Lex superior, Pour une théorie des hiérarchies normatives », *Revus* 2013/21, pp. 47-55, spéc. p. 47, citation originale : « *quella che intercorre tra le norme sulla produzione giuridica e le norme prodotte in accordo con esse. In questo senso, ad esempio, le norme costituzionali sulla legislazione sono sovraordinate alla legislazione stessa: anche se la costituzione è flessibile, si noti bene* » ; v. également LA TORRE M., « Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart », *Revus* 2013/21, pp. 117-139.

<sup>856</sup> GUASTINI R., *art. cit.*, spéc. p. 47, citation originale : « *la relazione che intercorre tra due norme allorché una di esse non può validamente essere contraddetta, derogata, o abrogata dall'altra* ».

<sup>857</sup> Au contraire, pour Troper notamment, toute hiérarchie est le fruit ou le produit d'une interprétation, v. notamment TROPER M., « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas, 1975, p. 133 et s.

<sup>858</sup> Sur ce point v. notamment GUASTINI R., « Gerarchie normative », *Revus* 2013/21, pp. 57-70, spéc. p. 58 : « *È pacifico che ogni ordinamento giuridico (moderno) abbia una struttura gerarchica: che, cioè, le norme che lo compongono non stiano tutte sullo stesso piano, che siano gerarchicamente ordinate. Ma in che senso esattamente ? (...) In tutti gli ordinamenti giuridici evoluti le norme sono legate tra di loro da molteplici vincoli di gerarchia. Se ne possono distinguere non meno di quattro tipi* ».

*établir une hiérarchie dans la structure du langage des sources du droit, au travers de normes et de métanormes*<sup>859</sup> – et une **relation axiologique** – laquelle établit la supériorité hiérarchique d'une norme non pas selon un degré d'importance fixé au terme d'un jugement de valeur, mais selon le degré de puissance de la charge axiologique que la norme véhicule –.

Ces trois types de relations hiérarchiques se traduisent, dans notre démonstration, par les deux critères fondamentaux de la sous-directive : la **dépendance** et la **référence**. Le standard se conçoit, dans cette perspective, comme une sous-directive dépendante et référée aux directives référentielles qu'il applique.

**184. De la référence aux dépendances : une sous-directive dépendante et référée.** La relation entre les notions de standard, de notion-cadre et de principe, se matérialise en premier lieu par le biais d'une pyramide statique de référence. La directive que constitue le principe se situe au sommet, puis vient la notion-cadre. La relation hiérarchique envisagée ici est **matérielle ou substantielle** : elle vise à établir la validité d'une norme secondaire sur le fondement du contenu de la norme première<sup>860</sup>. Ainsi, les deux directives référentielles font office de référentiels extérieurs pour la sous-directive **référée**, c'est-à-dire le standard.

Toutefois, appréhender la directive à laquelle le standard se réfère n'épuise pas la spécificité de sa technique. Un objet ne peut être valablement défini par ce à quoi il se réfère : le standard ne *devient* pas la directive en s'y *référant*. Cette dernière ne représente donc que l'*objet* à l'origine de son fonctionnement.

Cette relation de référence s'épanouit alors véritablement dans un schéma de **dépendances** qui s'appuie à la fois sur une *relation à vocation interprétative linguistique ou logique* – norme et métanorme – et une **relation axiologique**. Le standard juridique constitue une sous-directive **dépendante**, laquelle puise sa matérialité, son contenu, dans la directive qu'elle *applique*.

**185. Plan.** En somme, la relation entre les trois notions indéterminées s'explique à la fois par une **hiérarchie substantielle et axiologique** – le standard est une sous-directive référée

---

<sup>859</sup> GUASTINI R., « Lex superior, Pour une théorie des hiérarchies normatives », *Revus* 2013/21, pp. 47-55, spéc. p. 47 : « une métanorme est une norme qui porte, au niveau de méta-langage, sur une autre norme ».

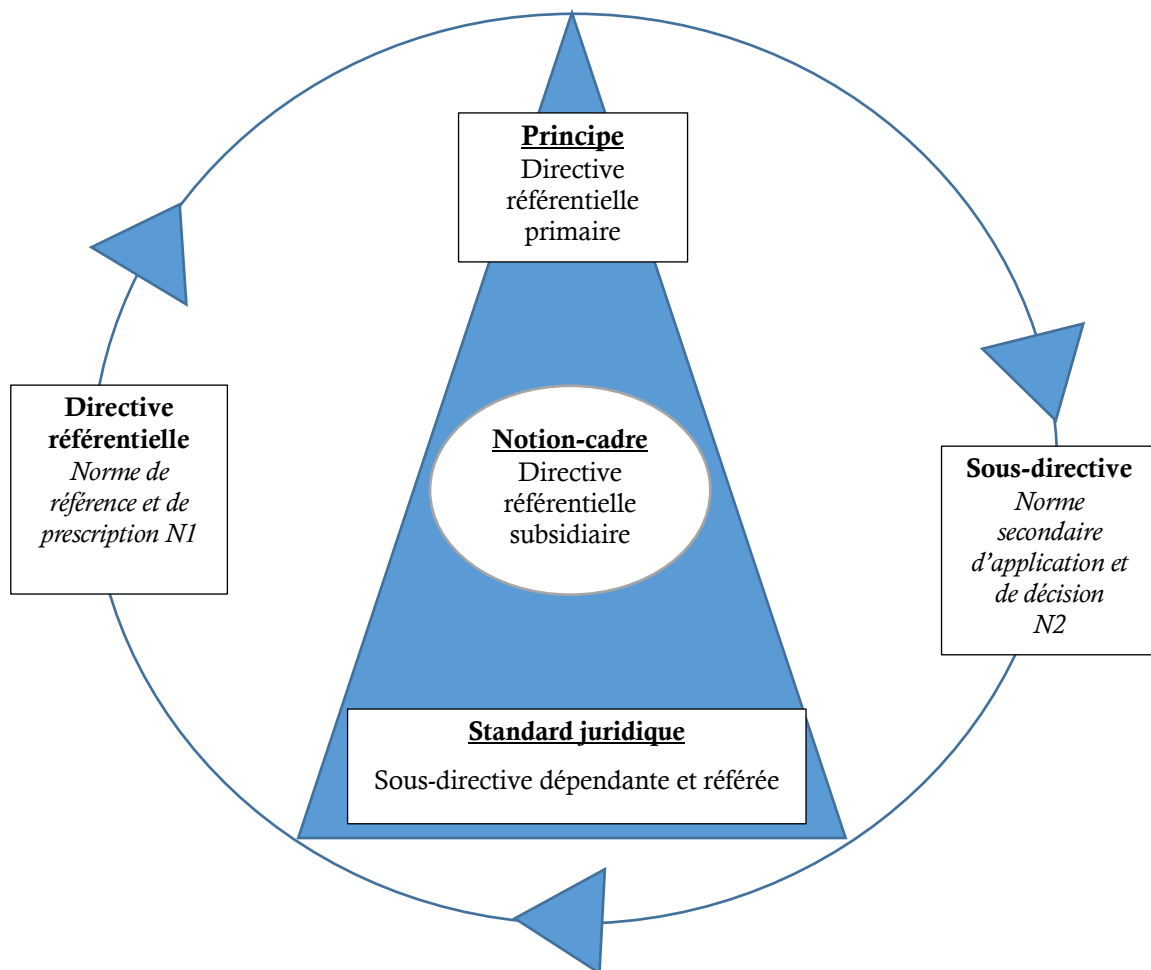
<sup>860</sup> V. sur les normes primaires et secondaires : HART H.-L.-A., *The concept of law* (1961), Broché, 1997, p. 81 et s ; GAVAZZI G., *Norme primaire et norme secondaire*, G. Giappichelli, 1967, Chapitre 2.

(Section I) ; et une *approche interprétative linguistique et logique* – au travers d'un mouvement circulaire, la norme secondaire ou métanorme, dénuée de contenu propre, applique et circonscrit le domaine d'interprétation de la norme primaire à laquelle elle se réfère –. Le standard constitue une sous-directive dépendante (Section II). La directive référentielle joue, en définitive, le rôle de norme primaire de prescription et la sous-directive de norme secondaire de mise en œuvre ou d'application<sup>861</sup> en ce qu'elle lui est « *accessoire* »<sup>862</sup>.

Le présent schéma offre une illustration du mécanisme de référence statique et du processus dynamique de dépendance.

**SECTION I** – Une sous-directive référée.

**SECTION II** – Une sous-directive dépendante.



<sup>861</sup> La norme de mise en œuvre est aussi appelée, en théorie du droit, « *norme de décision* » : MILLARDE E., « La hiérarchie des normes », *Revus* 2013/21, pp. 163-199 : « *Hart distingue les normes relatives aux modèles de comportement des normes relatives à la production des normes. Les premières de ces normes (normes primaires dans le vocabulaire de Hart) sont l'objet de normes secondaires qui en règlent l'identification (règles de reconnaissance), la modification (règles de changement) et la mise en œuvre (règles de décision)* »

<sup>862</sup> V. sur les normes primaires et secondaires : HART H.-L.-A., *The concept of law* (1961), Broché, 1997, p. 81 et s ; GAVAZZI G., *Norme primaire et norme secondaire*, G. Giappichelli, 1967, Chapitre 2.



## SECTION I

### UNE SOUS-DIRECTIVE RÉFÉRÉE

**186. Une pyramide de référence.** La pyramide de référence se déploie et s'exprime selon un mouvement descendant, du principe au standard, du référentiel à la sous-directive d'application.

**187. Une pyramide statique.** Une norme « *est toujours le produit d'une représentation particulière du système normatif qui lui assigne un critère de validité spécifique qu'il s'agit de mettre en évidence* »<sup>863</sup>. C'est dire qu'en fonction du principe d'unité choisi pour commander un système normatif, le critère de validité d'une norme sera différent. Selon le système dynamique – dont la pyramide de Kelsen est la plus fidèle représentation – le critère de validité d'une norme tient à sa *régularité formelle*. Selon le système statique, en revanche, la validité d'une norme est subordonnée à la *validité de son contenu* eu égard à celui véhiculé par une norme supérieure. Finalement, une norme inférieure sera valable si elle porte en elle la capacité de *concrétiser* le contenu de la norme supérieure. Le système de référence dont il est ici question est conditionné par cette logique statique : le standard juridique sera valable dans la mesure où il permet de *concrétiser* le principe supérieur en termes de *devoir-être*. Nous le verrons, l'une des caractéristiques essentielles du standard, issue de la relation de dépendance et de référence qu'il entretient avec le principe, correspond à sa capacité de concrétisation de la norme référentielle<sup>864</sup>.

La présente étude a notamment pour objectif de présenter une grille d'interprétation des notions indéterminées par le biais d'une pyramide de référence. Les directives référentielles sont des normes primaires en ce qu'elles font office de modèles, de règles de référence : c'est le cas, par exemple, de *l'équilibre*, *l'intérêt de l'enfant*, de *l'ordre public* ou encore des *bonnes mœurs*.

**188. Le principe et la notion-cadre : directives référentielles indéterminées.** Les définitions contemporaines de la notion-cadre et du principe nous ont permis de révéler

---

<sup>863</sup> JACOB J.-B., « De la normativité de la valeur en droit », *Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les valeurs du magistrat*, pp. 45-63, spéc. p. 55.

<sup>864</sup> V. *infra* n° 241 et s.

leur nature, celle de directive. Le principe est bien une directive, car il engendre et domine un ensemble de règles dans une ou plusieurs matières données. Il constitue une règle de droit qui procède d'une abstraction importante puisqu'il véhicule une idée, une valeur métajuridique<sup>865</sup>. Le principe de *proportionnalité*<sup>866</sup> ou de *modération*<sup>867</sup> représentent des exemples topiques de la consubstantialité du droit, de la morale et de la philosophie<sup>868</sup>. La *modération*, la *tempérance*, la *proportionnalité* sont, en effet, les maîtres mots de la philosophie des lumières<sup>869</sup> qui ont guidé les législateurs successifs dans l'édiction des Codes<sup>870</sup>. Les notions-cadre livrent également des directives abstraites données au juge par le législateur. Néanmoins, il s'agit de directives plus floues et plus discutées que les principes et qui peuvent découler de ceux-ci. Les notions d'intérêts de l'enfant<sup>871</sup>, de la famille<sup>872</sup>, du contractant<sup>873</sup>, d'intérêt social<sup>874</sup> ou encore d'ordre public<sup>875</sup> font partie des directives indéterminées auxiliaires qui guident le juge dans la prise de décision.

**189. Plan.** Dans ce rapport d'application, le principe juridique constitue la directive référentielle primaire (§1 – **La directive référentielle primaire : le principe juridique**), tandis que la notion-cadre n'est qu'une directive contingente (§2 – **La directive référentielle subsidiaire : la notion-cadre**) qui ne servira que de référence *subsidiaire* pour le standard juridique.

---

<sup>865</sup> DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, p. 131.

<sup>866</sup> Sur le principe de proportionnalité, v. notamment : GUIBAL M., « De la proportionnalité », *AJDA* 1978, p. 477 ; COSTA J.- P., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 1988, p. 434 ; XYNOPOULOS G., « Proportionnalité », in ALLAND D., RIALS S., (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1251.

<sup>867</sup> FISCHER J., *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, thèse, Toulouse I, 2003 ; MUSSON V., *th. cit.*

<sup>868</sup> « Toute science repose sur des présupposés qu'on ne peut jamais fonder par les sciences, mais qu'on peut en revanche fort bien déceler philosophiquement. Toutes les sciences ont leur fondement dans la philosophie, mais non pas inversement » : HEIDEGGER M., *Qu'appelle-t-on penser ?*, trad. franç., 2<sup>e</sup> éd., PUF, Quadrige, 1999, p. 143.

<sup>869</sup> V. notamment : DERATHE R., « La Philosophie des lumières en France, Raison et modération selon Montesquieu », *Revue internationale de philosophie*, vol. 6, n° 21, 1952, p. 275 et s.

<sup>870</sup> Sur la modération, v. MUSSON V., *th. cit.*

<sup>871</sup> V. notamment : C. civ. art. 337, 371-4 et 375-1; CPC. art. 338-9, 338-12 et 1210-1; CASF. art. L112-4 et L221-2-1 ; CPP. art. D15-6-1.

<sup>872</sup> V. not : C. civ. art. 217, 220-1 et 2240.

<sup>873</sup> V. not : C. com. art. L622-12.

<sup>874</sup> C. civ. art. 1833.

<sup>875</sup> V. not : C. civ. art 6.

## §1. LA DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE PRIMAIRE : LE PRINCIPE JURIDIQUE

**190. Le principe, sommet de la pyramide.** Le principe juridique, abstrait et transcendant<sup>876</sup>, se trouve au sommet de la pyramide de référence. Il domine le standard juridique et il en est également à l'origine. Autrement dit, le principe juridique fait office de référentiel extérieur à la sous-directive *référée*. Il conditionne ainsi l'existence et le sens même du standard juridique. Si le principe est aussi à l'origine des règles classiques du droit, le standard *référé*, étant donné sa malléabilité et son indétermination, est davantage susceptible d'être influencé par le principe supérieur que les règles rigides.

**191. Une notion dominant un corpus de règles par le biais d'une abstraction et d'une transcendance accrue.** Le principe peut être matérialisé par le sommet d'une pyramide de référence, véhiculant une idée abstraite qui domine un corpus de règles situées au-dessous de lui. C'est une notion juridique néanmoins difficilement perceptible puisque le principe est souvent découvert par la jurisprudence avant d'être, dans certains cas, codifié par le législateur<sup>877</sup>. Il permet cependant une compréhension plus nette d'une matière donnée dans la mesure où il fait office de paradigme explicatif de l'idée maîtresse qui irrigue et inspire un certain nombre de règles. Le principe de *proportionnalité*<sup>878</sup> en matière de police administrative, découvert par le juge administratif notamment au travers

---

<sup>876</sup> DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Paris, Le seuil, 2016, p. 131 et s. ; BOULANGER J., *art. cit.*, in *Études Ripert : le droit privé français au milieu du XXème siècle*, t. I, 1950, p. 51 et s. ; DE BÉCHILLON M., *th. cit.*, p. 233 et s. ; GENICON T., « *Contrat et protection de la confiance* », in *Actes du colloque de la journée franco/italienne organisé à Bologne les 19 et 20 oct. 2012*, RDC 2013, n° 1, p. 336 ; MUSSON V., *La modération en droit privé des contrats*, thèse, Nice, 2006, n° 448 et s.

<sup>877</sup> Par exemple la liberté contractuelle consacrée par la réforme à l'article 1102 du Code civil qui dispose que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.* ». V. par exemple : PIGNARRE L.-F., « La codification des principes constitutionnels dans le Code civil », RDC 2018, n° 4, p. 648 ; BLANC N., « Dispositions préliminaires. Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. pal.* 29 avr. 2015, n° 223d6, p. 3 ; PÉRÈS C., « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », RDC 2015, n° 111z5, p. 647 ; CHANTEPIE G., « La liberté contractuelle : back to basics », *blog Réforme du droit des obligations*, D. 16 févr. 2016 ; MEKKI M., « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », RDC 2015, n° 112j7, p. 651.

<sup>878</sup> V. également sur le principe de proportionnalité en droit européen, notamment, aux termes de la définition la plus récente, le principe de proportionnalité : « *exige que les moyens mis en œuvre par une disposition du droit communautaire soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation concernée et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre* » (CJUE, 8 juin 2010, aff. C-58/08, *VODAFONE LTD e.a.*).

de l'arrêt Benjamin en 1933<sup>879</sup>, en est une illustration. En l'espèce, le Conseil d'État avait annulé une mesure d'interdiction de conférences puisqu'« il résultait de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant des mesures de police qu'il lui appartenait de prendre »<sup>880</sup>. Dans cet arrêt, le Conseil d'État indiquait donc que la décision administrative n'est légale que si elle est nécessaire et strictement proportionnée au but poursuivi. Dans le cas contraire, la décision sera annulée<sup>881</sup>. Comme le déclarait le juriste allemand Fleiner en 1912, « la police ne doit pas tirer sur les moineaux à coups de canon »<sup>882</sup>. La proportionnalité est un « mécanisme de pondération entre des principes juridiques de rang équivalent, simultanément applicables, mais antinomiques »<sup>883</sup>. Ce principe est devenu, notamment en droit administratif, un mécanisme de structuration des garanties des libertés. Il est au cœur de la démarche du juge de l'excès de pouvoir<sup>884</sup>. Il a pour finalité de rechercher un certain équilibre entre les intérêts privés et publics. L'exercice des droits, ainsi que l'application de certaines règles, doivent donc se faire dans le strict respect de la proportionnalité.

**192. Plan.** Le principe juridique est un référentiel qui se trouve au sommet de la pyramide de référence. Parce qu'il prime les règles, il constitue un référent supérieur (**A – La primauté du principe sur les règles : un référent supérieur**). Parce qu'il prime, en quelque sorte, le droit lui-même, il représente un référent transcendant (**B – La primauté du principe sur le droit : un référent transcendant**).

---

<sup>879</sup> CE, 19 mai 1933, Benjamin, *Lebon*, p. 541 ; *GAJA*, 16<sup>e</sup> éd., n° 47, p. 295 ; *Sirey* 1934. 3. 1, concl. MICHEL C., note MESTRE J. ; *D.* 1933. 3. 334, concl. MICHEL C. ; GUIBAL M., *art. cit.*, *AJDA* 1978, p. 477 ; COSTA J.-P., *art. cit.*, *AJDA* 1988, p. 434.

<sup>880</sup> CE 19 mai 1933, Rec. CE, p. 541, *GAJA*, n° 47, *Grandes décisions*, p. 324.

<sup>881</sup> MELLERAY F., « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Rep.cont.adm.* 2007, n° 54.

<sup>882</sup> Commentaire de la décision KREUZBERGDU 14 juin 1882 par le juriste allemand Fleiner en 1912, cité par STIRN B., *Vers un droit public européen*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2015, p. 93.

<sup>883</sup> XYNOPOULOS G., « Proportionnalité », in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1251.

<sup>884</sup> COSTA J.-P., *art. cit.*, *AJDA* 1988, p. 434.

## A. LA PRIMAUTÉ DU PRINCIPE SUR LES RÈGLES : UN RÉFÉRENT SUPÉRIEUR

**193. Le principe précède les règles et les fonde.** Réduire le principe au seul angle didactique et pédagogique<sup>885</sup> d'explication d'un système est inopportun. Cela reviendrait, en effet, à nier la primauté de ce dernier. Le principe précède les règles qui ne sont que l'expression et l'application d'un principe préexistant : elles ne peuvent être comprises que par *référence* au principe premier<sup>886</sup>. Ce dernier possède un caractère idéal et absolu et dépasse « *virtuellement le système déterminé auquel il s'applique* »<sup>887</sup>. Il représente « *la plus haute raison et l'esprit animateur* »<sup>888</sup> des règles. Même lorsque le principe s'est transposé (ou a été transposé volontairement) dans la règle en vigueur et que son recours « *peut sembler presque superflu* »<sup>889</sup>, la hiérarchie entre ce dernier et la règle doit être conservée puisque les règles n'en sont que les fruits. Celles-ci deviennent, finalement, « *pleinement intelligibles grâce aux principes* »<sup>890</sup>. Il demeure que lorsque les règles qui permettraient de résoudre un cas n'existent pas ou alors que le législateur s'est abstenu de les édicter de façon précise, il est opportun de recourir aux principes juridiques qui représentent « *les directives nécessaires dans la définition de tout rapport humain et social* »<sup>891</sup>. Ainsi, en 1988, le Vice-Président Marceau Long déclarait que « *respecter le droit, ce n'est pas seulement tirer les conséquences logiques de règles claires et stables ; c'est aussi, sans jamais perdre de vue les valeurs fondamentales, inventer et construire* »<sup>892</sup>.

**194.** Le principe juridique se trouve également compris dans un cercle plus large, qui correspondrait au droit lui-même et permettrait donc une certaine catégorisation des règles au sein de celui-ci (**B**).

---

<sup>885</sup> DEL VECCHIO G., *Les principes généraux du droit*, Paris, 1925, p. 65.

<sup>886</sup> *Ibid.*

<sup>887</sup> *Ibid.*

<sup>888</sup> *Ibid.*

<sup>889</sup> *Ibid.*

<sup>890</sup> *Ibid.*

<sup>891</sup> *Ibid.*

<sup>892</sup> LONG M., *Avant-propos*, EDCE 1988, n° 39, p. 7 et s.

## B. LA PRIMAUTÉ DU PRINCIPE SUR LE DROIT : UN RÉFÉRENT TRANSCENDANT

195. **La traduction de notions extrajuridiques au sein du droit.** Le principe juridique constitue un *référentiel-valeur*. Il procure au droit une assise dans la vie sociale et dans la morale qui lui sont contingentes et dont il ne peut se départir. Le principe se caractérise alors par une fonction symbolique, qui rend intelligible un « *tout* » et permet « *d'incarner dans le quotidien des occurrences particulières, l'expérience irréalisable de l'universel* »<sup>893</sup>. Il convient alors de ne pas passer sous silence « *la charge métaphysique dont il est investi* »<sup>894</sup>. Le Doyen Cornu, dans son *Vocabulaire juridique*, donnait d'ailleurs les définitions suivantes du principe : la « *règle juridique (...) s'imposant avec une autorité supérieure* », « *les règles les plus importantes de certaines matières* », la « *maxime générale juridiquement obligatoire* », la « *maxime intransgressible* », la « *règle tenue pour absolue* »<sup>895</sup>. Le principe juridique, lié à d'autres systèmes extrajuridiques, notamment à la morale, aux valeurs, porte, en somme, une charge transcendante qu'il infuse dans le droit. Il représente donc bien, dans notre schéma, le sommet de la pyramide, le *référentiel* le plus important en termes d'abstraction et de portée extrajuridique. C'est le cas notamment du principe du *raisonnable*<sup>896</sup>, ou de *raisonnabilité*<sup>897</sup>, qui contient dans ses termes même la valeur raison. Par ailleurs, si le principe transcende le droit, c'est aussi parce qu'il est une notion « *ante-positive* »<sup>898</sup>.

---

<sup>893</sup> BONNEL G., *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, thèse, Limoges, 2005, p. 47.

<sup>894</sup> *Ibid.*

<sup>895</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 2016, p. 806, v. « Principe ».

<sup>896</sup> MONETTE P.Y., « Le principe du raisonnable dans l'action administrative », in *Chron. droit public*, n° 3, éd. Mys & Breesch, Gand, 2001.

<sup>897</sup> BELORGEY J.-M., « De la mesure dans l'action publique : vertus, limites et paradoxes d'un principe juridique », *Revue administrative*, p. 122 et s.

<sup>898</sup> CHEVALLIER F., *Les principes généraux du droit des contrats*, Mémoire (Dir.) N. MOLFESSIS, Université Panthéon Assas, 2015, p. 9.

**196. Le principe, une notion ante-positive<sup>899</sup>.** Le principe juridique serait immanent au droit positif<sup>900</sup>, c'est-à-dire qu'il ne saurait en aucun cas lui être « extérieur »<sup>901</sup>. Nous considérons, à l'inverse, que les principes préexistent au droit. S'ils lui sont consubstantiels, ce n'est qu'une fois qu'ils ont été intégrés dans la loi, prenant alors notamment la forme de technique législative. D'ailleurs, Bruno Oppetit déclarait que « *les principes généraux (...) ne peuvent pas être formulés dans un texte écrit sous peine de perdre leur identité* »<sup>902</sup>. Certes, il ne signifiait pas ici que les principes existent *hors* du droit, mais plutôt qu'ils doivent demeurer à côté du droit écrit. Nous prônons une thèse plus stricte en ce sens que le contenu du principe nous semble résider *en dehors* du droit puisqu'il est, avant tout, constitué de valeurs métajuridiques<sup>903</sup>. Les principes juridiques ne sont-ils d'ailleurs pas découverts par le juge ou le législateur et non pas créés de toutes pièces ?<sup>904</sup> Les auteurs du droit puisent leur inspiration dans la société dans laquelle ils œuvrent. Alors, dans cette hypothèse, si le principe peut s'apparenter à une source formelle du droit lorsqu'il est introduit dans une norme – comme la loi – il doit être surtout entendu et compris comme une source matérielle<sup>905</sup>.

**197. Le principe juridique source matérielle de contenu du droit.** En effet, la question de l'origine des règles juridiques équivaut à celle de leurs sources<sup>906</sup>. La source

---

<sup>899</sup> CHEVALLIER F., *Les principes généraux du droit des contrats*, Mémoire, MOLFESSIS N. (Dir.), Université Panthéon Assas, 2015, p. 9.

<sup>900</sup> DE BÉCHILLON M., *th. cit.*, p. 37 ; BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 4<sup>e</sup> éd., 2003, p. 93 ; OPPETIT B., « Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 5, 1989, p. 14 ; JESTAZ P., « Les principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Autour du droit civil*, Dalloz, 2005, p. 222. BOULANGER J., *th. cit.*, p. 53. V. également CHEVALLIER F., *th. cit.*, p. 9.

<sup>901</sup> BOULANGER J., *th. cit.*, n° 9, p. 53 : « *Les principes dont nous essayons de fixer les contours ne sont pas extérieurs à l'ordre juridique positif. Il n'y a pas lieu d'envisager ici le redoutable problème du fondement du droit* ».

<sup>902</sup> OPPETIT B., *art. cit.*, APD 1987, p. 179.

<sup>903</sup> DELMAS-MARTY M., *th. cit.*, p. 131 et s.

<sup>904</sup> D'ailleurs, l'article 5 du Code civil interdit au juge de créer des normes : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

<sup>905</sup> Sur les sources du droit voir : JESTAZ PH., « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996, p. 299 ; DEUMIER P., REVET TH., « Sources du droit (problématique générale) », in ALLAND D., RIALS S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1433 ; JESTAZ PH., *Les sources du droit*, Dalloz, 2005, p. 4 ; AMSELEK A., « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *APD* 1982, p. 251 ; LEHOT M., « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ* 2003, p. 2354 ; LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2283 ; VULLIERME J.-L., « Les anastomoses du droit (spéculations sur les sources du droit) », *APD* 1982, p. 6.

<sup>906</sup> BARRAUD B., « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », *RRJ. Droit prospectif*, 2016- 4, n° 164.

matérielle du droit n'est autre que la source du contenu du droit<sup>907</sup> alors que la source formelle est « *la source d'autorité du droit* »<sup>908</sup>. Autrement dit, selon le Doyen Gény, les sources formelles sont « *les injonctions d'autorités, extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions, complètement formées, ont pour objet propre et immédiat la révélation d'une règle, qui sert à la direction de la vie juridique* »<sup>909</sup>. Les sources formelles, telles que la coutume, la loi écrite ou dans une moindre mesure, la jurisprudence et la doctrine<sup>910</sup>, sont donc des sources directes de création du droit en ce qu'elles « *correspondent à la partie visible de la matière juridique* ». Les sources matérielles, en revanche, correspondraient à des sources indirectes dans la mesure où elles « *se rapportent (...) à la face cachée de l'univers juridique (...), au domaine de l'informel* »<sup>911</sup>. Ainsi, parmi ces sources, les principes religieux, moraux, philosophiques ou encore politiques et sociaux constituent les axiomes du processus d'élaboration du droit<sup>912</sup>. Dès lors, les sources matérielles représentent les « *causes* » et les « *motivations* » du droit, tandis que les sources formelles sont les « *moyens* » ou les « *manifestations* » du droit positif<sup>913</sup>. Les principes juridiques formeraient, dans cette perspective, des sources matérielles – ou réelles<sup>914</sup> – puisqu'ils n'expriment guère autre chose que des « *préceptes moraux, universels* »<sup>915</sup> : la bonne foi, la proportionnalité, l'égalité. En définitive, « *le terme principe désigne avant tout une source réelle, qui, consacrée en droit positif, en devient source formelle* »<sup>916</sup>. Le contenu du principe juridique est donc bien extérieur au droit.

Toujours est-il que son extériorité au droit n'implique pas que son processus de formation soit forcément nébuleux<sup>917</sup>. Le principe juridique provient de l'Homme et de l'idée que se fait ce dernier de ce qui est bon, bien, juste, normal ou acceptable dans une

---

<sup>907</sup> DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, p. 131 et s.

<sup>908</sup> *Ibid.*

<sup>909</sup> GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (1899), Paris, LGDJ, 1995, t. I, p. 237.

<sup>910</sup> La jurisprudence et la doctrine ne représenteraient que des sources formelles dépendantes des premières, V. GOLTZBERG S., *Les sources du droit*, PUF, « Que sais-je ? », 2018, pp. 15- 36.

<sup>911</sup> BARRAUD B., *art. cit.*, *RRJ. Droit prospectif*, 2016-4, n° 164.

<sup>912</sup> À ce titre, la normalité « *constitue une source matérielle du droit* » qui, « *pour intégrer la norme juridique* », « *doit trouver la reconnaissance d'une source formelle* », CHASSAGNARD S., *La notion de normalité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2000, t. 1, p. 45, n° 94.

<sup>913</sup> BARRAUD B., *art. cit.*, *RRJ. Droit prospectif*, 2016-4, n° 164.

<sup>914</sup> MOLFESSIS N., « *La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation* », *RTD civ.* 2001, p. 699 et s.

<sup>915</sup> *Ibid.*

<sup>916</sup> MOLFESSIS N., *art. cit.*, *RTD civ.* 2001, p. 699 et s.

<sup>917</sup> V. notamment : MAULINE E., « *L'invention des principes* », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Études juridiques, Economica, 2008, p. 25 et s.



société donnée<sup>918</sup>. Certains principes traversent les millénaires et d'autres, en revanche, sont découverts dans des sociétés plus contemporaines. Il existe ainsi de grands principes tels que la Raison<sup>919</sup> qui répondent au besoin d'intelligibilité et d'universalité de l'Homme en tant que représentant d'un socle social commun de paix et de communicabilité. La lecture de la communication de Favard au Tribunal du 13 pluviôse an VII est particulièrement parlante : « *la nécessité de bonnes lois se fait plus vivement sentir à mesure que les ressorts politiques d'un État se perfectionnent : c'est alors que ce qui auparavant n'était que des principes doit devenir des lois positives* »<sup>920</sup>. Les principes juridiques ne puisent donc pas leur source dans le droit positif, mais, inversement, ce dernier est guidé par eux. Ils détiennent une fonction axiologique importante : orienter et diriger le droit. Le principe est à l'image d'un pont jeté entre l'histoire, la philosophie, la sociologie... et le droit positif.

**198.** La présentation de la directive qui constitue le sommet de la pyramide de référence nous conduit, ensuite, à présenter la notion-cadre, référent contingent subsidiaire (§2).

## **§2. LA DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE SUBSIDIAIRE : LA NOTION-CADRE**

**199. Plan.** La notion-cadre constitue une directive référentielle subsidiaire (**A – La détermination d'une directive référentielle subsidiaire**), dont l'emploi est, en pratique, souvent précédé d'un standard qui fait figure de norme secondaire d'application (**B – L'emploi législatif de la directive référentielle subsidiaire**).

### **A. LA DÉTERMINATION D'UNE DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE SUBSIDIAIRE**

**200. La notion-cadre, référentiel contingent et subsidiaire.** La notion-cadre est utile à notre raisonnement parce qu'il n'est pas concevable de faire l'impasse sur cette

---

<sup>918</sup> CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 42, n° 87 : « *La nature des choses désigne les principes juridiques devant être consacrés. L'Homme, s'il construit l'ordre juridique, se doit de découvrir les lois inscrites dans la nature* ».

<sup>919</sup> LACROIX A., *La raison, Platon, Aristote, Kant, Heidegger*, Armand Colin, 2005.

<sup>920</sup> FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, 1836, p. 312.

notion. Cependant, son caractère contingent<sup>921</sup> en fait un référentiel auxiliaire et subsidiaire du standard juridique. Par exemple, la notion *d'intérêt social*, mise en exergue par la loi Pacte du 22 mai 2019, s'apparente, nous le verrons<sup>922</sup>, davantage à une notion-cadre qu'à un standard. *L'intérêt social*, parce qu'il représente notamment des intérêts supérieurs aux actionnaires de la société, tels que ceux des parties prenantes, des tiers intéressés ou encore de l'environnement, peut davantage être considéré comme un énoncé déontique, normatif, c'est-à-dire une référence ou un modèle. L'intérêt social n'est pas un instrument de mesure, il est la référence sur laquelle le juge pourra ou devra s'appuyer pour juger le cas. En cela, il n'est pas un standard. En revanche, le standard du *coût raisonnable* par exemple, dans l'article 1221 du Code civil relatif à l'exécution forcée peut s'analyser en un énoncé - évaluatif, c'est-à-dire la mesure quantitative d'un fait. En effet, parce qu'il est un critère de mesure, le standard est au service du juge en tant qu'instrument de comparaison entre deux faits. Le standard évalue le fait selon une directive référentielle abstraite : la notion-cadre ou le principe.

**201. Une abstraction et une portée métajuridique moindres.** L'abstraction de la notion-cadre est relative puisqu'elle ne traduit pas, en droit, un idéal absolu. Elle est un simple référentiel, inférieur au principe (non au sens d'obligatorité, mais au sens de primauté) qui lie le juge dans sa décision et l'encadre. Toutefois, à l'image du principe, la notion-cadre ne décrit pas parfaitement la solution applicable au cas d'espèce qu'il appartient au juge de traiter.

**202. La notion-cadre, renfort du principe comme référentiel dans la fonction de juger.** La notion-cadre viendrait, en renfort du principe, décrire au juge le contexte sociolégal à l'intérieur duquel il doit se placer pour juger tel ou tel litige. Si le principe renvoie quasiment exclusivement à des valeurs ou des concepts qui transcendent le droit, la notion-cadre fait avant tout appel à la notion juridique considérée comme primordiale pour résoudre un cas dans une société donnée. C'est cette notion qui formera l'ossature sur laquelle le droit, protégé par le juge, prendra corps. La notion-cadre, se situe, à ce titre, à

---

<sup>921</sup> Le caractère contingent de la notion-cadre est compris ici à la fois dans le sens où la notion-cadre peut exister ou non dans une matière, contrairement aux principes qui surplombent toutes les règles et dans le sens où la notion-cadre est d'importance secondaire, subsidiaire : CNRTL, v. « Contingent ».

<sup>922</sup> V. *infra* n° 318.

mi-chemin entre le standard et le principe juridique : elle est une notion malléable, moins technique que le standard, mais dotée d'une *idéalité* moins essentielle que le principe juridique. Elle fonde, somme toute, un principe *en devenir*. La notion d'*intérêt de la famille* en constitue l'exemple le plus congruent<sup>923</sup>. Il s'agit d'une notion extrêmement mouvante, modulée au gré des évolutions sociales, particulièrement importantes en la matière. *L'intérêt de la famille* fait office de directive<sup>924</sup> qui conduit le juge vers sa décision, notamment dans l'hypothèse d'un changement de régime matrimonial. L'article 1397 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil prescrit, ainsi, que le changement doit être convenu par les époux « *dans l'intérêt de la famille* ». Or, cette notion ne délivre pas directement au juge la solution applicable. En tant que notion-cadre, l'intérêt de la famille est bien l'auxiliaire de la solution en ce sens qu'elle « *aide par son concours* »<sup>925</sup>. Elle participe de la solution, mais demeure dans le cercle abstrait des *notions-idées*. Elle constitue néanmoins une notion plus concrète que le principe de liberté matrimoniale, d'égalité ou encore d'indépendance entre les époux. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu qu'une appréciation d'ensemble est nécessaire<sup>926</sup>.

Il est à noter qu'il est assez complexe de déterminer en pratique si telle ou telle notion indéterminée est une notion-cadre dans la mesure où, plus vague que le principe et le standard, elle se situe, pourrait-on dire, entre deux eaux. Cette classification pourra donc sembler arbitraire, dans certains cas, mais elle a le mérite d'offrir une meilleure compréhension de la hiérarchie au sein des notions indéterminées et de leur fonction dans le droit (B).

## B. L'EMPLOI LÉGISLATIF DE LA DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE SUBSIDIAIRE

**203. La référence et la norme d'application dans la règle.** Dans certains cas, le législateur mêle utilement, dans une règle, la notion-cadre et le standard qui a vocation à

---

<sup>923</sup> HÉNAFF P., « L'unité des notions-cadre », *JCP G* 30 nov. 2005, n° 48, doct. 189, p. 1 et s.

<sup>924</sup> Sur l'approfondissement de l'exemple et sa comparaison avec le principe, *infra* n° 319 et s.

<sup>925</sup> V. « Auxiliaire » : « *Du latin auxiliarius (« venant à l'aide »), lui-même issu de auxilium (« aide »)* » : [https://dicocitations.lemonde.fr/definition\\_littre/35161/Auxiliaire.php](https://dicocitations.lemonde.fr/definition_littre/35161/Auxiliaire.php)

<sup>926</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 1976, n° 74-12.212 : Bull. civ. I, n° 4, p. 5 : « *L'existence et la légitimité de l'intérêt de la famille doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble, le seul fait que l'un des membres de la famille risquerait de se trouver lésé n'interdisant pas nécessairement la modification ou le changement envisagé* », GAJC, 12<sup>e</sup> éd., n° 90 ; *D.* 1976. 253, note PONSARD R. ; *JCP* 1976, II, 18461, note PATARIN J. ; *RTD civ.* 1978. 123, obs. NERSON R., 17 juin 1986 ; *JCP N* 1986, II, 250, note SIMLER PH. ; *JCP* 1987, II, 20809, note HENRI., CA Paris, 30 janv. 1991, Defrénois 1991. 492, obs. CHAMPENOIS G.

l'appliquer.

Par exemple, aux articles L.622-13 et L.641-11-1 du Code de commerce, le législateur utilise, dans la règle, l'expression *d'atteinte excessive aux intérêts du contractant* lorsqu'il dispose que « à la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant ». De la même manière, à l'article L.626-31, du même code, le législateur prévoit la notion « *d'atteinte excessive aux intérêts des parties affectées* ». Le juge est ainsi tenu de s'assurer, lorsqu'un projet de plan a été adopté, que « *tout nouveau financement est nécessaire pour mettre en œuvre le plan et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts des parties affectées* ». Dans les deux cas, le législateur donne au juge une directive référentielle – *un modèle de référence auquel il faut comparer l'acte ou le comportement en cause : l'intérêt des contractants ou celui des parties affectées* –, et une métanorme, le *standard* – *qui donne une indication sur l'interprétation qui doit être faite et l'intensité d'application de la référence : « l'atteinte excessive »* – . C'est son instrument de mesure. Le standard circonscrit dès lors le domaine d'applicabilité de l'intérêt des parties affectées. De la même façon, l'article 1200-6 du Code de procédure civile dispose qu'« *en l'absence d'avocat, le juge peut, par décision motivée, exclure du dossier tout ou partie des pièces dont la consultation porterait une atteinte excessive à la vie privée d'une partie ou d'un tiers* ». La vie privée est une notion-cadre<sup>927</sup>, utilisée ici comme référentiel indéterminé, permettant d'exclure du dossier certaines pièces. Néanmoins, le standard, norme secondaire d'application, vient restreindre le cadre interprétatif de la référence par l'utilisation d'un seuil de gravité particulièrement élevé « *l'atteinte excessive* ». Le standard contribue donc, dans le genre des notions indéterminées, à restreindre la marge de manœuvre attribuée au juge par le modèle des directives référentielles.

### ***Conclusion Section I***

**204. L'appréhension des notions indéterminées par le biais d'une pyramide de référence.** La compréhension du standard en tant que sous-directive référée s'établit au travers de l'image mathématique d'une pyramide statique de référence. En effet, les trois

---

<sup>927</sup> V. Notamment en ce sens RAVANAS J., « Le plein exercice du droit au respect de la vie privée », *D.* 1998, p. 474.

notions indéterminées qui intéressent notre étude détiennent, chacune, une place dans la hiérarchie des références. Premièrement, le principe juridique se place au sommet de la pyramide. Il conditionne, de fait, le sens du standard dans une relation descendante. La notion-cadre, deuxièmement, se situe au milieu de la pyramide, en ce qu'elle constitue un référentiel contingent et subsidiaire. C'est un référentiel moins abouti et moins structurant que le principe. Les deux premières strates de la pyramide forment, ainsi, des directives de référence. Troisièmement, le standard juridique doit être conçu comme une sous-directive référée dans la mesure où il se réfère aux directives supérieures afin de les appliquer. La relation fonctionne alors comme un échange : le standard se réfère aux directives supérieures et constitue leur instrument de mesure. Le standard n'est pas la référence, il ne représente pas la règle *en soi*. Le standard n'est pas la norme de *prescription* mais *d'application*.

**205. Des notions indéterminées aux fonctions différentes.** Cette présentation a permis, en filigrane, d'apprécier les différentes fonctions de ces notions. D'abord, le principe est un référent supérieur en ce qu'il a pour fonction de primer les règles, de les organiser et de les expliquer. Il constitue également un référent transcendant, car il a pour fonction d'introduire dans le droit des valeurs métajuridiques. Il est une notion métajuridique ante-positive, il préexiste au droit. Il représente alors une source matérielle du contenu du droit qui devient, une fois introduite à la législation, une source formelle. Ensuite, la notion-cadre détient une fonction subsidiaire dans la mesure où elle intervient en renfort du principe en tant que référentiel. Elle décrit le contexte sociolégal et fait appel, non pas forcément à des valeurs universelles, mais a des notions primordiales dans une société donnée. Les exemples les plus congruents étant *l'intérêt de l'enfant* ou encore *l'intérêt social*. Enfin, le standard juridique constitue le critère technique d'application des directives supérieures. Il est la représentation d'une catégorie normative incomplète.

**206.** Si le standard juridique est décrit comme une catégorie normative incomplète, c'est qu'il constitue une sous-directive dépendante (**Section II**). La construction de la théorie du standard juridique se concentrera désormais sur son rapport d'application avec le principe juridique, directive référentielle la plus adaptée à la construction d'une théorie générale du standard.

## SECTION II

### UNE SOUS-DIRECTIVE DÉPENDANTE

**207. Plan.** La relation d'échange entre les deux notions indéterminées est particulièrement riche. D'abord, elle explique la fonction du standard, entendu comme une norme secondaire d'application, dans une règle de droit et permet d'envisager la décision de justice de façon plus globale. En tant qu'énoncés normatifs articulés ensemble selon un système de concepts et de savoirs, le principe et le standard détiennent un rôle complémentaire dans la fonction de juger. Le standard est, d'abord, une sous-directive *dépendante* relativement à sa fonction (§1 – **Une dépendance relative à la fonction du standard**). Ensuite, lorsque l'on envisage les liens de *dépendances* réciproques entre le principe et le standard, on observe une dynamique particulièrement intéressante. En effet, la comparaison du contenu des deux notions apporte un élément supplémentaire à la compréhension du standard. Le standard juridique, entendu comme une sous-directive dépendante, puise son contenu matériel dans le principe qu'elle applique. Le standard est donc, pour ce qui concerne son contenu, dépendant du principe auquel il se réfère (§2 – **Une dépendance relative au contenu du standard**).

#### §1. UNE DÉPENDANCE RELATIVE À LA FONCTION DU STANDARD

**208. Le standard, sous-directive d'application référée.** Bien qu'essentielles à la compréhension, à la cohérence et à l'harmonisation de notre droit<sup>928</sup>, les directives référentielles indéterminées sont, souvent, trop générales pour être appliquées directement au cas particulier par le juge. Le standard dispose d'un champ bien plus circonscrit que le principe et la notion-cadre. C'est pourquoi le législateur utilise de plus en plus les sous-directives référées que constituent les standards en les intégrant dans des règles juridiques qui nécessitent une notion plus précise, élaborée en termes évaluatifs et non pas déontiques – obligation, permission, interdiction –. Cette technique législative permet, en effet, de nuancer, par la graduation notamment, les règles déontiques, pour aboutir à un résultat

---

<sup>928</sup> PERELMAN CH., VANDER EST R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, in PERELMAN CH., VANDER EST R., Bruxelles, Bruylant, 1984 ; PERELMAN CH., « L'usage et l'abus des notions confuses », in PERELMAN CH., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, 1984, p. 152.

plus souple et une interprétation plus juste des faits et de la réalité. Il y a donc un échange entre la *notion référente* et la *notion référée* : **un rapport de dépendances**. Les standards font office de sous-directives évaluatives, puisqu'ils constituent un *instrument de mesure*<sup>929</sup> en termes de gradation, avant d'être un contenu. Le standard de l'avantage *manifestement excessif*<sup>930</sup>, intégré à l'article 1143 nouveau du Code civil,<sup>931</sup> témoigne bien de ces caractéristiques. L'abus de dépendance tiré du vice de violence ne sera sanctionné par le juge que s'il constate que l'individu a tiré un avantage *flagrant* de la situation de dépendance de son cocontractant envers lui-même<sup>932</sup>. Il s'agit bien d'une sous-directive dans la mesure où le standard ne constitue pas la règle en soi, il n'est que l'instrument de mesure de la règle dans laquelle il est intégré. Il se conçoit ainsi comme une « *catégorie normative incomplète* »<sup>933</sup>. Il forme alors un critère évaluatif permettant de rendre la directive référentielle applicable<sup>934</sup> puisque le principe ne contient pas de critères concrets susceptibles d'embrasser les faits auxquels ils se rapportent<sup>935</sup>.

Le standard fonctionne, en quelque sorte, comme un complément de phrase, et plus précisément comme un complément circonstanciel en grammaire française. Autrement dit, le standard apporte des précisions sur les circonstances ou l'action visée par la directive référentielle. Il forme donc, avant tout, un instrument de gradation et d'évaluation<sup>936</sup>. À ce titre, l'exemple le plus caractéristique du standard est sans doute celui du « *déséquilibre significatif* »<sup>937</sup>.

---

<sup>929</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, p. 61.

<sup>930</sup> L'on peut encore citer comme exemples, en droit de la famille et en matière de sécurité sociale, les *dépenses manifestement excessives* (C. civ. art. 220 ; CSS. art. 1762-6-1) ; en procédure civile les *conséquences manifestement excessives* (CPC. art. 514-3, 1079, 1497 et 1009-1) ou le *délai manifestement excessif* (CPC. art. 750-1).

<sup>931</sup> L'article 1143 du Code civil, réformé par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations dispose qu'« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

<sup>932</sup> La loi de ratification du 20 avril 2018 a en effet rajouté à l'article 1143 du Code civil l'expression « à son égard » qui permet d'écarter la dépendance inhérente au cocontractant, sa propre vulnérabilité.

<sup>933</sup> V. sur ce point notamment GÉNIAUT B., « La force normative des standards juridiques », in THIEBERGE C. (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Lextenso éd., Bruylant, 2009, pp. 183-197, spéc. p. 191 : « leur incomplétude sémantique a pour conséquence d'ouvrir les jugements opérés par référence aux normes qui les recèlent ».

<sup>934</sup> PETEV V., « Standards et principes généraux du droit », *RRJ* 1988-4, p. 829.

<sup>935</sup> *Ibid.*

<sup>936</sup> Il s'agit d'un des premiers caractères du standard, qui sera envisagé *infra* n° 292 et s.

<sup>937</sup> HADJ-AISSA H., *Contribution critique à l'étude du déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-1 du Code de commerce*, thèse, Université de Lorraine, 2019 ; au contraire : CHAUDOUET S., *Le déséquilibre significatif*, thèse,

**209. Le déséquilibre significatif, sous-directive du référentiel de l'équilibre contractuel.** L'article L.442-1, I, 2° du Code de commerce issu de l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce dispose ainsi qu'« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » « de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Le déséquilibre significatif est, certes, une notion indéterminée puisque son contenu, sa signification exacts ne sont pas connus *a priori* de son application. Toujours est-il qu'elle constitue, pour le juge, une sous-directive assez précise dans la mesure où l'évaluation qui doit être effectuée est quasiment d'ordre mathématique. Elle est, en tout état de cause, liée à l'évidence et n'est pas directement connotée en termes de valeurs comme pourrait l'être simplement la notion de *bonne foi* par exemple<sup>938</sup> ou l'*équilibre contractuel*. Principe et référentiel supérieur du standard juridique<sup>939</sup>, l'équilibre est un concept trop abstrait, hors du champ du réel, inapte à régler le cas qu'il appartient au juge de trancher. La sous-directive de *déséquilibre significatif*<sup>940</sup>, trace alors la route à suivre pour le juge. En effet, si ce dernier dispose d'une marge de manœuvre dans son appréciation, il est tout de même guidé de manière assez précise vers la décision qu'il doit prendre. Sans nier au juge son pouvoir d'appréciation, il s'avère qu'en la matière, il est possible, par avance, grâce à deux indices suffisamment précis, de déterminer les clauses qui seront jugées comme créant un *déséquilibre significatif*. D'une part, on considérera d'une clause qu'elle crée un déséquilibre significatif à partir du moment où celle-ci « dénie à l'un ou à l'autre des contractants un droit ou une obligation que cette règle lui aurait normalement attribué ». D'autre part, si une clause « ne prévoit aucune réciprocité entre les droits ou les obligations respectifs des contractants », la qualification du déséquilibre significatif pourra être attribuée<sup>941</sup>. En règle générale, le *déséquilibre significatif* est engendré lorsqu'une clause « déroge de manière significative et *in de favorem*, c'est-à-dire au détriment de l'un des contractants, au modèle

---

Montpellier, 2018 ; PERRIER J-P., « Déséquilibre significatif : le droit quasi-pénal de la concurrence conforme au principe de légalité », *AJ Pénal* 2011, p. 191.

<sup>938</sup> L'objectivité du standard juridique entendu comme instrument de mesure dénué de valeur en soi fera l'objet d'un examen plus approfondi, *infra* n° 246 et s.

<sup>939</sup> V. *infra* n° 429 et s.

<sup>940</sup> Pour les développements approfondis relatifs à l'équilibre contractuel, v. *infra* n° 430 et s.

<sup>941</sup> CHAUDOUET S., *th. cit.*, n° 388.



*d'équilibre*<sup>942</sup> institué par une règle de cette nature »<sup>943</sup>. Le standard est donc l'espèce au champ d'application le plus concret et le plus précis de la famille des notions indéterminées<sup>944</sup>.

## 210. Vers une approche holistique de la décision, une motivation renforcée.

Lorsqu'il appartient au juge de déterminer la solution à appliquer au cas d'espèce et que la loi lui impose l'utilisation d'un standard, il devrait, dans notre hypothèse, apprécier le standard sous le prisme des directives supérieures plus abstraites. Chaque strate, de la plus générale à la plus particulière, permet une résolution du cas par une approche plus globale. Cette approche est d'ailleurs *a priori* conforme à la tendance de la Cour de cassation ou des cours d'appel qui apprécient davantage les situations « dans leur contexte », ou « au regard de l'économie d'ensemble »<sup>945</sup> de l'opération. Le Professeur Tunc et le Procureur général Touffait écrivaient déjà en 1974 que « la motivation ne pourrait ignorer la vie et, plus précisément, les conséquences économiques et sociologiques de la décision prise ou de la règle de droit posée »<sup>946</sup>. Toujours est-il que, jusqu'à récemment, dans le système français, les considérations extrajuridiques n'étaient pas prises en compte de manière explicite dans le corps de l'arrêt<sup>947</sup>. La Cour de cassation précisait d'ailleurs que « les arrêts et jugements résident entièrement dans leur dispositif et que la loi n'a pas pu exiger et qu'elle n'a, en effet, exigé nulle part les motifs des motifs »<sup>948</sup>, ceux-ci constituant les considérations extrajuridiques<sup>949</sup> nécessaires à la résolution et la motivation du cas. Néanmoins, si les décisions n'étaient pas rendues en considération des conséquences, elles l'étaient, en revanche, en fonction du contexte

---

<sup>942</sup> Nous expliciterons d'ailleurs, dans des développements ultérieurs, que le principe d'équilibre contractuel constitue le référentiel premier du standard du déséquilibre significatif, v. *infra* n° 509 et s.

<sup>943</sup> CHAUDOUET S., *th. cit.*, n° 388.

<sup>944</sup> En ce sens, BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, thèse, Bruylant, 2009, p. 62 et s.

<sup>945</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 7 juill. 2015, n° 14-21.701 ; Soc. 20 Oct. 2015, n° 13-26.136. ; CA Paris, 19 avr. 2017, RG n°15/24221 ; CA Metz, 1<sup>re</sup> ch. civ., 5 nov. 2019, n° 18/00850 ; CA Nîmes, 2<sup>e</sup> ch. civ., section A, 14 Sept. 2017, n° 15/04667 ; CA Bordeaux, 2<sup>e</sup> ch. civ., 29 Avr. 2020, n° 20/03342 ; CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 24 Juin 2020, Pôle 5, n° 18/03322.

<sup>946</sup> TOUFFAIT A., TUNC A., « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487.

<sup>947</sup> SDER, « Les études d'impact en matière judiciaire », Commission de réflexion sur la réforme de la Cour, Septembre 2015 : [https://www.courdecassation.fr/IMG/31\\_SDER\\_etudes\\_impact\\_1116.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/31_SDER_etudes_impact_1116.pdf)

<sup>948</sup> Ch. Req., 16 mai 1938.

<sup>949</sup> ATIAS C., « Le crise de la motivation judiciaire », *Cycles de conférences*, Cour de cassation, « Droit et Technique de cassation », 17 mai 2005 ; DEUMIER P., « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation – Étude de travaux préparatoires », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, Principes de justice*, Dalloz, 2008, p. 125 ; Req. 16 mai 1838, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Dalloz, Paris, t. XXIX, 1854, v. « Jugement », n° 950.

global dans lequel se situait l'affaire. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs contraint la France à opérer un changement profond en matière de motivation. De fait, l'obligation de motiver les décisions de justice introduite par la CEDH est considérée comme une exigence essentielle découlant directement du statut du juge<sup>950</sup>. La motivation du jugement est devenue une composante fondamentale du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 §1 de la CESDH. Ainsi, la CEDH a pu estimer que « *l'étendue du devoir de motivation peut varier en fonction de la nature de la décision judiciaire en cause et doit s'analyser au regard de la procédure considérée dans sa globalité et au vu de l'ensemble des circonstances pertinentes, en tenant compte des garanties procédurales dont est entourée cette décision* »<sup>951</sup>. Cette obligation renforce la confiance du justiciable en la justice et l'acceptabilité des décisions. Ce mouvement de motivation accrue s'illustre à la fois par le nouveau mode de rédaction des arrêts, initié par la Cour de cassation par le biais d'une motivation développée<sup>952</sup>, mais également par l'emploi régulier de notions indéterminées au cœur des règles de droit par le législateur. En effet, les standards sont des notions malléables et constituent un réceptacle pour les valeurs sociales, morales extrajuridiques. Ils commandent alors au juge qui les interprète de sonder en amont le contexte social, politique, voire historique de l'affaire qu'il lui est donné de traiter<sup>953</sup>. Cette ouverture sur la vie, générée par l'utilisation des standards juridiques et, par leur biais, des principes du droit, invite à un examen plus approfondi de ces outils et de leurs fonctions.

**211. Une fonction complémentaire des notions indéterminées dans le jugement.** Ces notions n'exercent pas toutes la même fonction au sein de l'office du juge. Les spécificités du *standard*, du *principe* et de la *notion-cadre* devraient ainsi influencer sur le travail du juge de manière différente, mais complémentaire. Le principe juridique gouverne une matière ou un corpus de règles. C'est le cas, par exemple, du *principe d'intangibilité* du

---

<sup>950</sup> AHJUCAF, *La motivation des décisions de justice. Principes et illustrations dans l'espace judiciaire francophone*, Avr. 2019 : <https://www.ahjucaf.org/sites/default/files/Motivation%20des%20décisions%20de%20justice%20Alain%20Lacabarats%20avril%202019.pdf>

<sup>951</sup> V. les arrêts : CJUE., 30 nov. 1987, *H. c/ Belgique*, §53 ; CJUE., 10 mai 2012, *Mangin c/ France*, §29 ; CJUE., 6 sept. 2012, *Trade Agency*, C-619/10, point 60.

<sup>952</sup> <https://www.courdecassation.fr/IMG/Dossier%20de%20presse%20-%20Le%20mode%20de%20rédaction%20des%20arrêts%20change%20-%20Cour%20de%20cassation%20-.pdf>

<sup>953</sup> V. notamment GAU-CABÉE C., « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits*, 2008/1, n° 47, pp. 3-22, spéc. p. 5.

contrat<sup>954</sup> qui commande aussi bien une non-immixtion<sup>955</sup> du législateur et du juge dans le contrat que l'interdiction d'une modification unilatérale par les parties. Ce principe indique au juge l'idéal vers lequel tend le corpus de règles en question, à savoir la nécessité d'un accord pour modifier ou résilier le contrat<sup>956</sup>. Il donne au juge et au justiciable une directive extrêmement générale, emprunte de valeurs morales, traduites dans le droit positif par des notions telles que le *respect de la parole donnée* ou l'*honnêteté*. Il ne devrait pas, selon nous, être exploité tel quel, sans sous-directive d'application plus précise, au risque de faire du juge un créateur *ex nihilo* du droit. La notion-cadre, quant à elle, telle que l'*intérêt social* ou l'*ordre public* indique au juge le référentiel qu'il doit consulter pour juger la situation donnée : tel ou tel acte des dirigeants est-il contraire à l'*intérêt social*? Tel ou tel acte d'un particulier contrevient-il à l'*ordre public*? Il ne s'agit pas ici à proprement parler d'une directive en termes d'idéal, mais d'un référentiel plus tangible qui sert à la résolution du cas. Enfin, le *standard juridique*, beaucoup plus concret – bien qu'indéterminé – n'offre au juge ni un référentiel-idéal ni un référentiel-contingent. Il est l'instrument de mesure et d'application desdits référentiels. Prenons l'exemple du principe de *force obligatoire* et du principe de *l'exécution forcée en nature* exprimés au sein de l'article 1221 du Code civil. Ce dernier dispose que : « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Ces principes, qui tendent vers un idéal de justice et de morale issu du droit canonique<sup>957</sup>, sont concrétisés et nuancés par une sous-directive plus concrète : le standard de la *disproportion manifeste*<sup>958</sup>. Le principe juridique supérieur ne sera appliqué, nous enjoint le standard, que s'il n'existe pas « une disproportion manifeste » entre le coût du débiteur et l'intérêt du créancier. Le standard de la *disproportion manifeste* vient alors préciser le principe pour une application plus subtile – car graduée – au cas par cas. Le standard juridique empêche alors toute

---

<sup>954</sup> ROUHETTE G., « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC* 1986. p. 369 et s. ; GHOZI A., *La modification du contrat par la volonté des parties*, LGDJ, 1980, n° 37 et s. ;

<sup>955</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mars 2009, n° 07-21.260 : *Bull. civ.* III, n° 64, *D.* 2010, p. 235, note FAUVARQUE-COSSON B. ; MAZEAUD D., « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », *RDC* 2011, n° 02, p. 690.

<sup>956</sup> C. civ. art. 1193 : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

<sup>957</sup> DURAND J.-P., « Code civil et droit canonique », *Pouvoirs* 2003/4, n° 107, p. 59 et s. ; GAUDEMET J., « Il diritto canonico nella storia cultura giuridica europea » in *La Doctrina canonica medievale*, Collected Studies Series CS435, Norfolk, Variorum, 1994, XVII, pp. 3-29.

<sup>958</sup> Pour une analyse approfondie du standard de la disproportion manifeste, v. *infra* n° 556 et s.

application excessive du principe. Le standard, bien qu'indéterminé, constitue le garde-fou des notions indéterminées.

Le principe domine et organise un corpus de règles ou une matière donnée, le standard permet de l'appliquer, de le tempérer et surtout de le concrétiser. Il s'agit donc d'une relation descendante. Que dire en revanche de la relation ascendante, du standard au principe ?

**212. Une relation ascendante impossible : le standard n'a pas d'existence *per se*.**

Il n'existe pas de relation ascendante, du standard vers le principe juridique, au moins au regard de son contenu<sup>959</sup>. Le standard, seul, dans l'abstrait, n'a pas de sens. En termes de contenu matériel, c'est le principe qui opère comme un *référentiel* du standard, et non l'inverse. Prenons l'exemple du principe de *solidarité nationale*<sup>960</sup>. Puisque cette notion n'est pas fondée sur un rapport à l'*être*, mais au *devoir être*, il est possible, dans l'abstrait, de savoir ce qu'il signifie. En effet, le principe de solidarité nationale a été consacré par le Conseil constitutionnel. Une référence à la solidarité apparaît ainsi dans la décision<sup>961</sup> 85-200 DC du 16 janvier 1986 selon laquelle « en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi définit les principes fondamentaux du droit du travail et de la Sécurité sociale ; [à] ce titre il lui revient d'organiser la solidarité entre personnes en activité, personnes sans emploi et retraités »<sup>962</sup>. Le Conseil déclare « qu'il incombe au législateur, lorsqu'il met en œuvre le principe de solidarité nationale, de veiller à ce que la diversité des régimes d'indemnisation institués par lui n'entraîne pas de rupture caractérisée de l'égalité de tous devant les charges publiques »<sup>963</sup>. Ce principe de solidarité nationale constitue davantage un moyen qu'une fin en soi. Ainsi, la solidarité est-elle destinée à « corriger les inégalités existantes par la mise en place, précisément de politiques spéciales »<sup>964</sup>. En matière de responsabilité médicale<sup>965</sup> notamment, le principe de *solidarité*

---

<sup>959</sup> La relation ascendante du standard au principe s'effectue en retour, par le biais de la gradation du contenu que le principe lui a transmis.

<sup>960</sup> JACQUINOT N., « La constitutionnalisation de la solidarité » in HECQUARD-THÉRON M., *Solidarité(s) : perspectives juridiques*, PUT 1 Captiole, p. 101 et s.

<sup>961</sup> En revanche, ce n'est que plus tard que le principe de solidarité nationale sera directement rattaché au Préambule de la Constitution de 1946 pour fonder les décisions du Conseil Constitutionnel.

<sup>962</sup> Décision n° 85-200, DC du 16 janv. 1986, *Cumul emploi-retraite*, RJC I-245, cons. 7.

<sup>963</sup> Décision n° 87-237, DC du 30 déc. 1987, *Loi de finances 1988*, RJC I-327, cons. 22.

<sup>964</sup> JACQUINOT N., *art. cit.*, in HECQUARD-THÉRON M., *op. cit.*, p. 101 et s.

<sup>965</sup> Ainsi, en matière médicale, l'article L 1142-1 II° du Code de la santé publique modifié par l'article 112 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures prévoit que : « Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou

*nationale* vient pallier l'absence de responsable. Il est un principe qui transcende le droit dans la mesure où il n'obéit pas à la règle générale qui veut qu'un préjudice soit réparé lorsqu'il existe un dommage, mais surtout un responsable à l'origine de ce dommage. Le principe déroge à cette règle générale, car l'*idéal* ici commande à la société de réparer un préjudice même si une faute n'a pas été commise, et ce, afin de rétablir un certain équilibre. Or, que signifie, hors contexte, le standard des *conséquences anormales* présentant un certain caractère de gravité ? En effet, l'article L1142-1 II° du Code de la santé publique prévoit que la réparation des dommages causés par certaines affections n'est possible que si les conséquences pour le patient ont été anormales au regard notamment de son état de santé ou de son évolution. La finalité de la règle induite par le standard ne peut se comprendre que dans son rapport avec le principe qui l'institue, la *solidarité nationale*. Cette directive guide le juge dans l'application des standards qui constituent les conditions *sine qua non* pour que la réparation soit possible. De la même façon, que signifie, hors contexte, le standard du manifestement excessif ou encore du délai raisonnable ? Le standard s'interprète toujours à l'aune de deux référentiels : *ce qui est* (les faits) et *ce qui devrait être* (le principe juridique). Le principe, étant, en revanche, déjà contextualisé, il est possible de déterminer en amont, en dehors de toute application juridique, ce que devrait être, par exemple, *la solidarité nationale*.

**213. Conclusion.** La sous-directive que constitue le standard n'a de sens que dans une mise en complémentarité avec d'autres directives qui lui confèrent signification et utilité. De fait, le standard, pour être interprété, requiert une approche holistique dans la mesure où le juge « *effectue un éclaircissement réciproque des différents éléments par une approximation*

---

*d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire ».*

*progressive* »<sup>966</sup>. Le standard ne s'anime dans le processus juridique que lorsqu'il est inclus dans une spirale herméneutique<sup>967</sup>.

**214.** En effet, la sous-directive dépendante puise son contenu matériel dans la directive supérieure : le principe juridique (§2).

## §2. UNE DÉPENDANCE RELATIVE AU CONTENU DU STANDARD

**215. Plan.** Puisque le standard est une notion *dépendante*, il demeure nécessaire d'identifier son contenu au-delà du critère de normalité (**A – L'identification nécessaire du contenu**). Cette nécessité établie, il conviendra toutefois de démontrer que le standard est dépourvu de contenu propre (**B – L'absence de contenu propre**), mais qu'il emprunte ce dernier dans le référentiel supérieur : le principe juridique.

### A. L'IDENTIFICATION NÉCESSAIRE DU CONTENU

**216. Au-delà du critère de normalité.** Après avoir soutenu que la notion de normalité n'était pas un concept suffisamment circonscrit pour définir le contenu du standard juridique, il s'avère nécessaire de proposer un autre critère de définition pour compléter l'appréhension technique du standard en tant que sous-directive dépendante. En effet, la notion de normalité, comme dénominateur commun des standards, n'apporte pas grand-chose, au fond, à l'objet de l'analyse, car la normalité n'est pas un principe du droit. Elle est, plutôt, un commandement premier, qui a trait aux forces créatrices<sup>968</sup> opérant au fondement du principe juridique<sup>969</sup>.

---

<sup>966</sup> LENOBLE J., OST F., *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, p. 102 et s.

<sup>967</sup> DUPUIS G., « Pour une herméneutique du style », dans VALLÉE J.-F., KLUCINSKAS J., DUPUIS G. (dir.), *Transméditations. Traversées culturelles de la modernité tardive*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2012, p. 192-213 ; HASSEMER., TATBESTAND W., und TYPUS., *Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, Heymann, 1968, p. 107 et s. La spirale herméneutique, ou cercle d'interprétation est une structure ouverte d'interprétation : après une première lecture, on reprend la lecture à un second degré, en tenant compte des premières interprétations, et ainsi de suite.

<sup>968</sup> Concept notamment issu de l'ouvrage de RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

<sup>969</sup> Sur ce point, v. également : CHEVALLIER F., *Les principes généraux du droit des contrats*, Mémoire, Université Paris Panthéon-Assas, 2015, p. 4. RODIÈRE R., « Les principes généraux du droit privé français », *RIDC* n°

**217. La nécessité d’aboutir à une nouvelle définition conceptuelle.** Néanmoins, une définition seulement fondée sur les fonctions du standard est nécessaire, mais insuffisante. Il est indispensable d’aboutir à une définition conceptuelle du standard juridique. Toutefois, comme il s’agit d’une notion intrinsèquement indéterminée, il y a lieu de penser que cette indétermination se répercute également sur sa substance. Rechercher un contenu propre au standard serait-il vain ? N’y aurait-il aucun dénominateur commun qui regrouperait tous les standards en une unité conceptuelle ? Loin d’arriver à cette conclusion, il convient de constater que si le standard est doté d’un critère matériel de définition, ce dernier ne peut rester figé, pour tous temps et pour toutes matières. Cette cristallisation ôterait d’ailleurs toute utilité au standard qui constitue par essence une technique législative fondée sur la malléabilité et l’adaptabilité. La normalité, proposée par l’auteur, répondait d’ailleurs bien à cette problématique du standard puisque, fondée sur un *être* et un *devoir être*, elle n’est pas la même en tout temps et pour toute société. Cependant, la normalité demeure un critère bien trop vaste, particulièrement malaisé à manier et par conséquent peu compétent dans une démarche de circonscription notionnelle. Toutes les techniques juridiques ont en effet pour qualité de dresser une frontière entre le normal et le pathologique<sup>970</sup>. Le critère de la normalité opère, ainsi, un élargissement inopportun de la notion de standard, car elle l’associe à l’*être* et au *devoir être*, tout en la réduisant inutilement dans certains cas. Le caractère bref d’un délai par exemple, dans le standard du *bref délai*<sup>971</sup>, n’est ni plus normal ni plus anormal qu’un délai plus long qui aurait été lui-même fixé par le législateur.

**218. Une nouvelle définition du standard au regard de sa technique et de son contenu.** Reprenant notre démonstration où nous l’avions laissée, dans l’étude de la complémentarité entre standard et principe juridique et, dans une moindre mesure, la notion-cadre, il convient de proposer une nouvelle définition du standard juridique fondée sur cette complémentarité. Ce dernier peut ainsi se définir comme **un instrument de mesure de l’être – autrement dit de ce qui est -, mis en conformité avec les normes**

---

spéc., vol. 2, 1980, p. 309 et s : « si l’on veut signifier que la Raison, l’Équité et le Bon sens doivent nous guider, on n’ajoute rien aux commandements de l’esprit dans toutes les sciences et les arts ».

<sup>970</sup> CANGUILHEM G., *Le normal et le pathologique*, PUF, 1966 ; GOYARD-FABRE S., « De l’idée de norme à la science des normes », in AMSELEK P., (dir), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Léviathan, p. 211 et s.

<sup>971</sup> V. *supra* n° 114.

**abstraites supérieures, exposant un *devoir-être*.** Kennedy, dans son article consacré à la forme et à la substance des lois, indique, de la même façon qu'« à l'opposé d'une règle formellement réalisable se trouve un standard (...) qui renvoie directement à l'un des objectifs substantiels de l'ordre juridique. L'application d'un standard exige du juge à la fois qu'il découvre les faits d'une situation particulière et qu'il les évalue en fonction des finalités ou des valeurs sociales qu'incarne la norme »<sup>972</sup>, c'est-à-dire les principes. Le contenu du standard est donc déterminé par le contenu même du principe juridique qu'il applique. Le standard sert la réalisation d'un objectif : il est une sous-directive, c'est-à-dire une technique législative permettant de résoudre un cas donné. Or, la résolution de ce cas est en réalité liée aux principes supérieurs qui régissent la matière dans laquelle s'inscrit le cas en question. La notion de standard est, en somme, une notion *dépendante*. Elle est donc une technique législative<sup>973</sup> avant d'être un contenu.

**219. La nécessité d'un référentiel extérieur supérieur : le principe juridique.** Le standard juridique, inclus dans une règle de droit, est lui-même apparenté à une règle de droit. Or, la notion de norme, sans les principes, n'est pas pertinente *en soi*, dès lors qu'il est à l'origine de celles-ci. Les « principes constituent les normes de base desquelles le juge ou le législateur déduit d'autres règles ou vers lesquelles il remonte à partir de dispositions plus ponctuelles selon le mécanisme de l'induction »<sup>974</sup>. Comprendre le standard implique alors de partir du principe ou bien d'y revenir. Il est, de fait, impossible « de résorber le droit dans le fait ou ce qui doit être dans ce qui est : *jus ex-facto non oritur* »<sup>975</sup>. La description purement factuelle d'un système juridique manque ainsi « la complexité normative fondamentale du droit »<sup>976</sup>. Parce que les normes ne peuvent pas être issues des faits, elles émanent forcément de principes supérieurs qui les rendent intelligibles et acceptables.

---

<sup>972</sup> KENNEDY D., « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard Law Review* 1976, vol. 89, p. 1685, spéc. p. 1688, citation originale : « At the opposite pole from a formally realizable rule is a standard (...). A standard refers directly to one of the substantive objectives of the legal order. (...) The application of a standard requires the judge both to discover the facts of a particular situation and to assess them in terms of the purposes or social values embodied in the standard ».

<sup>973</sup> Sur le standard entendu comme technique législative, v. WROBLESKI J., *art. cit.*, *RRJ* 1988-4, p. 865.

<sup>974</sup> DE BÉCHILLON M., *La notion de principe général en droit privé*, thèse, PUAM, 1998, p. 222.

<sup>975</sup> La maxime signifie littéralement que « le droit ne naît pas de l'illégalité ou de l'injustice », GAFFIOT F., *Dictionnaire Latin Français, Le Grand Gaffiot*, Hachette, Paris, 2000, v. « injuria », p. 831, v. « jus », p. 884 et v. « orior », pp. 1106-1107 ; GOYARD-FABRE S., *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris cedex 14, PUF, 1992, pp. 371-381.

<sup>976</sup> *Ibid.*



**220.** Force est de constater que les standards juridiques ne peuvent pas exister *en soi*, sans provenir d'un référentiel extérieur et supérieur en termes de valeurs métajuridiques. Si les standards ne possèdent pas de contenu propre, ce dernier est alors à rechercher en amont, au sein du principe référentiel (B).

## B. L'ABSENCE DE CONTENU PROPRE

**221.** **Le standard n'a pas d'existence ni de contenu *en soi*.** Dans son traité, Hume pose l'interdiction du passage d'un *fait* à une *norme*<sup>977</sup>. Ainsi, « *de ce qui est, ne peut pas dériver ce qui doit être* »<sup>978</sup> ou encore « *de ce qui est (is) on ne peut pas passer à ce qui doit être (ought) sans autre argument* »<sup>979</sup>. C'est pourquoi le standard juridique apparaît si volatile et en proie à une malléabilité et une indétermination jugées, parfois, excessives. En effet, le standard, consubstantiel aux faits, ne possède pas d'existence autonome. Il n'a pas de sens *en soi*<sup>980</sup>. Il est, de la sorte, compréhensible que le juriste demeure perplexe lorsqu'il est confronté à des expressions comme *excessivement onéreux* ou *manifestement excessif*. Le contenu profond du standard s'échappe à première vue et l'idée de normalité n'est pas un sésame qui ferait accéder le juge ou le justiciable au cœur intelligible de la technique. S'il en est ainsi, c'est parce que le contenu du standard doit être recherché en amont. Il y a lieu, d'abord, de se tourner vers la traduction juridique de ce qui *doit être* ou *devrait être* – le principe juridique – pour que le standard qui l'applique fasse sens. C'est dire qu'en réalité, le contenu même du standard juridique se trouve dans le principe qui lui donne corps<sup>981</sup>. Le standard *per se* n'est qu'une technique législative dépourvue de substance, ce n'est qu'une fois relié au principe supérieur qu'il devient pleinement compréhensible et cohérent. Cette cohérence est, en outre, subordonnée à l'utilisation d'un référentiel précis saisi au sein d'une matière

---

<sup>977</sup> Contrairement à ce qu'ont compris les commentateurs de Hume selon lesquels l'interdiction concernerait la dichotomie générale entre norme et valeur : soulevé par ZIELINSKA C.-A., « Autour de la loi de Hume : entre le normatif et l'évaluatif, entre right et good », *Raison Publique* 2017/2, n° 22, pp. 135-151.

<sup>978</sup> OGIEN R., *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine : et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Paris, Grasset, 2011, p. 193.

<sup>979</sup> *Ibid.*

<sup>980</sup> C'est ici, notamment, que notre définition diffère de celle de Monsieur Rials. Ce dernier considère qu'un standard est une technique de mesure en termes de normalité. Nous considérons en revanche que le standard ne contient pas en soi le référentiel « de normalité », mais puise son contenu dans un référentiel extérieur : le principe juridique. À noter que Monsieur Rials qualifiait la normalité de principe du droit.

<sup>981</sup> GOYARD-FABRE S., « De l'idée de norme à la science des normes », in AMSELEK P., (dir), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Léviathan, p. 215.

donnée<sup>982</sup>. L'utilisation d'un principe juridique déterminé, pour chaque matière, permettra au législateur et au justiciable de connaître le référentiel précis des standards pour une matière donnée<sup>983</sup>. De fait, « *le droit positif ne saurait reposer sur l'arbitraire des caprices d'un jour sans déroger à l'idée même de droit* »<sup>984</sup>. Pour être valable, « *toute norme juridique doit tirer sa validité et sa conformité à une norme antérieure, en sorte que le propre d'une norme juridique est de n'être jamais imputable à une volonté individuelle et psychologique, mais à une autre norme* »<sup>985</sup>. Or, les principes généraux du droit apparaissent comme une catégorie transcendante contenant elle-même un ensemble de préceptes aussi justes que nécessaires<sup>986</sup>.

**222. Plan.** En conséquence, démontrer que le contenu du standard est en réalité celui du principe implique premièrement de constater que le standard se cantonne à l'*être* et qu'il est dépourvu de contenu *idéal* (**1 – Le défaut de contenu idéal**) puisque le contenu matériel qui fait sens – le *devoir-être* – est l'apanage du principe ; et que le standard n'est, en définitive, qu'un instrument de mise en cohérence de l'*être*. Il applique son contenu *idéal* (**2 – L'application du contenu idéal**). Le *devoir être* et l'idéalité du principe juridique sont donc transférés au standard pour son application.

## 1. LE DÉFAUT DE CONTENU *IDÉAL*

**223. La différenciation des notions de principe et de standard au regard des notions d'*être* et de *devoir être*.** La neutralité relative du standard est, ici, à considérer sous l'angle matériel et conceptuel. Dans cette perspective, il convient d'étudier le standard, non pas comme *contenant*, mais comme *contenu*. Or, force est de constater que le standard juridique est dénué de contenu propre, idéal, de *devoir-être*, parce qu'il est une norme

---

<sup>982</sup> Le standard juridique est la sous-directive d'application d'un principe juridique précis dans une matière donnée et n'a pas forcément le même sens lorsque les matières diffèrent dans la mesure où il ne répond pas forcément au même principe juridique.

<sup>983</sup> Concernant la recherche du référentiel précis en matière contractuelle, v. *infra* n° 366 et s.

<sup>984</sup> BRUNET P., « À quoi sert la théorie des principes généraux du droit » in *Les principes en droit*, Economica, 2007, pp. 175- 187.

<sup>985</sup> *Ibid.*

<sup>986</sup> *Ibid.* : « *fruit de la raison humaine qu'il suffit à l'observateur attentif et patient de cueillir sur l'arbre de la connaissance. Ces principes généraux seraient – comme leur nom l'indique avec évidence – les lois de toutes les lois, le fondement rationnel ultime dont procéderait nécessairement la loi humaine quand bien même celle-ci serait l'expression d'une volonté, fût-elle générale* » ; GOYARD-FABRE S., *art. cit.*, PUF, coll. Léviathan, p. 215 : Madame Goyard Fabre, de la même manière, déclarait que « *toute norme* » étant « *l'indication d'un devoir-être (...) la question est donc de savoir quels principes peuvent servir de fondement à la législation de ce devoir* »

factuelle, distinct de la prescription normative contenue dans la directive référentielle. *Nous le verrons effectivement, les standards sont considérés, par la Cour de cassation, comme des notions de fait, dont l'interprétation est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond et sur laquelle elle n'opère pas de contrôle*<sup>987</sup>. En revanche les directives référentielles, contenant la prescription, sont considérées par la Cour de cassation comme des notions de droit qu'il lui appartient de contrôler, par le biais d'un contrôle léger ou renforcé. C'est le cas, notamment de la notion-cadre de l'intérêt de la famille<sup>988</sup>.

#### **224. Standard juridique et principe, des notions ontologiquement opposées.**

Standard et principe relèvent de deux domaines bien différents. Selon Hume, les domaines de l'*être* et du *devoir être* sont dissemblables<sup>989</sup>. En effet, l'*être* est du domaine de l'*objectivité*<sup>990</sup> alors que le *devoir être* est du domaine de la *subjectivité*. Or, le standard juridique, dont la part factuelle est importante, relève davantage du domaine de l'*objectivité*, contrairement au principe juridique qui relève du domaine de la *subjectivité*<sup>991</sup>, c'est-à-dire des valeurs métajuridiques. Pour être complet, pour être normatif, le standard doit donc être compris et analysé au regard du principe juridique qu'il applique. En effet, les règles sont édictées pour traduire « *le besoin de sens et de valeur sans lequel l'homme ne serait pas humain* »<sup>992</sup>.

**225. La valeur n'est au standard qu'un surajout à sa nature propre.** Le standard, entendu comme sous-directive, est cantonné à l'*être*, aux faits, alors que le principe, abstrait, relève du domaine du *devoir-être*. En effet, la sous-directive que constitue le standard n'a donc qu'une finalité : mesurer les faits. Comme l'avait justement décrit Monsieur Rials, le standard est avant tout un instrument de mesure<sup>993</sup>. Or, mesurer les faits, revient à mesurer l'*être*, et non le *devoir être*. Parce qu'il est lié aux faits, le standard juridique provient de l'*être*, et parce qu'il a vocation à les mesurer, **il a pour finalité de mesurer l'*être***.

---

<sup>987</sup> V. sur ce point *infra*, n° 274 et s.

<sup>988</sup> *Ibid.*

<sup>989</sup> Sur ce point voir : ZIELINSKA C., *art. cit.*, *Raison Publique* 2017/2, n° 22, pp. 135-151.

<sup>990</sup> Ce point sera étudié dans les développements relatifs aux caractères du standard, v. *infra* n° 253 et s.

<sup>991</sup> V. sur ce point MAZEAUD D., « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014, n° 1. Monsieur Mazeaud considère que les principes généraux expriment, notamment en droit des contrats, « *le socle philosophique, idéologique et politique sur lequel repose notre futur modèle contractuel* ». Le principe et le choix des principes apparaissent alors essentiellement subjectifs.

<sup>992</sup> GOYARD-FABRE S., *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris cedex 14, PUF, 1992, pp. 371-381.

<sup>993</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, thèse, 1980, p. 61.

Nous considérons que les standards n'ont ainsi « aucune réalité propre, aucun relief (...) ils ne (sont) qu'une façon de s'exprimer »<sup>994</sup>. En revanche, les principes juridiques traduisent les valeurs métajuridiques en droit. Le standard juridique n'est donc qu'un « outil chargé de servir (...) une intention humaine transcendante », la valeur n'étant alors au standard qu'un « surajout extérieur à sa nature propre »<sup>995</sup>.

**226. Le rapprochement erroné des deux notions de principe et de standard au travers de l'idée de normalité.** À deux notions différentes doivent répondre des définitions et des fonctions distinctes. Dans le cas contraire, la différenciation entre les deux notions serait superflue et leur maintien une redondance. Si les deux expressions de standard et de principe coexistent dans notre droit, c'est qu'il y a, à n'en pas douter, lieu de les y conserver en les distinguant. Or, si l'on admet que le standard juridique est un instrument de mesure<sup>996</sup> de la normalité<sup>997</sup>, donc à la fois de l'être et du devoir-être, la frontière entre le principe juridique et le standard devient poreuse. Le standard n'est pas un instrument de mesure de l'être et du devoir-être, notions qui doivent être séparées<sup>998</sup>. C'est l'instrument d'application du principe aux faits et donc l'instrument de passage de l'être au devoir-être constitué par le principe :

<b>FAITS</b>	<b>STANDARD</b>	<b>PRINCIPE</b>
Objectivité	Instrument d'objectivation	Subjectivité
Être	Provient de l'être, instrument de passage de l'être au devoir être	Devoir-être

---

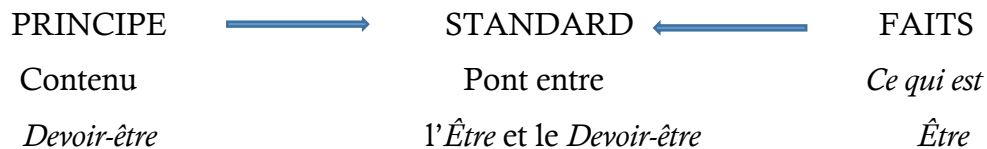
<sup>994</sup> AMSELEK P., *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p. 40 et s.

<sup>995</sup> *Ibid* ; v. aussi sur ce point : CHEROT J.-Y., « Paul Amserek et la normativité en droit », *Cahiers de méthodologie juridique* 2013-5, n° 27, p. 1999.

<sup>996</sup> Il est à noter que cette partie de la définition n'est pas mise en cause.

<sup>997</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 144.

<sup>998</sup> Sur ce point, v. ZIELINSKA C., *art. cit.*, *Raison Publique* 2017/2, n° 22, pp. 135-151.



**227. Conclusion.** Le contenu matériel du standard n'est autre que l'ensemble des valeurs ou les préceptes que véhicule le principe juridique. Le standard juridique fonctionne alors comme une *technique de mise en cohérence de l'être – les faits – avec les principes supérieurs*. Si, l'on ne peut pas, pour reprendre certains philosophes, passer de ce qui est à ce qui doit être sans autre argument, alors il faut considérer le standard comme étant cet argument. En somme, dire que le standard constitue une sous-directive *dépendante*, c'est démontrer que le standard juridique permet l'application et la conciliation du principe juridique auquel il se réfère. Il s'agit, *in fine*, de deux notions *interdépendantes* (2).

## 2. L'APPLICATION DU CONTENU *IDÉAL*

**228. La mesure de l'intensité du principe juridique.** Le standard est une sous-directive qui indique au juge comment et avec quelle *intensité* il doit mesurer les faits à l'aune du principe. Le standard est, dès lors, un instrument de mesure de *l'être* – ce qui est – permettant, ensuite, la mise en cohérence de ce qui est avec le *devoir-être* – ce qui doit être –. La substance du standard est donc intégralement créée par le principe, autrement dit, la directive qu'il *applique*. Par exemple, réputer non écrite une clause pour un déséquilibre des pouvoirs implique, pour le juge, de démontrer qu'il existe bien un « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties<sup>999</sup>. Le « déséquilibre significatif », pris hors contexte, n'a pas, en soi, de contenu matériel. Il n'est qu'un *critérium* qui permet *in fine* d'aboutir à un objectif prévu par une norme plus abstraite : le principe de *l'équilibre contractuel*<sup>1000</sup>. Le contenu du standard juridique n'est donc appréhendable que lorsqu'il est mis en contexte et en rapport avec le principe juridique dont il est issu. Les standards s'établissent ainsi en tant qu'*idéels*. Ils représentent une *entité mentale* qui ne peut être connue et comprise que située, localisée dans son contexte. **Ce sont à la fois les faits de**

---

<sup>999</sup> C. civ. art. 1171.

<sup>1000</sup> Le lien entre le standard du déséquilibre significatif et le principe d'équilibre contractuel sera démontré, *infra* n° 509 et s.

**l'espèce et le principe juridique qui constituent leurs points d'ancrage, l'axe de repère pour celui qui cherche la compréhension de leur expression.** Le principe fait alors office, pour le standard, de « *donateur de sens* »<sup>1001</sup>. De même, lorsqu'il est question, dans l'article 1143 du Code civil, du standard juridique du *manifestement excessif*<sup>1002</sup>, cette expression porte-t-elle, en soi, un jugement de valeur ? Sans doute pas. Il s'agit uniquement, pour le juge, d'une sous-directive qui lui permet de mesurer les faits en présence. L'avantage reçu par le cocontractant était-il relatif ? *Simplement excessif* ou *manifestement excessif* ? Une fois que le juge aura considéré l'une ou l'autre de ces possibilités, la sanction ou l'absence de sanction viendra poser un jugement de valeur. En effet, lorsqu'un cocontractant sera sanctionné pour abus de dépendance, il le sera dans la mesure où il aura transgressé la valeur, selon laquelle, notamment, la partie faible doit être protégée d'un abus commis par un cocontractant plus fort. Cette valeur est traduite en droit par le principe *d'équilibre contractuel*. Alors, celui qui contrevient à cet impératif supérieur sera sanctionné.

La dépendance du standard peut également être analysée par l'intermédiaire de son expression. Aussi, son étude sémantique, bien que subsidiaire, apporte-t-elle un éclairage supplémentaire à la notion.

**229. Utilité de la définition sémantique du standard juridique : le caractère évaluatif.** La définition formelle, sémantique du standard, ne saurait conduire « *à des résultats suffisamment exhaustifs et rigoureux pour (en) faire une définition suffisante* » dans la mesure où « *elle ne peut être légitime qu'à condition qu'un second filtre fasse le départ dans les matériaux qu'elle permet de réunir* »<sup>1003</sup>. Néanmoins, cette approche peut se révéler d'une grande aide puisqu'elle **propose une attestation corroborée par le langage, une proclamation de sa nature, à travers les mots mêmes qui le composent.** Le standard représente, ainsi, un véritable *instrument de mesure*, une *sous-directive d'évaluation et de gradation du principe qu'il applique*. En effet, le standard, défini comme un instrument de

---

<sup>1001</sup> SCHLANGER J., *Objets idéels*, Paris, Vrin, 1978, p. 10 ; v. aussi PEYRON BONJAN C., « Points de vue philosophiques sur les concepts : notion, concept, catégorie, principe, qualification », *RRJ* 2012-5, n° hors-série n° 26, p. 2238.

<sup>1002</sup> L'on peut donner encore des exemples de standards dans d'autres matières, comme le droit des entreprises en difficulté : « *manifestement insusceptible de redressement* » (C. com art. 631-7), « *adoption manifestement impossible* » (C. com. art. 622-10), « *atteinte excessive* » (C. com. art. 622-13, 641-11-1, 626-31, 626-32). Il est à noter que *le standard de l'atteinte excessive est toujours suivi ici d'une notion cadre* qui opère comme la directive référentielle contingente (« *aux intérêts du cocontractant* », « *aux intérêts des parties affectées* »).

<sup>1003</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 45.

mesure<sup>1004</sup>, peut valablement être décrit comme un **instrument évaluatif**. Ruwen Ogien propose à ce titre une distinction entre les énoncés normatifs, qui sont déontiques<sup>1005</sup> et les énoncés évaluatifs. Les énoncés normatifs transposent une obligation, une permission ou une interdiction<sup>1006</sup>. En revanche, les énoncés évaluatifs « *permettent les degrés* »<sup>1007</sup>. C'est dire que « *quelque chose peut être assez bon ou vraiment formidable* »<sup>1008</sup>. Les standards font partie de cette seconde catégorie. Ils intègrent une évaluation à la norme dans laquelle ils sont introduits. Forts de leur caractère malléable et indéterminé, ils forment une sous-directive évaluative et modulatrice du principe juridique qu'ils appliquent. En effet, lorsque l'on dresse la liste des standards les plus communément admis, notamment en droit des contrats : délai raisonnable, coût raisonnable, déséquilibre significatif, avantage manifestement excessif, disproportion manifeste, contrepartie illusoire ou dérisoire, conditions substantiellement différentes, onérosité excessive, force est de constater qu'ils sont tous formés à partir d'un adverbe ou d'un adjectif qui renseigne sur l'intensité du substantif qu'il modifie ou qualifie de la sorte. Cette description du degré peut avoir trait directement à des valeurs morales – « légitime » ou « raisonnable » – ou à des valeurs plus objectives – « significatif », « illusoire », « dérisoire », « substantiel », « excessif » –. L'on comprend bien ici le mécanisme dont l'expression linguistique qui caractérise le standard donne une image parlante : **la charge abstraite et l'inspiration éthique dont les standards portent la marque ne sont que l'écho de l'idéalité qu'insuffle le principe et que le standard transforme en termes d'évaluation et de mesure.**

**230. L'instrument quantitatif de réduction du champ d'application des deux pôles d'une valeur.** Le juge, lorsqu'il a affaire à la *valeur*, formalisée dans le principe ou la notion-cadre, n'a pas pour vocation à la définir, « *il doit toujours s'attacher à positionner un objet, c'est-à-dire un acte, une règle, un comportement, sur l'échelle continue qui s'étend entre les deux pôles d'une valeur positive et d'une valeur négative sur lesquels il n'a finalement que très peu de*

---

<sup>1004</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 45.

<sup>1005</sup> OGIEN R., « L'indépendance des normes à l'égard des valeurs », *Colloque international « Les défis d'Hilary Putnam »*, 24 mars 2005, p. 6.

<sup>1006</sup> ZIELINSKA A., *art. cit.*, *Raison publique*, vol. 22, n° 2, 2017, pp. 135-151.

<sup>1007</sup> OGIEN R., *art. cit.*, p. 6.

<sup>1008</sup> ZIELINSKA A., *art. cit.*, pp. 135-151.

*prise* »<sup>1009</sup>. En intégrant à la norme des standards, le législateur impose au juge un critère quantitatif qui réduit son interprétation entre les deux pôles de la valeur. Étant dépourvu de contenu propre, le standard indique au juge la *quantité de valeur* à appliquer au cas et non la *qualité* de cette valeur. Le juge opérera, de la sorte, grâce au standard, sur un mode *quantitatif* et non *qualitatif*. On pourrait ainsi associer la technique du standard au concept axiologique de « *valence* », c'est-à-dire qu'il a pour fonction d'exprimer la grandeur des choses sur une échelle allant d'un pôle positif à un pôle négatif. **Il exprimerait alors « une quantité de la qualité »**<sup>1010</sup>.

**231.** Par ailleurs, au-delà de l'application du principe, la mise en cohérence de l'être, du fait, par les principes supérieurs, c'est-à-dire notamment leur concrétisation, est rendue possible grâce à la technique du standard juridique puisqu'il est un outil de conciliation et de concrétisation **(b)**.

### ***Conclusion Section II***

**232. Une fonction complémentaire dans le jugement.** Au-delà de la fonction abstraite qui découle de leurs définitions, c'est au sein de la fonction de juger que le rapport d'application entre la directive et la sous-directive révèle sa singularité. Cette complémentarité est traduite par l'approche holistique de la décision, c'est-à-dire d'une recherche du contexte global de l'affaire, social, économique, historique et moral. L'introduction des standards dans les législations modernes témoigne de cette volonté de motivation accrue. En effet, constitutif d'une notion dépendante, il implique l'utilisation de référentiels lui donnant corps. Cette relation ascendante, déjà expérimentée dans les développements sur le caractère référé du standard, interroge sur l'existence d'une relation descendante, du principe au standard.

**233. Le standard puise son contenu matériel dans le principe.** Il y a eu lieu, eu égard à l'analyse préliminaire sur la normalité, d'aboutir à une nouvelle définition

---

<sup>1009</sup> JACOB J.-B., « De la normativité de la valeur en droit » *Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les valeurs du magistrat*, pp. 45-63, spéc. p. 53.

<sup>1010</sup> LAVELLE L., *Traité des valeurs*, t. 1, *Théorie générale de la valeur*, PUF, 1991, p. 11.



conceptuelle du standard. La normalité ne réalise pas l'ambition définitoire du contenu du standard en ce qu'elle représente une force créatrice inhérente au droit. Le contenu du standard devait donc, en définitive, être recherché en amont, auprès des principes juridiques. Dans la mesure où il est cantonné à l'être, à l'indicatif, c'est-à-dire aux faits, le standard est dénué de contenu idéalisé. Le standard juridique et le principe sont, de ce point de vue, des notions ontologiquement opposées. La valeur n'est alors au standard qu'un surajout à sa nature propre. C'est dans le principe juridique, qui représente un devoir-être particulièrement prégnant, qu'il faut trouver le contenu du standard. Par ailleurs, la dépendance du standard envers le principe peut s'appréhender, en seconde analyse, comme une interdépendance. Le standard juridique applique, de fait, le principe puisqu'il est un outil évaluatif et non déontique. Il mesure l'intensité du principe auquel il se réfère. Ce caractère est également révélé par l'étude sémantique des standards.

## CONCLUSION

### CHAPITRE SECOND

#### 234. La nature du standard identifiée au travers d'un rapport d'application.

Nous avons envisagé, à l'orée de ce chapitre, de définir le standard au sein de sa relation de complémentarité avec des notions qui lui sont proches, mais auxquelles il ne pouvait être identifié, c'est-à-dire le principe et la notion-cadre. Précisément, nous avons envisagé l'existence d'une *relation hiérarchique et d'interprétation* entre les différentes notions indéterminées.

D'abord, nous avons établi la réalité d'une pyramide statique de référence. La relation référentielle entre les directives et la sous-directive s'inscrit dans le cadre d'une hiérarchie matérielle ou substantielle puisqu'elle *visé à établir la validité des normes sur le fondement de leur contenu, et non de leur régularité formelle*. Le rapport de référence s'exprime également au travers d'une hiérarchie axiologique *laquelle établit la supériorité hiérarchique d'une norme non pas selon un degré d'importance fixé au terme d'un jugement de valeur, mais selon le degré de puissance de la charge axiologique que la norme véhicule*. Le standard, représente, en somme, une sous-directive **référée** aux directives appliquées.

Ensuite, nous avons considéré que si le standard ne possède pas, *a priori*, de contenu matériel en soi, il puise néanmoins, *a posteriori*, son contenu, en termes de *devoir être*, du principe qu'il applique. En cela, il est une sous-directive **dépendante**. L'étude du standard juridique a permis d'avancer que celui-ci forme l'outil le plus adéquat pour transcrire et appliquer le principe juridique en droit et les valeurs qui en émanent. Rappelons-le, le contenu du standard étant ouvert et malléable, il constitue donc un réceptacle de choix pour le contenu du principe juridique qu'il applique. En somme, « *pour remplir sa fonction, il est nécessaire au juge, en ce sens politique, d'avoir un appareil conceptuel suffisamment différencié. La catégorie du standard en fait partie intégrante* »<sup>1011</sup>. Cette relation de dépendance se transcrit alors dans un rapport logique et linguistique *qui visé à établir une hiérarchie dans la structure du langage des sources du droit, au travers de normes et de métanormes*<sup>1012</sup>. La directive

---

<sup>1011</sup> PETEV V., « Standards et principes généraux du droit », *RRJ* 1988-4, p. 831.

<sup>1012</sup> GUASTINI R., « Lex superior, Pour une théorie des hiérarchies normatives », *Revus* 2013/21, pp. 47-55, spéc. p. 47 : « *une métanorme est une norme qui porte, au niveau de méta-langage, sur une autre norme* ».

référentielle joue, en définitive, le rôle de norme primaire de prescription et la sous-directive de norme secondaire de mise en œuvre ou d'application<sup>1013</sup>.

---

<sup>1013</sup> La norme de mise en œuvre est aussi appelée, en théorie du droit, « norme de décision » : MILLARDE., « La hiérarchie des normes », *Revus* 2013/21, pp. 163-199 : « Hart distingue les normes relatives aux modèles de comportement des normes relatives à la production des normes. Les premières de ces normes (normes primaires dans le vocabulaire de Hart) sont l'objet de normes secondaires qui en règlent l'identification (règles de reconnaissance), la modification (règles de changement) et la mise en œuvre (règles de décision) »

## CONCLUSION

### TITRE PREMIER

**235. La réduction notionnelle du standard dans le genre des notions indéterminées.** La première étape du raisonnement que nous avons mené pour aboutir à une définition du standard juridique, a résidé dans une confrontation avec les autres notions indéterminées, dans une démarche réductrice. D'une part, le principe juridique a été défini comme *une technique juridique, généralement écrite, au taux d'abstraction et de généralité particulièrement élevés, qui fonde et domine un corpus de règles et exprime un devoir être par le biais d'un renvoi à des valeurs qui transcendent l'espace juridique*. D'autre part, la notion-cadre constitue *une directive référentielle subsidiaire et contingente*. L'analyse des points communs et des différences entre ces trois notions déterminées a révélé une différence de nature et non pas simplement de degré entre celles-ci. Contrairement aux principes et aux notions-cadres qui sont des directives, le standard juridique est une sous-directive. De fait, du standard ne découle aucune directive, mais seulement des applications concrètes. Il est justement le critère d'application des directives supérieures.

**236. Une sous-directive dépendante et référée.** La seconde étape de ce raisonnement consistait à étudier le rapport d'application entre le principe et le standard. Celui-ci est, en effet, **dépendant et référé** dans son rapport avec les directives qu'il applique, c'est-à-dire le principe et dans une moindre mesure la notion-cadre. Ces caractères ne peuvent être compris que lorsque le standard est analysé en prenant en considération la règle de droit dans laquelle il est intégré et les autres notions qui l'entourent. Dès lors, le standard juridique n'est pas standard *en soi*, c'est le contexte qui lui donne sens, le détermine. La qualification d'une notion indéterminée de standard juridique doit donc être établie dans un processus de rapprochement et de confrontation avec les autres notions indéterminées. Ainsi, lorsque l'on analyse le principe juridique, notion indéterminée qui transcende le droit et importe dans celui-ci un référentiel idéal, puis la notion-cadre, qui est un référentiel plus contingent, il est plus aisé d'apprécier l'existence d'un standard. Le standard forme alors, dans ce schéma, la sous-directive qui est directement applicable au cas d'espèce. Il constitue, en somme, leur critère d'application. L'analyse de la relation de complémentarité qu'entretiennent les directives et la sous-directive a permis de singulariser le standard juridique dans sa nature et son fonctionnement.

**237. Un processus dual.** Finalement, le processus dynamique décrit est dual. Le standard entretient à la fois un rapport privilégié avec les faits et avec la directive référentielle appliquée. *Aussi, le standard fonctionne comme un instrument de mesure neutre qui offre au juge la possibilité de quantifier ou de chiffrer une réalité factuelle elle-même objective. Il reste que cette mesure s'inscrit, ensuite, au sein du rapport d'application, dans une certaine finalité.* En effet, le standard juridique a pour objet de déterminer l'intensité avec laquelle le principe juridique – *subjectif* – doit s'appliquer aux faits – *objectifs* –. Conformément au concept de valence, le standard mesure donc, *in fine*, la quantité d'une qualité. La description du mécanisme qui lie la directive référentielle au standard met d'ailleurs en lumière ses caractères propres (**Titre Second – Les caractères du standard**).

## TITRE SECOND

### LES CARACTÈRES DU STANDARD

---

**238. L'incidence de l'identification du standard dans le genre des notions indéterminées.** La délimitation de la notion de standard et du rapport d'application dans laquelle elle s'inscrit révèle ses caractères propres. Dans une perspective dynamique et holistique, le standard fait figure de *sous-directive d'objectivation et de concrétisation des directives référentielles appliquées*. Ainsi, en comparaison avec les notions indéterminées auxquelles il se réfère – les directives – la spécificité du standard juridique est d'être une sous-directive plus *concrétisable* et plus *objective*. S'il n'y a pas lieu de nier l'indétermination résidant au cœur de la notion de standard ni la part de subjectivité induite par celle-ci, il convient de la relativiser au regard des autres notions indéterminées dès lors que, contrairement à ces dernières, le standard est immédiat et concrétisable : puisqu'il est avant tout un instrument de mesure, il est quantifiable. C'est cette *quantifiabilité*, ainsi que sa proximité avec les faits qui nous permettront également d'affirmer son potentiel d'objectivation.

*In fine*, l'objet de cette étude est, d'abord, de démontrer que le standard est une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle (**Chapitre I**).

**239. Les conséquences de la redéfinition du standard comme sous-directive d'objectivation et de concrétisation.** La mise en perspective du standard avec les directives référentielles au travers de l'identification de ses caractères dynamiques a des conséquences concrètes sur l'appréhension de la notion. La redéfinition du standard renouvelle la question de l'impact de ce dernier sur la sécurité juridique. Cette étude vise dès lors à établir que le standard produit un impact négatif tout à fait relatif au regard de la sécurité juridique. En outre, la redéfinition du standard en ces termes offrira la possibilité de le circonscrire véritablement vis-à-vis des autres notions juridiques. Une reclassification concrète pourra, dès lors, être effectuée (**Chapitre II**).

**CHAPITRE PREMIER** – La détermination des caractères propres.

**CHAPITRE SECOND** – L'incidence des caractères propres.



## CHAPITRE PREMIER

### LA DÉTERMINATION DES CARACTÈRES PROPRES

---

**240. Les caractères dynamiques de la sous-directive.** La notion de sous-directive forme la nature du standard : au cœur d'un schéma de dépendances réciproques, le standard constitue l'instrument d'application des normes supérieures auxquelles il se réfère dans la pyramide statique de référence. Il y a lieu, dès lors, de préciser les différents caractères de cette *sous-directive*, ces derniers influant directement sur le rapport d'application.

**241. Introduction à la notion de sous directive de concrétisation et d'objectivation.** La finalité de cette recherche est de restreindre la définition du standard juridique par rapport à celles qui ont été précédemment élaborées. Premièrement, toute notion indéterminée n'est pas un standard juridique et il y a lieu de constater que le standard est le concept le moins indéterminé d'entre-elles. Le standard est, de ce fait, une sous-directive qui porte en elle la capacité de concrétiser la norme supérieure – la directive référentielle – en ce sens qu'il s'agit d'une notion *immédiate* – qui suggère la solution – contrairement au principe qui est une notion *médiate*. Deuxièmement, si le standard juridique a été entendu comme une notion indéterminée, ayant notamment pour fonction de renvoyer au monde des valeurs<sup>1014</sup>, la comparaison du standard avec d'autres notions indéterminées comme le principe ou la notion-cadre a révélé une différence de nature du standard juridique par rapport aux autres notions<sup>1015</sup>. Le standard est une notion plus

---

<sup>1014</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, thèse, 1980.

<sup>1015</sup> L'existence de cette différence de nature ou de degré a également été posée en droit anglosaxon : GOEBEL J.-P., « Rules and standards : a critique of two critical theorists », *Duquesne Law Review*, vol. 31, n° 1, art. 4, 1992, p. 51, spéc. p. 56, traduction : « *Il existe une confusion, dans la littérature formelle, quant au sens des divers mots utilisés pour représenter certains types de normes juridiques. La plupart des commentateurs s'accordent à dire que sur le continuum représentant les formes possibles d'une directive juridique, il y a, à une extrémité, une norme désignée comme une « règle », et les règles minimisent la discrétion du décideur en attachant des conséquences juridiques déterminées à un état précis et détaillé de faits. La difficulté survient lorsque l'on s'éloigne des règles pour adopter des types de standards qui exigent pour leur application non seulement une évaluation de l'existence ou de la non-existence d'un certain ensemble de faits, mais aussi une appréciation ou une évaluation qualitative des faits tels qu'ils s'avèrent exister contre un standard chargé de valeurs qui fait partie de la norme. Beaucoup ont appelé ce dernier type de norme un standard mais d'autres termes, tels que « principe » et « politique », ont été utilisés pour décrire ce qui semble être exactement la même chose. Existe-t-il des différences significatives entre les standards, les principes et les politiques ? Si tel est le cas, ces différences peuvent-elles être caractérisées simplement en termes de différents points de notre continuum de formes juridiques, représentant*



précise que le principe qu'il applique en tant qu'il constitue une sous-directive consubstantiellement liée aux faits. Le standard, contrairement au principe juridique qui constitue le *devoir-être*, l'idéalité, présente un potentiel supérieur d'objectivation.

**242. Mise en perspective.** La difficulté soulevée par la définition du standard ne tient pas tant au fait que celle-ci varie d'un auteur à un autre, mais plutôt que la notion de standard n'est quasiment jamais mise en perspective avec les autres notions vagues, indéterminées, dont notre droit foisonne pourtant. Cette lacune méthodologique favorise, selon nous, les confusions. Toute définition, dans n'importe quel domaine intellectuel – lexical, mathématique – passe par le regroupement, sous le même microscope, dans le même champ d'investigation et d'hypothèses, de ce qui ressemble et de ce qui dissemble. Cette méthode réductrice permet d'établir des distinctions, des analogies, des nuances, et, *in fine*, des connexions et d'animer tous les éléments qui, pour faire sens, doivent, ensemble, prendre vie. Seule une perspective holistique, c'est-à-dire globale, offre la possibilité de définir véritablement le standard juridique, non pas dans l'abstrait, mais en le replaçant au sein du droit. Le standard est une sous-directive *dépendante et référée* composée de deux sous-caractères. Il s'agit d'une sous-directive de *concrétisation* (**Section I**) et d'*objectivation* (**Section II**).

**SECTION I** – Une sous-directive de concrétisation.

**SECTION II** – Une sous-directive d'objectivation.

---

*ainsi des différences de degré par rapport au degré de discrétion accordé au décideur et à la durée du report de la décision ? Ou les différences sont-elles plus substantielles, représentant peut-être non pas simplement des différences dans la forme de la loi mais plutôt des différences dans le type de loi ou même des différences entre la loi et autre chose ? » ; Citation originale : « There is confusion in the literature of form over the meaning of various words used to represent certain types of legal norms. Most commentators agree that on the continuum representing possible forms of a legal directive, there is at one end a norm designated as a "rule," and rules minimize the discretion of the decision-maker by attaching determinate legal consequences to a definite, detailed state of facts. The difficulty arises as one moves away from rules into types of norms that demand for their application not simply an assessment of the existence or non-existence of a certain set of facts but also a qualitative appraisal or evaluation of the facts as they are found to exist against a value-laden standard that is part of the norm. Many have called the latter type of norm a standard, but other terms, such as "principle" and "policy," have been used to describe what looks to be the very same thing. Are there any meaningful differences between standards, principles, and policies? If so, can those differences be characterized simply in terms of different points on our continuum of legal form, thereby representing differences in degree relative to the amount of discretion accorded the decision-maker and the length of postponement of the decision? Or are the differences more substantial, perhaps representing not simply differences in the form of law but rather differences in the type of law or even differences between law and something else? ».*

## SECTION I

### UNE SOUS-DIRECTIVE DE CONCRÉTISATION

**243. Rapport d'application et de concrétisation.** Le principe juridique est à l'origine des règles juridiques. Son application concrète nécessite, toutefois, l'intervention de ces mêmes règles. Ces dernières peuvent être de toutes natures. Il peut s'agir, en effet, de sous-principes, de règles de droit précises et déterminées, ou encore, et c'est l'objet de notre démonstration, de standards juridiques. Néanmoins, si les règles juridiques précises et déterminées sont capables d'appliquer le principe juridique, leur immutabilité intrinsèque ne respecte pas parfaitement son essence. Le principe est caractérisé par une abstraction et une généralité importantes. Il est donc doté d'une malléabilité supérieure aux règles déterminées. En revanche, le standard, revêtant également les caractéristiques d'une notion indéterminée, est susceptible de concrétiser et de préciser le principe, au lieu de se borner à l'appliquer. Le principe et le standard fonctionnent donc de façon plus complémentaire que les principes et les règles de droit classiques.

L'ouverture proposée par le standard permet une application plus concrète du principe que des règles qui seraient déterminées *a priori*. Par ailleurs, la rigidité des règles précises, au contraire du standard, constitue un frein à la cohérence et à l'harmonie des principes du droit. Il semble, de fait, délicat d'instaurer un réel équilibre entre plusieurs principes divergents ou complémentaires à l'aide de règles précises. Seule une technique législative dotée d'une malléabilité importante peut réellement aboutir à une telle conciliation<sup>1016</sup>. Nous le verrons, notamment en droit des contrats, seul le standard est véritablement susceptible de concilier les principes contradictoires, moraux et économiques, en présence<sup>1017</sup>.

Ainsi, d'une part, lorsqu'il doit faire usage de notions indéterminées, le juge ne peut rendre une solution raisonnable et motivée que par l'application d'un principe ou d'une notion-cadre précisée par le standard.

---

<sup>1016</sup> Pour un exemple en dehors du droit des contrats, à propos du risque d'endettement excessif : HOUTCIEFF D., « Devoir de mise en garde du banquier : l'appréciation mesurée du risque d'endettement excessif », *RTD civ.* 2021, p. 434, spéc. n° 7 : « *Au-delà de ces interrogations, l'essentiel demeure cependant : l'admission mesurée du devoir de mise en garde préserve l'équilibre entre la protection de l'emprunteur et le principe de non-ingérence* ».

<sup>1017</sup> V. *infra* n° 535 et s.

D'autre part, le juge ne peut interpréter le standard qu'en analysant le principe et la notion-cadre qui lui donnent sens. Il existe, de fait, une relation d'interdépendance entre la sous-directive et la directive supérieure. Monsieur Rabault, dans sa thèse sur l'objectivité de la méthode herméneutique dans l'interprétation des normes, écrivait, en ce sens, que « le processus de compréhension préalable à l'application de la norme (...) implique une relation de sens entre la partie et le tout, entre l'objet interprété et le contexte formel de l'interprétation »<sup>1018</sup>. Il reste que, pour appréhender la faculté de concrétisation du standard, celle-ci doit être mise en rapport avec l'imprécision des notions indéterminées.

**244. La précision et l'immédiateté d'une notion.** Selon *Le Dictionnaire de l'Académie française*, « précision » signifie d'une part, « haut degré de détermination » et, d'autre part, « le soin apporté à être exact, à ne rien omettre ni négliger ». C'est encore « un instrument de mesure perfectionné dont la marge d'erreur est très réduite »<sup>1019</sup>. En matière juridique, si la précision peut être associée ou assimilée à la lisibilité et à l'intelligibilité, elle peut aussi être entendue au sens de « concrétisabilité »<sup>1020</sup>. La précision permet alors à son interprète de fournir la solution précise dans un cas concret<sup>1021</sup>. Une notion déterminée, ou précise, serait donc une notion directement applicable au cas concret, contrairement à la notion indéterminée qui nécessiterait un médiateur. La notion déterminée est donc une notion *immédiate*, alors que la notion indéterminée est une notion *médiate*.

**245. Le degré d'imprécision des notions indéterminées.** Un auteur déclarait, à propos des standards, que « de nombreuses règles de notre système de droit étatique utilisent des catégories fonctionnellement imprécises, dénommées standards (...). Ces catégories introduisent une marge très sensible d'indétermination dans ce que le droit requiert, fonde ou tolère. Une indétermination qui se manifestera à l'heure de la mise en contact des règles faisant place à ces notions et de situations empiriques dans le cadre d'une opération juridique de qualification ou d'évaluation. Avec cette dose d'imprévisibilité s'ouvrent des voies par lesquelles des représentations, des valeurs, des

---

<sup>1018</sup> RABAULT H., *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 131.

<sup>1019</sup> *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., Fayard, 2005, v. « Précision »

<sup>1020</sup> FERCOT C., *art. cit.*, *La revue des droits de l'homme*, 7/2015, mis en ligne le 16 juillet 2015, p. 1.

<sup>1021</sup> *Ibid.*

*croyances, des agents d'application du droit (des juges) pénétreront dans le champ juridique* »<sup>1022</sup>. Ce passage suggère le fait que, très souvent, les auteurs n'opèrent aucune distinction entre les différentes espèces de notions indéterminées. Ces derniers concluent alors logiquement qu'elles ont toutes le même degré d'imprécision. Les notions floues, notions générales au contenu indéterminé, notions souples à contenu variable, notions-cadre, notions évolutives, principes fondamentaux, règles souples, ou encore standards juridiques posséderaient tous un « *contenu ambigu et non exhaustif* »<sup>1023</sup>. En règle générale, il est entendu que même si ces concepts peuvent revêtir « *des formes très diverses* »<sup>1024</sup>, ils sont tous fortement indéterminés et donc « *par définition pas directement applicable(s)* »<sup>1025</sup>. Pire encore, ils pourraient donc tous être regroupés sous le vocable générique de « *standards* »<sup>1026</sup>. Or, nous considérons, à la lumière de notre pyramide de référence, que l'indétermination, liée à l'abstraction des notions, comporte des degrés. De la sorte, les espèces de la famille des notions indéterminées peuvent ne pas revêtir le même degré d'indétermination. Le principe, par exemple, semble beaucoup plus indéterminé et médiat que la sous-directive que constitue le standard. C'est, en tous cas, l'objet de notre démonstration.

**246. Plan.** De fait, il convient d'étudier premièrement le caractère *médiat* et *non concrétisable* du principe juridique (§1 – **La directive médiate et non concrétisable**) afin d'appréhender, par comparaison, le standard juridique comme un outil de concrétisation des directives référentielles (§2 – **La sous-directive de concrétisation**).

## **§1. LA DIRECTIVE MÉDIATE ET NON CONCRÉTISABLE**

**247. L'indétermination et le caractère non concrétisable du principe.** Le principe juridique, qui constitue la notion la plus abstraite parmi les notions indéterminées, dispose du degré d'indétermination le plus élevé dans la mesure où l'abstraction équivaut

---

<sup>1022</sup> JEAMMAUD A., « L'ordre : une exigence du droit ? », in ANCEL P., RIVIER M.-C., et al. (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne, Presses universitaires de Saint-Etienne, 2003, p. 20.

<sup>1023</sup> FERCOT C., *art. cit.*, *La revue des droits de l'homme*, 7/2015, mis en ligne le 16 juillet 2015, p. 2.

<sup>1024</sup> JEAMMAUD A., *art. cit.*, 2003, p. 20.

<sup>1025</sup> *Ibid.*

<sup>1026</sup> *Ibid.*

dans une certaine mesure à l'indétermination<sup>1027</sup>. De surcroît, le principe juridique est un concept *médiat* laissant une marge d'interprétation au professionnel qui l'invoque de sorte que, parfois, le juge peut même faire œuvre créatrice. C'est le cas, par exemple, du principe de *bonne foi*, à partir duquel la jurisprudence a créé un véritable système prétorien d'obligations accessoires sanctionnées par des dommages et intérêts<sup>1028</sup>. De la même façon, les principes de liberté contractuelle, de proportionnalité, ou encore de liberté de la preuve constituent des notions abstraites qui font office de directives pour le juge en tant qu'elles sont vectrices de valeurs ou de normes extrajuridiques. En revanche, elles ne sont pas créées par le législateur ou le juge dans le but de donner à ce dernier une solution concrète pour la résolution du cas qu'il lui incombe de juger. Le principe n'est alors pas concrétisable *en soi* dans la mesure où il requiert plusieurs degrés ou strates dans l'interprétation. Le juge est contraint d'opérer toute une série de conjectures avant d'aboutir à une solution concrète par le biais d'un principe juridique. Tout d'abord, il devra interpréter une notion provenant d'un domaine – le monde des valeurs<sup>1029</sup> – qui ne peut être maîtrisé de manière scientifique tant il est empreint de subjectivité et d'une certaine relativité<sup>1030</sup>. Il lui appartiendra ensuite, s'il parvient à appréhender la signification profonde du principe, de l'adapter au cas de l'espèce, de le transformer en *outil de réponse* calibré pour le syllogisme judiciaire. Il lui faudra enfin interpréter les faits de l'espèce en se référant au message éthique porté par le principe. Dans ces circonstances, l'interprétation du juge s'apparentera le plus souvent à un rôle de création<sup>1031</sup>. Cet amalgame de toutes les notions indéterminées malgré leurs différences intrinsèques conduit ainsi à une confusion lexicale, conceptuelle et donc doctrinale. En revanche, la pyramide statique de référence, avec en son sommet le principe juridique qui domine et transcende et le standard juridique, sous-directive d'application de ce principe, instaure

---

<sup>1027</sup> Pour le développement aboutissant à ce résultat, v. *infra* n° 57 ; ELEDALLE G., « Réflexions sur l'abstraction et la nature de l'abstrait, À propos de la philosophie de J. Laporte », *Revue Philosophique de Louvain*, t. 48, n° 17, 1950, p. 72 et s.

<sup>1028</sup> V. *infra* n° 408 et s., v. également : Com., 20 juin 2000, n° 96-16.497 ; Civ., 1<sup>re</sup>, 6 janv. 1998, n° 95-19.199 : *Bull. civ. I*, n° 7, p. 5 ; Com. 11 juill. 2000, n° 97-18.275 ; Com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, *Bull. civ. IV*, n° 208, p. 176.

<sup>1029</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 72 et s.

<sup>1030</sup> Nous le verrons, le standard, quant à lui, ne renvoie pas directement au monde des valeurs, v. *infra* n° 253 et s.

<sup>1031</sup> La question de la sécurité juridique, notamment du rôle du juge eu égard aux notions indéterminées et plus précisément aux principes et aux standards sera étudiée dans la seconde partie de cette thèse, v. *infra* n° 330 et s.

une hiérarchie et une méthode d'interprétation qui écarteraient cette création discrétionnaire. La notion de procès équitable<sup>1032</sup> qui figure notamment à l'article préliminaire du Code de procédure pénale depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 est d'ailleurs un exemple topique du pêle-mêle généré par les auteurs dans la qualification des diverses notions indéterminées.

**248. La notion de procès équitable, un principe qualifié de standard.** Aussi, le procès équitable a-t-il pu être qualifié de standard<sup>1033</sup> de la procédure pénale « régissant la procédure et l'organisation judiciaires, mais aussi les conditions de leur application en pratique, les garanties de leur réalisation et leur efficacité dans le droit national »<sup>1034</sup>. Or, les auteurs<sup>1035</sup> se fondent souvent sur des caractéristiques propres à d'autres notions considérées comme synonymes et donc assimilables pour qualifier telle ou telle notion de standard juridique. Le procès équitable est qualifié de standard, car il offrirait « un cadre »<sup>1036</sup> comprenant « différentes normes, au nombre desquelles figurent l'indépendance et l'impartialité, la publicité des débats, la motivation des décisions de justice, le caractère raisonnable du délai de procédure, l'accès aux autorités judiciaires nationales et la participation de la procédure, l'égalité des armes et le droit de bénéficier d'une procédure contradictoire »<sup>1037</sup>. Ce standard ferait figure pour les États de référent, tout en les laissant libres des moyens et des voies pour y parvenir<sup>1038</sup>. N'est-ce pas ici la stricte définition de la directive au sens du droit de l'Union européenne – qui prescrit des objectifs à atteindre tout en laissant les États libres des moyens pour y parvenir –<sup>1039</sup> combinée avec celle de *notion-cadre* ? Il s'agit ici d'une définition de standard constituée en réalité d'un assemblage d'autres définitions utilisées pour des notions indéterminées

---

<sup>1032</sup> GUINCHARD S., « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA* n° spéc. juil-août 1998, p. 191 ; DUTHELLET DE LAMOTHE O., « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », *Intervention du 13 février 2009 au Conseil constitutionnel* ; BARTHÉLEMY J., BORÉ L., « Constitution et procès équitable », *Constitutions* n° 1, 2010, p. 67 et s. ; FALLON D., « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 86, 2011/2, p. 276.

<sup>1033</sup> V. notamment : LE MONIER DE GOUVILLE P., « De l'usage du standard en procédure pénale », *RDA* fév. 2014, n° 9, p. 45 et s.

<sup>1034</sup> LE MONIER DE GOUVILLE P., *art. cit.*, *RDA* fév. 2014, n° 9, p. 46 et s.

<sup>1035</sup> *Ibid.*, p. 45 et s.

<sup>1036</sup> *Ibid.*

<sup>1037</sup> *Ibid.*

<sup>1038</sup> *Ibid.*

<sup>1039</sup> Dictionnaire juridique, v. « Directive communautaire » : « *En droit communautaire les "directives" sont des instruments juridiques adoptés par le Conseil ensemble avec le Parlement ou par la Commission seule, elles ont pour but l'harmonisation des législations des États membres. Elles laissent à ces derniers toute latitude pour atteindre les objectifs qu'elle fixe.* » : <https://www.dictionnaire-juridique.com>

différentes de ce dernier. Cette opération intellectuelle caractérisée par un procédé d'absorption ou d'analogie apparaît dès lors peu convaincante. Le procès équitable est une notion qui devrait être qualifiée, en revanche, de principe juridique et non de standard. La notion de procès équitable semble répondre aux caractéristiques du principe entendu comme une directive référentielle primaire. De fait, le principe du procès équitable traduit un *idéal*, un objectif à atteindre. Il engendre et domine un certain nombre de règles moins abstraites qui permettent la traduction en droit de ce principe. Il s'agit notamment des standards, sous-directives qui précisent et concrétisent le principe du procès équitable. Le *délai raisonnable*<sup>1040</sup>, un aspect du procès équitable, est l'exemple le plus caractéristique du standard juridique. Or, ce dernier se présente au juge comme une sous-directive d'application du principe du procès équitable.

**249.** En somme, l'abstraction du principe ainsi que son caractère médiat indiquent qu'il ne s'agit pas d'une notion « *concrétisable* »<sup>1041</sup>. À l'inverse, le standard juridique constitue un instrument de concrétisation (§2).

## §2. LA SOUS-DIRECTIVE DE CONCRÉTISATION

**250. Relativiser l'indétermination du standard.** S'il n'est pas question de nier l'indétermination du standard, il s'agit néanmoins d'en nuancer l'importance par rapport aux autres espèces de la famille des notions indéterminées. Le standard juridique n'est pas abstrait, à l'inverse du principe. En effet, le principe régit, domine un ensemble de règles au travers d'une valeur qui les transcende alors que le standard juridique n'est, en définitive, qu'un instrument de mesure, une sous-directive, introduite dans une règle de droit afin de permettre l'application au cas d'espèce. Si le standard s'applique de façon moins directe et évidente qu'une règle chiffrée qui commande une application purement objective et mathématique – lorsque la loi prescrit un délai de 15 jours pour faire appel en matière d'ordonnance de référé par exemple<sup>1042</sup> – il ne peut toutefois être considéré comme une notion tout à fait médiante. Ainsi, lorsque l'on prend l'exemple d'un standard accepté

---

<sup>1040</sup> Pour un développement plus approfondi du standard du *délai raisonnable*, v. *infra* n° 544 et s.

<sup>1041</sup> FERCOT C., *art. cit.*, *La revue des droits de l'homme*, 7/2015, mis en ligne le 16 juillet 2015, p. 1.

<sup>1042</sup> CPC. art. 490.

de tous, comme le « *délai raisonnable* »<sup>1043</sup>, s'il est une notion indéterminée qui laisse une marge de manœuvre au juge, il détient pour autant une certaine faculté de concrétisation<sup>1044</sup>. Le caractère raisonnable du délai est l'outil de quantification du délai. Bien que non déterminable *a priori*, le standard est une sous-directive directement applicable, donc « *concrétable* »<sup>1045</sup>. Il apparaît, en quelque sorte, comme la notion la plus restreinte<sup>1046</sup> de la famille des notions indéterminées, contrairement au principe juridique qui serait la plus large. En effet, en ce que le standard est un instrument de mesure, il est sinon chiffrable, du moins quantifiable<sup>1047</sup>. Il procure au juge qui l'utilise un instrument qui pourrait s'apparenter à une échelle de mesure, étalonnée non pas avec des chiffres mathématiques, mais par des expressions issues du langage courant : le *suffisant*, le *manifeste*, l'*excessif*, le *raisonnable* ou encore le *significatif*. Cette quantifiabilité fait du standard une technique législative de concrétisation des directives référentielles appliquées. À cet égard, c'est la preuve que le standard ne parle pas donc en termes de « normalité ». Il parle en termes de faits car sa non-précision n'en fait pas une abstraction mais au contraire permet une quantifiabilité au cas par cas, dans l'objet d'examen circonscrit et particulier. Au contraire, le principe, tel que l'*effet relatif*<sup>1048</sup>, est composé d'éléments abstraits et non quantifiables : l'*opposabilité* ou l'*invocabilité* qui ne renvoient pas à des éléments d'ordre mathématique de mesure. En revanche, la notion de « manifeste », en droit de l'arbitrage, apparaît comme l'exemple typique de la faculté de concrétisation du standard.

**251. L'inapplicabilité manifeste ou la nullité manifeste, exemples de la capacité de concrétisation du standard.** Un auteur porte son attention sur deux standards<sup>1049</sup> dont l'occurrence est particulièrement élevée en matière d'arbitrage : le

---

<sup>1043</sup> HEYMANN M., « Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, p. 473.

<sup>1044</sup> FERCOT C., *art. cit.*, *La revue des droits de l'homme*, 7/2015, mis en ligne le 16 juillet 2015, p. 1.

<sup>1045</sup> *Ibid.*

<sup>1046</sup> BERNARD E., *La spécificité du standard en droit communautaire*, thèse, Bruylant, 2009, p. 64 et s.

<sup>1047</sup> Sur l'application pratique de la concrétisabilité du standard en droit des contrats, v. *infra* n° 503 et s.

<sup>1048</sup> CHANTEPIE G., « Contrat : effets – Contenu du contrat », *Rép. civ.* 2018, n° 41 ; BOUDOT M., FAURE-ABBAD M., VEILLON D., *L'effet relatif du contrat*, LGDJ, 2015 ; DESHAYES O., « Précisions sur la nature et les fonctions de la règle de l'effet relatif des conventions », in *Études Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 333 ; LATINA M., « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », *Rép. civ.* 2017, n° 103.

<sup>1049</sup> Nous contestons notamment la terminologie de « standard du raisonnable » ou de « standard du manifeste » dans la mesure où le raisonnable employé seul constitue en réalité un principe (ce qui n'est pas en revanche le cas du manifeste) et ne devient un standard qu' accolé à un autre terme qui lui donne un sens concret (le « délai raisonnable »), v. *infra* n° 373 et s.



raisonnable et le manifeste<sup>1050</sup>. Le recours à la notion de *manifeste* se fait, en droit de l'arbitrage pour des hypothèses assez particulières, souvent pour limiter un principe. Notamment, le standard de l'inapplicabilité manifeste ou de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage « *est employé afin de limiter le principe de compétence-compétence vecteur de la règle d'autonomie de la clause compromissoire* »<sup>1051</sup>. Ce principe de compétence-compétence permet à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence en priorité par rapport au juge<sup>1052</sup>. Le principe s'applique donc « *sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* »<sup>1053</sup>. Or, le standard de l'inapplicabilité ou de la nullité manifestes est tellement restrictif qu'il « *n'est que très exceptionnellement retenu* »<sup>1054</sup>. De fait, le manifeste est ce qui est « *évident, incontestable, qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute* »<sup>1055</sup>. La Cour d'appel de Reims a même retenu que « *la nullité manifeste ou l'inapplicabilité manifeste est celle qui s'impose d'elle-même par une contravention littérale à l'une des conditions légales imposées pour la validité des conventions d'arbitrage et ne requiert aucune interprétation pour être constatée* »<sup>1056</sup>. Le manifeste fonctionne alors comme un instrument de concrétisation du principe de compétence-compétence. Il est, dès lors, difficile de conclure à une indétermination telle du standard juridique qu'il soit complètement abandonné au pouvoir créateur du juge.

---

<sup>1050</sup> CHABAAN R., « Les standards en droit de l'arbitrage », *RDA* 2014, n° 9, p. 85 et s.

<sup>1051</sup> *Ibid.*

<sup>1052</sup> *Ibid.*

<sup>1053</sup> *Ibid.*

<sup>1054</sup> CA Paris, 25 juin 2013 et 6 nov. 2013, *JCP* 2013, n° 3, doct. 1391, obs. SERAGLINI C.

<sup>1055</sup> CA Paris, 25 juin 2013 et 6 nov. 2013, *JCP* 2013, doct. 1391, n° 3, obs. SERAGLINI C.

<sup>1056</sup> CA Reims, 29 mai 2012, RG : 11/00218. V. notamment : MOREAU B., BEREGOIA., DESCOURS-KARMITZ R., PAUL E., *Répertoire de droit commercial*, *Rev. arb.* 2012, p. 675.

### ***Conclusion Section I***

**252. Une sous-directive de concrétisation.** Puisque le standard représente, avant tout, une notion indéterminée, son application implique nécessairement que le juge bénéficie, par son emploi, d'un pouvoir d'interprétation significatif. Il est néanmoins nécessaire de nuancer ce constat : le standard, contrairement au principe auquel il se réfère, est une notion capable de le concrétiser en ce qu'il constitue ***l'instrument de sa mesure***. Il est, ainsi, sinon chiffrable, du moins quantifiable. Il présente au juge, par sa gradation, une fourchette d'interprétation enfermée dans un ***seuil de gravité élevé***<sup>1057</sup>. Le principe n'opère qu'en amont, dans la compréhension des enjeux transcendants. Il constitue une directive, un guide pour la solution que le standard va appliquer et concrétiser. Il semble donc que le standard soit une sous-directive ayant pour qualité de concrétiser une directive référentielle puisqu'il est toujours chiffrable ou quantifiable. Il convient, par ailleurs, de ne pas exagérer l'importance de la subjectivité induite par le standard. Ce dernier étant étroitement lié aux faits, puisqu'il est l'instrument de leur mesure, il tire une part de leur objectivité constitutive. En revanche, le principe, notion métajuridique empreinte de valeurs, est, lui, tout entier subjectif. Les faits *tombent sous le sens* tandis que les valeurs sont créées, posées, discutées, interprétées. De fait, d'une part, le seuil de gravité imposé au juge pour rendre sa décision aboutit à l'objectivation de la directive référentielle appliquée **(Section II)**.

---

<sup>1057</sup> C'est le cas, par exemple, pour les standards du *manquement grave* (C. com. art. 621-2) ou de la *charge manifestement excessive* (CCP. art. 13411-7, 12711-7, 12711-8). Pour la mise en pratique de ce degré de gravité, v. *infra* n° 493 et s. ; Pour un exemple d'appréciation restrictive des juges, v. HOUTCIEFF D., « Devoir de mise en garde du banquier : l'appréciation mesurée du risque d'endettement excessif », *RTD civ.* 2021, p. 434.

## SECTION II

### UNE SOUS-DIRECTIVE D'OBJECTIVATION

**253. L'objectivation de la directive référentielle.** Le standard juridique est une sous-directive d'objectivation de la directive référentielle appliquée. Certes, cette affirmation peut sembler, de prime abord, quelque peu provocatrice dans la mesure où le standard a toujours été pointé du doigt en raison de sa subjectivité<sup>1058</sup> et de son indétermination<sup>1059</sup>. Néanmoins, tout comme il ne s'agissait pas de contester complètement l'indétermination ou l'imprécision du standard juridique, il n'est pas non plus question ici de réfuter la part de subjectivité induite par le standard lors de l'interprétation qui en est faite par le juge. Cependant, il faut la relativiser en considération des autres notions indéterminées et en particulier du principe juridique. En examinant le standard, non pas dans l'abstrait, mais dans un rapport d'application, il est manifeste que le standard, en raison du lien étroit qu'il entretient avec les faits et du seuil de gravité que son expression commande, permet d'objectiver la directive référentielle. Si le standard donne l'impression de transcender l'espace juridique grâce aux valeurs dont il est investi, ce n'est, en réalité, que parce qu'*il réfléchit la charge idéologique du principe juridique*. Ce dernier constitue, dans notre analyse, le *devoir être* alors que le standard n'est qu'un instrument de mesure de l'*être* mis en cohérence avec les principes supérieurs. Cette affirmation vient contredire l'approche du standard juridique contemporaine<sup>1060</sup>. Selon l'auteur, le standard est un instrument de mesure de la normalité, donc à la fois de l'*être* et du *devoir être*. Or, l'objet de notre étude est de montrer que le standard se cantonne à l'*être* et que le *devoir-être* n'est que l'apanage du principe juridique. Il convient ici non pas d'analyser ce point au regard du contenu du standard, mais d'envisager la capacité d'objectivation du standard en tant qu'il constitue avant tout un instrument, une technique législative dynamique.

---

<sup>1058</sup> JAUFFRET-SPINOSI C., « Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes » in GRUNDMANN S., MAZEAUD D. (dir.), *General clauses and Standards in European Contract law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 36 et s. ; SALAS D., « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justice et Équité, Justices*, n° 9, 1998, p. 109 et s.

<sup>1059</sup> Sur la remise en cause du standard pour sa subjectivité et son caractère flou, v. DUPONT N., *L'objectivation en droit privé*, thèse, 2008, p. 334 et s.

<sup>1060</sup> V. *supra* n° 88 et s.

**254. Plan.** La sous-directive que constitue le standard est, au rebours de ce qui a pu être écrit<sup>1061</sup>, une sous-directive d'objectivation dans la mesure où elle est dénuée de valeur *en soi*. Le standard juridique doit être compris comme un instrument de mesure offrant au juge une sorte de nuancier réduisant sa marge d'interprétation. Le principe, contrairement au standard, est inextricablement solidaire des valeurs et de la morale, notions subjectives. La réflexion s'établit ici au cœur de la distinction fondamentale entre le fait et les valeurs. Le standard relève du domaine des faits, alors que le principe relève du domaine des valeurs. Or, le fait, puisqu'il est *réalité*, est nécessairement objectif *a priori*. Il s'agit donc d'appréhender la question de l'altérité entre le fait et la valeur (§1 – **Une altérité fondamentale : le fait et la valeur**) afin d'envisager la conciliation de cette altérité par la technique du standard (§2 – **La conciliation de l'altérité fondamentale**).

## §1. L'ALTÉRITÉ FONDAMENTALE : LE FAIT ET LA VALEUR

**255. Hypothèse de travail.** La présente démonstration n'a pas pour objet de traiter de la subjectivité des valeurs au sens de leur relativité, mais de s'intéresser à leur rapport à une réalité neutre. Le terme objectivité ou objectif sera ici entendu au sens le plus commun à savoir ce « *qui a rapport à un objet donné* », qui « *est donné dans l'expérience* »<sup>1062</sup> ou encore comme « *les signes, symptômes que l'on constate et non ceux que l'on perçoit* »<sup>1063</sup>. En somme, objectif se dit « *d'une description de la réalité (ou d'un jugement sur elle), indépendante des intérêts, des goûts ou des préjugés de la personne qui la fait* »<sup>1064</sup>. Le terme subjectif ou subjectivité sera également entendu en son sens le plus littéral à savoir « *qui a rapport au sujet* »<sup>1065</sup>, « *qui concerne le sujet en tant qu'être conscient* », « *qui repose sur l'affectivité du sujet* », « *qui n'est pas observable directement de l'extérieur* »<sup>1066</sup>. Le subjectif est, en définitive, ce qui tient au « *domaine des réalités subjectives, la conscience, le moi* »<sup>1067</sup>. Il convient alors de présenter

---

<sup>1061</sup> V. en ce sens : STURLÈSE B., « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, n° 02, p. 398 ; DUPONT N., *L'objectivation en droit privé*, thèse, 2008, p. 334 et s.

<sup>1062</sup> *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., Fayard, 2005, v. « Objectif ».

<sup>1063</sup> *Le Petit Robert*, 2011, p. 1718, v. « Objectif ».

<sup>1064</sup> *Ibid.*

<sup>1065</sup> *Dictionnaire Littré*, en ligne, v. « Subjectif ».

<sup>1066</sup> *Dictionnaire Littré*, en ligne, v. « Subjectivité » et « Subjectif ».

<sup>1067</sup> *Dictionnaire Littré*, v. « Subjectivité » et « Subjectif ».

la théorie de l'objectivité du fait (**A – L'objectivité du fait**), puis celle de la subjectivité des valeurs (**B – La subjectivité des valeurs**).

## **A. L'OBJECTIVITÉ DU FAIT**

**256. Plan.** La question du fait est, dans la littérature juridique, quasiment indissociable de celle de son rapport avec le droit. C'est la raison pour laquelle il convient d'aborder la distinction entre le fait et le droit (**1 – La séparation du fait et du droit**) avant d'envisager la question de l'objectivité du fait brut (**2 – L'objectivité du « fait brut »**).

### **1. LA SÉPARATION DU FAIT ET DU DROIT**

**257. Naissance de la distinction.** La distinction entre le *fait* et le *droit* proviendrait du droit romain<sup>1068</sup>. Les Romains distinguaient ainsi le *factum* du *ius* et cette opposition serait consubstantielle à la procédure romaine<sup>1069</sup>. Le droit canon aurait par la suite repris cette distinction et l'aurait diffusée<sup>1070</sup>. Néanmoins, il faudra patienter jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle avec Bodin<sup>1071</sup> pour que cette distinction soit intégrée dans les grands thèmes de la théorie du droit<sup>1072</sup>. Pour lui, si le *droit* n'est pas du *fait*, il se construit néanmoins sur celui-ci<sup>1073</sup>. Le mouvement humaniste consacrait donc l'antériorité du fait sur le droit et par là même leur dissociation. Contrairement au fait, le droit serait « *constitué de règles appartenant à un monde (...) idéal et rationnel* »<sup>1074</sup>. Cette altérité entre fait et droit n'apparaît pas aujourd'hui susceptible d'être réfutée, au-delà même du droit privé français<sup>1075</sup>.

---

<sup>1068</sup> LOUIS-CAPORAL D., *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, thèse, Montpellier 1, 2014, p. 44 et s.

<sup>1069</sup> CORNU-THÉNARD N., *La notion de fait dans la jurisprudence classique, étude sur les principes et la distinction entre fait et droit*, thèse, Paris II, p. 144 et s.

<sup>1070</sup> LOUIS-CAPORAL D., *th. cit.*, p. 44 et s.

<sup>1071</sup> BERNS T., « Quel modèle théologique pour le politique chez Bodin ? », *Les origines théologico-politiques de l'humanisme européen*, Bruxelles.

<sup>1072</sup> VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, p. 477.

<sup>1073</sup> BODIN J., *Œuvres philosophiques*, p.72 et s., cité in LOUIS-CAPORAL D., *th. cit.*, p. 53.

<sup>1074</sup> LOUIS-CAPORAL D., *th. cit.*, p. 54.

<sup>1075</sup> Madame Louis-Caporal relève ainsi que cette distinction a été maintes fois reprise comme critère de répartition des juridictions à l'international, v. LOUIS-CAPORAL D., *th. cit.*, p. 55 et s.

**258. Causes de la distinction.** La cause première de l'opposition du *droit* et du *fait* reposerait notamment sur la dichotomie entre le *sein* et le *sollen* présentée par Kant, puis par Kelsen<sup>1076</sup>. Aussi le *Sein* ou l'*être* reposerait-il sur l'idée « *d'indicatif* »<sup>1077</sup> alors que le *Sollen* ou le *devoir-être* supposerait l'idée du « *normatif* »<sup>1078</sup>. Le fait est assimilé par conséquent à l'*être* et à l'*indicatif*, contrairement au droit qui est *normatif* et repose sur le *devoir-être*. Au-delà de leur dissociation, une barrière s'élèverait donc, infranchissable, entre le droit et le fait. Tel Hume qui interdisait strictement le passage de l'*être* au *devoir-être*<sup>1079</sup>, l'on pourrait estimer que « *toute confusion (entre fait et droit) est exclue. Entre les deux mondes (...), la porte est définitivement fermée* »<sup>1080</sup>.

**259. Tempéraments d'une séparation stricte.** Cependant, il existe nécessairement, en droit, un rapport entre ces deux mondes dans la mesure où « *la mission du droit est justement de régir les faits* »<sup>1081</sup>. Kelsen nuancait d'ailleurs sa propre disjonction en affirmant que « *ce dualisme de l'"être" et du "devoir être" n'implique cependant en aucune façon qu'il n'y ait aucune relation entre Sein et Sollen, qu'ils existent simplement côte à côte comme deux mondes absolument séparés* »<sup>1082</sup>. Par ailleurs, si le droit rejoint le fait, ou inversement, c'est notamment parce que « *la distinction du fait et du droit n'est autre que celle du concret et de l'abstrait* »<sup>1083</sup>. Or, à ces différenciations peut être assimilée celle de l'objectif et du subjectif. Le fait, qui est réalité, concret, est nécessairement objectif alors que le droit, qui est un idéal construit, détient une part importante de subjectivité, puisqu'il est consubstantiellement lié à celui qui le crée. Toutefois, certains considèrent qu'il n'existe pas de fait brut *en soi* puisqu'un sujet est toujours nécessaire pour le constater et le décrire et que l'objectivité du fait n'est donc que relative. Toujours est-il que nous soutenons qu'il existe toujours un « *fait pur* » à l'origine d'un « *fait construit* »<sup>1084</sup>.

---

<sup>1076</sup> OPPETIT B., *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1999, p. 61.

<sup>1077</sup> KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 15.

<sup>1078</sup> *Ibid.*

<sup>1079</sup> C'est la traduction de la loi de Hume, v. ZIELINSKA C., « Autour de la loi de Hume : entre le normatif et l'évaluatif, entre right et good », *Raison Publique* 2017/2, n° 22, pp. 135-151.

<sup>1080</sup> ATIAS C., *Questions et réponses en droit*, PUF, 2009, p. 21.

<sup>1081</sup> BERGEL J.-L., *Théorie Générale du droit*, Paris, Dalloz, 2012, p. 337, n° 267.

<sup>1082</sup> KELSEN H., *op. cit.*, p 14.

<sup>1083</sup> BLONDEL PH., « Le fait source de droit », *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp. 203-224, spéc. p. 205.

<sup>1084</sup> Distinction opérée par : LOUIS-CAPORAL D., *th. cit.*, p. 112 et s.

**260.** Il sera donc possible de conclure à l'objectivité du fait (2) et corrélativement, à une certaine subjectivité du droit.

## 2. L'OBJECTIVITÉ DU « FAIT BRUT »

**261.** **L'existence du fait pur.** *A priori*, l'existence d'un fait pur « suppose la possibilité d'existence d'une réalité objective, antérieure à toute conceptualisation, autrement dit au langage »<sup>1085</sup>. Le fait, dès lors qu'il est retranscrit par le langage, ne peut plus être qualifié ainsi<sup>1086</sup>. Un fait exprimé serait un fait juridicisé<sup>1087</sup>. En somme, le fait brut ou pur n'existerait pas. Il ne peut être qu'un fait construit<sup>1088</sup>. Or, le fait construit n'est plus qu'un « fait-droit »<sup>1089</sup> dont la part factuelle serait largement résiduelle<sup>1090</sup>. Si l'on suit ce raisonnement, le fait ne peut être objectif puisqu'il est toujours subjectivé par le sujet qui le construit. Le fait est alors abstraction<sup>1091</sup>, « instrument de la pensée »<sup>1092</sup> : subjectivité. Benveniste refuse d'ailleurs la conception selon laquelle le langage ne serait qu'un outil objectif ayant pour seule fonction de transmettre une information<sup>1093</sup>. Il existerait une subjectivité propre au langage<sup>1094</sup>. Le langage transformerait alors le fait en droit<sup>1095</sup>. Néanmoins, si le contact entre le fait et le droit apparaît inévitable<sup>1096</sup>, la thèse de l'inexistence du *fait brut* ou du *fait pur* ne saurait être maintenue à notre avis. Le *fait brut* n'est pas toujours juridicisé<sup>1097</sup>, dans la mesure où le langage juridique est un langage particulièrement technique que seuls des initiés maîtrisent<sup>1098</sup>. Il existe donc une autonomie ainsi qu'une spécificité du langage juridique

---

<sup>1085</sup> MARTIN R., « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP* 1974, I, 2625, n° 39.

<sup>1086</sup> *Ibid.*

<sup>1087</sup> LE BARS TH., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 1997, p. 111.

<sup>1088</sup> MARTIN R., « Retour sur la distinction du fait et du droit », *D.* 1987, chron. n° 10, p. 273.

<sup>1089</sup> CARBONNIER J., *Sociologie juridique. Le procès et le jugement*, Paris, Cours ronéotypé par l'Association corporative des étudiants en droit, 1961-1962, p. 138 ; HAUSER J., « Domicile du mineur : du fait et du droit », *RTD civ.* 1992, p. 48. Expression reprise par LOUIS-CAPORAL D., *th. cit.*, p. 113.

<sup>1090</sup> LOUIS-CAPORAL D., *th. cit.*, p. 112 et s.

<sup>1091</sup> RIGAUX FR., *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 69.

<sup>1092</sup> KERNALEGUEN FR., *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse, Rennes, 1979, n° 138, p. 319.

<sup>1093</sup> BENVENISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, Galimard, 1966, p. 259.

<sup>1094</sup> *Ibid.*

<sup>1095</sup> LOUIS-CAPORAL D., *th. cit.*, p. 113.

<sup>1096</sup> *Ibid.*

<sup>1097</sup> LE BARS TH., *th. cit.*, p. 111.

<sup>1098</sup> BATIFFOL H., « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35.

qui ne saurait être réfutée<sup>1099</sup>. La plupart du temps, le fait n'est pas qualifié juridiquement, il demeure donc, en amont de la qualification, un fait brut, ou un fait pur. À ce titre, comment « *expliquer les pouvoirs de qualification et de requalification du juge* »<sup>1100</sup> si l'on nie l'existence d'un fait brut antérieur au droit ?

Un passage tiré de l'ouvrage *La pensée et le mouvant*<sup>1101</sup> est, de ce point de vue, particulièrement éclairant. Selon Bergson, si le fait construit existe et prédomine, une réalité neutre et brute existe néanmoins bel et bien. Le fait construit résulte uniquement des habitudes matérielles et des habitudes de pensées et un travail pourrait permettre de retrouver l'authenticité du fait.

Bergson déclare ainsi : « *Kant avait établi, disait-on, que notre pensée s'exerce sur une matière éparpillée par avance dans l'espace et le temps, et préparée ainsi spécialement pour l'homme : « la chose en soi » nous échappe ; il faudrait pour l'atteindre, une faculté intuitive que nous ne possédons pas. Il résultait au contraire de notre analyse qu'une partie au moins de la réalité, notre personne, peut être ressaisie dans sa pureté naturelle. Ici, en tout cas, les matériaux de notre connaissance n'ont pas été créés, triturés ou déformés, par je ne sais quel malin génie qui aurait ensuite jeté dans un récipient artificiel, tel que notre conscience, une poussière psychologique. Notre personne nous apparaît telle qu'elle est en soi, dès que nous nous dégageons d'habitudes contractées pour notre plus grande commodité. Mais n'en serait-il pas ainsi pour d'autres réalités, peut-être même pour toutes ? La « relativité de la connaissance » qui arrêta l'essor de la métaphysique, était-elle originelle ou essentielle ? Ne serait-elle pas plutôt accidentelle et acquise ? Ne viendrait-elle pas tout bonnement de ce que l'intelligence a contracté des habitudes nécessaires à la vie pratique : ces habitudes, transportées dans le domaine de la spéculation, nous mettent en présence d'une réalité déformée ou réformée, en tout cas arrangée ; mais l'arrangement ne s'impose pas à nous inéluctablement ; il vient de nous ; ce que nous avons fait, nous pouvons le défaire ; et nous entrons alors en contact direct avec la réalité »<sup>1102</sup>.*

---

<sup>1099</sup>JESTAZ PH., « Le langage et la force contraignante du droit » in INGBERT L., VASSART P. (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 72.

<sup>1100</sup> LOUIS-CAPORAL D., *th. cit.*, p. 116.

<sup>1101</sup> BERGSON H., *La pensée et le mouvant*, Desclée de Brouwer, 2020, p. 73 et s

<sup>1102</sup> *Ibid.*



Bergson nous fait entendre que le fait construit est un fait subjectivisé puisque la réalité retranscrite est une réalité *perçue* ; et la perception est reliée par essence au sujet. Cependant, si le fait construit est un fait *pour soi*, affirmer qu'il existe, antérieurement, un fait *en soi* n'est pas contradictoire. Ce fait *en soi* est quant à lui, objectif, car antérieur à tout sujet. La relativité du fait, de la connaissance est une donnée acquise. Le fait *en soi*, ou le *fait brut* est un événement neutre, une donnée innée. Le fait brut se rapporte à une réalité objective, à savoir celle qui possède une réalité authentique au-delà de sa perception par un sujet. Autrement dit, il est possible de conclure à l'objectivité du fait non construit et à la subjectivité du droit, dans la mesure où celui-ci est l'instrument de régulation du fait et par là, lié au sujet qui le construit. D'ailleurs, cette objectivité du fait constitue la quête fondamentale du droit. Si l'on peut estimer qu'elle est inatteignable, cela ne signifie nullement qu'elle n'a pas d'existence.

**262.**      **La réalité ontologiquement objective des faits.** Searle<sup>1103</sup> indiquait, de façon analogue, que nous confondons bien souvent « *le fait et son expression propositionnelle* »<sup>1104</sup>. Cette confusion réside principalement dans l'assimilation du « *fait* » et du « *vrai* »<sup>1105</sup>. Il déclare, de la sorte, que si les faits existent bel et bien à l'extérieur du langage, dans une réalité ontologiquement objective, « *il est impossible d'y accéder sans faire des affirmations à leur sujet* »<sup>1106</sup>. Cette impossibilité ne revient pas à établir que le fait brut n'existe pas, mais plutôt que « *les faits n'ont pas besoin d'affirmation pour exister, mais les affirmations ont besoin de faits pour être vraies* »<sup>1107</sup>.

**263.**      Après avoir établi la possibilité de considérer l'existence d'un fait objectif antérieur à toute perception subjective, il convient d'analyser la subjectivité des valeurs en tant qu'elles sont consubstantielles au sujet (**B**).

---

<sup>1103</sup> SEARL J., *La construction de la réalité sociale*, Galimard, 1995, p. 202 et s, in DURANCEAU J., *Analyse critique de trois conceptions de l'objectivité des valeurs dans la perspective du réalisme de John Searl*, thèse, Montréal, 2018, p. 274 et s.

<sup>1104</sup> *Ibid.*

<sup>1105</sup> *Ibid.*

<sup>1106</sup> *Ibid.*

<sup>1107</sup> *Ibid.*, p. 202 et s.

## B. LA SUBJECTIVITÉ DES VALEURS

**264. Champs de l'étude.** Il est utile de rappeler que l'objet du présent travail ne relève pas de la distinction entre valeurs objectives et subjectives au sens de la théorie du relativisme<sup>1108</sup> – qui pose que les valeurs sont individuelles donc subjectives – ou de l'universalisme des valeurs<sup>1109</sup> qui soutient en revanche que les valeurs sont universelles et donc objectives.

**265. La nécessaire subjectivité des valeurs.** Le subjectif sert, dans son acception la plus littérale, « à désigner le rapport à une nature humanisée »<sup>1110</sup>. Il existe ainsi un rapport d'éthique dans la subjectivité<sup>1111</sup> dans la mesure où l'éthique « veut faire passer l'idéalité dans la réalité »<sup>1112</sup>. Or, l'éthique n'est autre que la réflexion sur les valeurs qui fondent l'action bonne, l'« ensemble des valeurs, des règles morales propres à un milieu ou à un groupe »<sup>1113</sup>. De ce fait, les valeurs sont des concepts éminemment subjectifs,<sup>1114</sup> car elles concernent l'idéal d'un sujet, ce qui devrait être selon un individu ou un groupe<sup>1115</sup>. Puisque la valeur est toujours un jugement issu d'un sujet, peu important qu'elle soit considérée comme universelle ou relative, elle est fondamentalement subjective au sens premier du terme.

**266. La valeur comme notion ontologiquement subjective.** Les valeurs seraient ontologiquement subjectives en ce qu'elles « n'existent pas en dehors de l'acte d'évaluation et de l'attribution de fonction »<sup>1116</sup>. Autrement dit, les valeurs n'ont « aucune réalité en dehors de leur

---

<sup>1108</sup> Sur le sujet, v. BOUDON R., « À propos du relativisme des valeurs : retour sur quelques intuitions majeures de Tocqueville, DURKHEIM E., et WEBER », *Revue Française de sociologie* 2006/4, n° 47, p. 877 et s. ; CITOT V., « L'idée d'humanité, par-delà l'universalisme métaphysique et le relativisme nihiliste », *Le philosophe* 2009/1, n° 31 p. 89 et s. ; HARANG L., « Engagement et valeurs morales », *Sens-Dessous* 2006/1, n° 0, p. 77 et s.

<sup>1109</sup> BOUDON R., *art. cit.*, *Revue Française de sociologie* 2006/4, n° 47, p. 877 et s.

<sup>1110</sup> DESPROCHES P., « Subjectivité et éthique dans la philosophie de Kierkegaard », 11 juin 2010 : <https://www.nonfiction.fr/article-3526-subjectivite-et-ethique-dans-la-philosophie-de-kierkegaard.htm>

<sup>1111</sup> *Ibid.*

<sup>1112</sup> *Ibid.*

<sup>1113</sup> *Le Petit Robert*, 2011, p. 945, v. « Éthique »,

<sup>1114</sup> C'est en tous cas une idée largement admise et partagée : SABETE W., « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit à la difficulté de jugement de fait ou suite antihumaine », *APD* 2007, t. 50, p. 371.

<sup>1115</sup> TROPER M., « Le positivisme juridique », *Synthèse*, n° spéc., Philosophie et épistémologie juridique, 1986, p. 191 ; v. également HUME., *L'entendement – Traité de la morale et de la nature humaine*, GF-Flamarion, 1995, Partie IV.

<sup>1116</sup> DURANCEAU J., *th. cit.*, p. 279.

*cadre représentationnel* ». Reprenant l'analyse de Street et de Searle, un auteur explique que les concepts universels, comme la bonté ou la gentillesse sont secondaires aux expressions prédicatives telles que « *est bon* » ou « *est gentil* »<sup>1117</sup>. Plus précisément, l'expression « *la bonté existe* » signifie uniquement « *qu'il y a des personnes qui agissent de façon bonne* ». C'est dire que les concepts universels de bonté ou de gentillesse n'existent que dans l'esprit humain et n'ont pas de réalité propre sauf à être associés concrètement à des actions humaines<sup>1118</sup>. En ce sens, la valeur n'existe pas sans le jugement de valeur qui lui est associé. Or, le jugement de valeur étant un acte éminemment subjectif puisqu'il est constitué par le sujet qui l'émet, il est possible de conclure à la subjectivité intrinsèque des valeurs.

Force est de constater, toutefois, que le jugement de valeur avait été « *appréhendé, dans le sillage du positivisme* »<sup>1119</sup> de façon tout à fait réductrice dans la mesure où il serait « *construit par des critères récurrents (...) justifiables donc non réductibles à la subjectivité individuelle* »<sup>1120</sup>. Si les valeurs ne sont pas objectives, elles peuvent néanmoins être **objectivées**.

**267. L'objectivation des valeurs.** Si la subjectivité de la valeur « *gît probablement à son fondement* »<sup>1121</sup>, la « *compréhension d'un jugement de valeur impose de prendre en compte (...) les caractéristiques propres à la situation d'évaluation* »<sup>1122</sup>. La valeur ne s'exprime jamais au travers d'un jugement catégoriel et catégorique à savoir une alternative énoncée par la formule « *ou bien... ou bien* »,<sup>1123</sup> mais plutôt sur « *un mode continu du type : plus ou moins* »<sup>1124</sup>. C'est dans cette perspective que le standard joue un rôle d'objectivation du principe porteur de valeurs. Il s'agit, dès lors, d'étudier la capacité de conciliation du standard au sein de l'altérité fondamentale entre le fait et la valeur (§2).

---

<sup>1117</sup> DURANCEAU J., *th. cit.*, p. 279.

<sup>1118</sup> *Ibid.*

<sup>1119</sup> JACOB J.-B., « De la normativité de la valeur en droit » *Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les valeurs du magistrat*, pp. 45-63, spéc. p. 54.

<sup>1120</sup> HEINICH N., *Des valeurs, une approche sociologique*, Gallimard, 2017, p. 83 et s.

<sup>1121</sup> JACOB J.-B., *art. cit.*, *Les cahiers de la justice* 2022/1, pp. 45-63, spéc. p. 54.

<sup>1122</sup> *Ibid.*

<sup>1123</sup> Sur ce point, v. POLIN R., *La création des valeurs*, 3<sup>e</sup> éd., Vrin, 1977, p. 281 et s.

<sup>1124</sup> JACOB J.-B., *art. cit.*, *Les cahiers de la justice* 2022/1, pp. 45-63, spéc. p. 54.

## §2. LA CONCILIATION DE L'ALTÉRITÉ FONDAMENTALE

**268. Hypothèse d'étude.** Traiter de l'objectivation par le standard ne revient pas à nier sa subjectivité, mais à la relativiser en considération de celle qui est intrinsèque au principe juridique. La finalité réside davantage dans l'établissement d'une hiérarchie dans la subjectivité. À ce titre, le standard est un outil de mesure bien plus objectif que le principe. L'objectivation du standard est tirée de sa capacité à s'emparer des faits au contraire du principe qui en est totalement séparé. La différence entre le standard et le principe n'est donc pas une différence de degré mais de nature, ou, plus précisément, de finalité : *le principe dit la valeur alors que le standard a pour objet de déterminer la quantité de valeur qui doit être appliquée aux faits*. Cette caractéristique est inhérente à la composition du standard, mêlé de droit et de fait<sup>1125</sup>. Envisager cette hypothèse impliquera d'interroger d'abord la nature du standard en tant que règle factuelle (**A – Une règle factuelle**), afin de l'appréhender, ensuite, comme un instrument d'objectivation de la norme (**B – Un instrument d'objectivation**).

### A. UNE RÈGLE FACTUELLE

**269. Plan.** Le standard avait été compris en premier lieu comme une technique différente de la règle de droit. Il convient néanmoins d'affirmer que le standard est assimilable à une règle de droit particulière (**1 – Une expression particulière de la règle**) en ce qu'elle constitue une règle de droit mêlée de faits (**2 – Une règle de droit mêlée de faits**).

#### 1. UNE EXPRESSION PARTICULIÈRE DE LA RÈGLE

**270. Une nature et un fonctionnement a priori différents.** Pour certains, le standard juridique se différencierait de la règle de droit par son fonctionnement et sa nature<sup>1126</sup>.

---

<sup>1125</sup> DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Le seuil, 2016, p. 131 et s.

<sup>1126</sup> V. notamment : STATI M.O., *Le standard juridique*, E. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, successeurs, Paris, 1927, p. 52 et s.

Par son fonctionnement, d'une part, dans la mesure où la règle de droit serait une « *disposition de détail applicable à une certaine solution de fait préalablement définie* »<sup>1127</sup>. En outre, la règle juridique aurait un caractère de fixité, s'agissant aussi bien des faits prévus que de la solution applicable à ces faits<sup>1128</sup>. Le rôle du juge serait alors réduit à vérifier si la règle est applicable aux faits et, ainsi, à l'appliquer mécaniquement. Au contraire, le standard juridique serait une notion indéterminée n'offrant pas une solution précise à un cas déterminé.

Par sa nature, d'autre part, puisque le standard n'emploie pas une formule rigide contrairement à la règle, mais une formule souple. Il exprimerait une idée générale qui indiquerait dans des circonstances données la voie à suivre et pas une solution précise à un comportement donné. La règle de droit aurait en outre un caractère obligatoire pour le juge tandis que le standard aurait simplement vocation à le guider<sup>1129</sup>.

Ces affirmations peuvent être nuancées. Le standard doit être qualifié de règle de droit : il en est une expression particulière.

**271. Le standard comme expression particulière de la règle de droit.** Le standard constitue bien selon nous une règle de droit<sup>1130</sup> autant par sa nature que par son fonctionnement. Plus précisément, le standard est une expression particulière de la règle de droit. Un auteur indiquait d'ailleurs que : « *le caractère normatif congénital du droit postule le trait dominant de la règle de droit : elle ne peut qu'avoir un caractère impératif (...). Il en résulte, d'une part, que la règle de droit ne connaît pas le mode indicatif et que, dès lors, si une disposition législative l'emploie, il faut la scruter de près (...). En revanche, tout ce qui, dans un tel texte, a le caractère impératif, participe de la règle de droit* »<sup>1131</sup>. Il ajoutait qu'« *en dépit des controverses qui se sont élevées à cet égard, d'attribuer cette nature (de règle de droit) à ces fameuses formules générales, standards (...). Bien que leur contenu soit vaste et vague, ces formules expriment un impératif juridique et sont (...) susceptibles de former de véritables règles de droit* »<sup>1132</sup>.

---

<sup>1127</sup> STATIM.O., *th. cit.*, p. 52 et s.

<sup>1128</sup> *Ibid.*

<sup>1129</sup> *Ibid.*

<sup>1130</sup> NAVARRO J.-S., « Standards et règle de droit » in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, R.R.J. Droit prospectif, p. 837.

<sup>1131</sup> MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, réed. Dalloz, 2002, p. 13

<sup>1132</sup> *Ibid.*

D'une part, concernant sa nature, le standard représente le plus souvent une notion insérée dans la règle ou la norme applicable. Il apparaît dans l'énoncé normatif<sup>1133</sup>. Comment affirmer que le standard n'est pas une règle de droit alors même qu'il en fait partie formellement ? Par exemple, l'article 1221 du Code civil, relatif à l'exécution forcée de l'obligation, dispose que le créancier peut demander l'exécution en nature sauf sans les cas où « *cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». Le standard de disproportion manifeste est une expression de la règle de droit qui ne pourrait tolérer sa suppression comme si elle n'était qu'un effet de style. Le standard juridique, néanmoins, ne forme pas une norme autonome, mais une « *norme non indépendante* »<sup>1134</sup> qui dépend « *des règles qui les consacrent ou reconnaissent* »<sup>1135</sup>.

D'autre part, concernant son fonctionnement, le standard juridique présente une solution contraignante pour le juge comme la règle de droit classique. De fait, le standard détient le même caractère d'obligatorité que la règle de droit dans la mesure où il est inclus dans celle-ci et cela en dépit du fait qu'il s'agit d'une notion indéterminée. Il est, comme la règle de droit, concrétisable. La notion de « *disproportion manifeste* » de l'article 1221 du Code civil est, par exemple, tout aussi contraignante que celle qui prescrirait une valeur chiffrée. Précisément, le standard transforme la valeur transposée par le principe en une sous-directive impérative concrète et pragmatique.

**272.** Il demeure que le standard n'est pas une règle de droit classique<sup>1136</sup> dans la mesure où il entretient un rapport particulier avec les faits (2).

## 2. UNE RÈGLE DE DROIT MÊLÉE DE FAITS

**273. Une notion juridique factuelle.** Le standard se différencie du principe juridique dans la mesure où il est composé de droit, mais aussi de faits<sup>1137</sup>. Le principe

---

<sup>1133</sup> LAGELLE A., *Les standards en droit international économique*, thèse, Nice, 2012, p. 11.

<sup>1134</sup> KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenman, Dalloz, 1962, p. 61.

<sup>1135</sup> GÉNIAUT B., « La force normative des standards juridiques », in THIEBERGE C. (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Lextenso éd., Bruylant, 2009, pp. 183-197, spéc. p. 191 : « *Le standard ne constitue qu'un élément de l'énoncé auquel une vocation normative est assignée* ».

<sup>1136</sup> *Ibid.*

<sup>1137</sup> DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, p. 131 et s.

juridique, en revanche, est mêlé de droit et de valeurs métajuridiques<sup>1138</sup>. Le standard, s'il est une règle de droit, est une règle de droit bien particulière en ce sens qu'il est consubstantiellement lié aux faits. Le standard du *déséquilibre significatif*, par exemple, est une expression qui n'est pas issue d'un langage juridique précis contrairement à la vente ou au bail, qui sont des qualifications juridiques nettement définies et exprimées en des termes plutôt spécialisés. Le déséquilibre est, en revanche, une expression provenant du langage commun. Il n'y a, dès lors, en présence d'un tel terme, aucune opération transitoire à effectuer pour interpréter les *faits* qui, effectivement, représentent un déséquilibre. À l'inverse, la notion de *vente* implique de recourir en amont à des qualifications juridiques moins précises afin d'y parvenir : transaction, contrat, location, etc. Le schéma est identique en matière de *bref délai* : un bref délai est ou n'est pas. C'est une réalité neutre. Le délai est court ou long : il n'est pas nécessaire de passer par une qualification juridique pour formuler cette constatation. La qualification dite « ordinaire » suffit. Aussi, le standard est-il indissociable des faits puisque, d'une part, il montre au juge la condition factuelle qu'il lui appartient de qualifier et, d'autre part, il représente l'instrument de mesure de cette qualification. Autrement dit, reprenant l'exemple du déséquilibre significatif, ce dernier commande directement au juge de rechercher dans les faits un déséquilibre d'une importance particulière. Il lui suffit d'examiner les faits et de *constater* s'il existe ou non un déséquilibre important. En présence d'un standard, il ne qualifie pas les faits, il les constate. Il ne doit pas faire preuve d'abstraction à l'instar du principe. Le juge est alors uniquement convié à apprécier le réel puisque le standard est *concrétisation* et non abstraction. En effet, le standard déploie « toute l'étendue d'un mode général d'évaluation », c'est à dire un « ordre de grandeur qui rend commensurables des actions (...) très diverses »<sup>1139</sup>. La différence entre le jugement établi grâce au standard et celui qui est établi par le principe tient à la prise en compte, par le standard, « d'une épreuve de la réalité à laquelle est soumise la justification »<sup>1140</sup>.

La qualification du standard de règle juridique factuelle est d'ailleurs confirmée par la nature du contrôle effectué par la Cour de cassation.

---

<sup>1138</sup> DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, p. 131 et s.

<sup>1139</sup> THÉVENOT L., « Jugements ordinaires et jugement de droit », *Annales Économie, Société, Civilisation*, 1992, n° 6, p. 1287.

<sup>1140</sup> *Ibid.*

**274. La nature du contrôle des standards par la Cour de cassation.** La distinction fondamentale entre le standard et les directives référentielles relève donc de la séparation entre le droit et le fait. Les directives appartiennent au domaine du droit et des valeurs métajuridiques alors que les standards sont intrinsèquement liés aux faits. La Cour de cassation effectue, dans cette perspective, un contrôle différencié de leur appréciation par les juges du fond. Rappelons-le, lorsque la Cour de cassation déclare qu'une notion relève d'une appréciation souveraine des juges du fond<sup>1141</sup>, c'est qu'elle n'exercera aucun contrôle sur cette appréciation : il s'agira là de notions de fait<sup>1142</sup>. En revanche, lorsque la Cour examine des notions de droit<sup>1143</sup>, le contrôle normatif<sup>1144</sup> peut être *léger* et se caractériser par l'expression « *la cour d'appel a pu en déduire* »<sup>1145</sup> ou bien *lourd* si les hauts magistrats estiment qu'il n'y a « *qu'une seule solution juridique admissible* »<sup>1146</sup>. Ils indiqueront alors, en cas de rejet du pourvoi, que « *la cour d'appel a exactement décidé (...)* ».

Les notions que nous qualifierons de standards<sup>1147</sup>, notamment en droit des contrats, sont bien considérées, par la Cour de cassation, comme des notions factuelles qu'elle s'abstient de contrôler. C'est le cas, notamment, du déséquilibre significatif<sup>1148</sup>, du délai

---

<sup>1141</sup> V. BACHELIER X., « Le pouvoir souverain des juges du fond », in *Droit et technique de cassation*, Colloque de la Cour de cassation, *Bull. inf.* n° 702, 15 mai 2009.

<sup>1142</sup> LATINA M., « L'appréciation souveraine des juges du fond : une expression trop souvent galvaudée », *D. actu*, 21 mars 2022.

<sup>1143</sup> Sur la distinction du fait et du droit en matière de cassation : AUBERT J.-L., « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115 ou encore ZENATI F., « La nature juridique de la Cour de cassation », *Bull. inf. C. cass.*, n° 575 du 15 avr. 2003.

<sup>1144</sup> Il existe deux types de contrôles exercés par la Cour de cassation, un contrôle dit « *disciplinaire* » qui porte sur la forme ou la motivation des décisions et un contrôle « *normatif* » exercé sur le fond des décisions, v. sur ce point JOBARD-BACHELIER M.-N., BACHELIER X., BUK-LAMENT J., *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 75.

<sup>1145</sup> La Cour emploie également les expressions suivantes : « *a décidé à bon droit* », « *que de ces énonciations d'où il résulte... l'arrêt se trouve légalement justifié* ». V. sur ce point : JOBARD-BACHELIER M.-N., BACHELIER X., BUK LAMENT J., *op. cit.*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 127

<sup>1146</sup> *Ibid.*

<sup>1147</sup> V. la qualification, *infra* n° 324 et s.

<sup>1148</sup> Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, FS-P+B : JurisData n° 2015-004113 : « *qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve et n'était pas tenue de répondre au moyen inopérant invoqué par la deuxième branche et qui a procédé à une appréciation concrète et globale des contrats en cause, a caractérisé le déséquilibre significatif auquel la société Eurauchan a soumis ses fournisseurs ; que le moyen n'est pas fondé* », v. également : MEKKI M., avec DARROIS J.-M., GAUVAIN J.-M., « Contrats et obligations - Se conformer au nouveau droit des contrats. Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives », *JCP E* 2016, n° 25, 1376, spéc. n° 19 : « *Enfin, quant à la preuve, le contrat d'adhésion comme le déséquilibre significatif reposent essentiellement sur un ensemble de faits et relèvent très certainement de l'appréciation souveraine des juges du fond. Cependant, la Cour de cassation veillera sur le fondement du contrôle du défaut de base légale à ce que les décisions des juges du fond soient suffisamment motivées* ».



raisonnable<sup>1149</sup>, du manifestement excessif<sup>1150</sup>, de la contrepartie illusoire ou dérisoire, du suffisamment grave<sup>1151</sup>, de la disproportion manifeste<sup>1152</sup>, ou encore des conditions substantiellement différentes<sup>1153</sup>.

En revanche, en présence d'une notion-cadre, c'est-à-dire d'une directive référentielle contingente et subsidiaire<sup>1154</sup>, mêlée de droit et de valeurs métajuridiques, la Cour exerce le plus souvent un contrôle léger : c'est le cas pour l'intérêt social<sup>1155</sup> ou l'attente légitime du contractant<sup>1156</sup>. En matière familiale, la Cour exerce toutefois un contrôle renforcé sur les notions d'intérêts<sup>1157</sup>.

L'absence de contrôle par la Cour de cassation des standards juridiques ne témoignerait cependant pas, à notre avis, d'une plus grande versatilité de ces derniers par rapport aux principes ou aux notions-cadre. À l'inverse, un contrôle des principes et des notions-cadre paraît bienvenu dans la mesure où leur abstraction et leur généralité permet au juge de faire œuvre créatrice<sup>1158</sup>.

---

<sup>1149</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv. 2022, n° 20-18.918, PB (1<sup>er</sup> moyen), *Lexbase, le Quotidien* du 13 janv. 2022, obs. MICHEL C.-A. ; *JCP G* 2022, 231, note MIGNOT M. ; *LEDC* févr. 2022, n° DCO200q4, obs. MOLINA L. ; *Constr.-Urb.* 2022, comm. 37, obs. SIZAIRE V. ; *D.* 2022. 501, note TISSEYRE S., Civ. 2<sup>e</sup>, 15 nov. 2007, n° 06-19.300.

<sup>1150</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2018, n° 17-14. 389 : *Bull. civ. I*, n° 58 ; Com. 20 sept. 2017, n° 16-15.346 ; Soc. 12 déc. 1990, n° 89-42.283.

<sup>1151</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janv. 1995, n° 92-17.858 : *Bull. civ. I*, n° 14, p. 10.

<sup>1152</sup> Com., 28 févr. 2018, n° 16-24.841 : *Bull. civ. IV*, n° 24, *JurisData* n° 2018-002761 ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 112, note AYNÈS L. ; *RD bancaire et fin.* 2018, comm. 65, note LEGEAIS D. ; *JCP E* 2018, 1197, note LEGEAIS D.

<sup>1153</sup> L'appréciation des conditions substantiellement différentes, qui, au regard des vices du consentement, doit être effectuée *in concreto*, tout comme le caractère déterminant, relève du pouvoir souverain des juges du fond. La Cour de cassation précise en outre que cette appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond, Soc., 5 nov. 2014, n° 13-16.372 : *JurisData* n° 2014-026655 ; *JCP S* 2015, 1049, note CHENU D. ; GHESTIN J., SERINET Y.-M., préc. n° 2, spéc. n° 117 ; PETIT B., ROUXEL S., « Fac. Unique : contrat – vice du consentement – erreur », 15 janv. 2018 (actu 9 sept. 2021), spéc. n° 115.

<sup>1154</sup> V. *supra* n° 168 et s.

<sup>1155</sup> Com., 15 déc. 2021, n° 20-12.307, PB ; Com. 6 nov. 2012, n° 11-25.500 : « *Et attendu, enfin, qu'ayant souverainement estimé que la tenue d'une assemblée était inutile en l'absence de faits graves de gestion de la part des dirigeants et n'était pas justifiée par l'intérêt social, la cour d'appel a pu en déduire qu'il n'y avait pas lieu de désigner un mandataire ayant pour mission de convoquer une telle assemblée* », v. aussi : Com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826, F-D, Banque populaire Rives de Paris c/ Herbaut ; *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 12, obs. CERLES A.

<sup>1156</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juil. 2017, n° 15-17.057.

<sup>1157</sup> Sur l'intérêt de l'époux et de l'enfant à conserver le nom de l'ex-époux, v. notamment : Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juil. 2016, n° 15-21.993 ; Sur l'intérêt de l'enfant en matière de droit de visite, v. notamment : Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2002, n° 00-21.712 : « *Mais attendu que la cour d'appel a décidé exactement que la possibilité pour le Tribunal d'accorder un droit de visite suppose que la demande d'assumer la charge de l'enfant ait été déclarée recevable, mais rejetée comme non conforme à son intérêt ; que le moyen n'est pas fondé* ».

<sup>1158</sup> V. *infra* n° 393 et n° 425.

**275. L'apparente porosité entre les notions de droit et de fait.** Il, existe toutefois, *a priori*, une certaine « volatilité du périmètre des notions de fait »<sup>1159</sup>, puisque, par exemple, la faute fait en général l'objet d'un contrôle léger, alors qu'elle n'est pas contrôlée en matière de divorce<sup>1160</sup>. De la même manière, la bonne foi est, en matière de surendettement<sup>1161</sup>, considérée comme une notion de fait, alors qu'elle est généralement contrôlée par la Cour de cassation et comprise, donc, comme une notion de droit. En vérité, la difficulté résidant dans l'usage des notions indéterminées consiste en ce que le législateur emploie souvent les mêmes expressions en considération de finalités différentes. Une même notion peut alors revêtir une pluralité de qualifications – notion purement factuelle, notion-cadre, principe juridique, standard – c'est le cas de la *faute* ou de la *bonne foi*. En matière de surendettement, comme en droit des biens, la *bonne foi*<sup>1162</sup> est une notion « éminemment factuelle »<sup>1163</sup> qui ne revêt pas la qualification de principe directeur<sup>1164</sup>. Elle demeure, dans cette perspective, une notion indéterminée sans caractères propres<sup>1165</sup> n'assurant que les avantages d'une certaine flexibilité dans l'interprétation<sup>1166</sup>.

**276.** Le standard est, en tout état de cause, conçu comme l'instrument de mesure du fait construit par le juge, intégré à une norme<sup>1167</sup>. C'est pourquoi il doit être compris comme une sous-directive d'objectivation de celle-ci (**B**).

---

<sup>1159</sup> LATINA M., *art. cit.*, *D. actu.* 21 mars 2022.

<sup>1160</sup> *Ibid.*

<sup>1161</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 2 juill. 2020, n° 18-26.213, F-P+B+I : *JurisData* n° 2020-009297.

<sup>1162</sup> La bonne foi est une notion centrale en matière de surendettement, prévue à l'article L. 711-1 du Code de consommation qui dispose que « *Le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi. La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes, professionnelles et non professionnelles, exigibles et à échoir* ».

<sup>1163</sup> VIGNEAU V., BOURIN G.-X., CARDINI C., *Droit du surendettement des particuliers*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012, n° 78 ; GJIDARA-DECAIX S., « Appréciation de la bonne foi du débiteur et pouvoir souverain des juges du fonds », *Rev. Procédures collectives* 2020, n° 5, comm. 115.

<sup>1164</sup> Sur les qualifications de la bonne foi, v. *infra* n° 410 et s.

<sup>1165</sup> Sur la catégorie de notions indéterminées sans caractères propres, v. *infra* n° 299 et s.

<sup>1166</sup> En tous cas, l'appréciation de la bonne foi du débiteur relève, en la matière, de l'appréciation souveraine des juges du fonds. Pour un exemple récent v. Civ. 2<sup>e</sup>, 30 juin 2022, n° 21-14.234, *AJDI* 2022. 559 ; bien que la Cour de cassation contrôle la caractérisation effective de la mauvaise foi : Civ. 2<sup>e</sup>, 22 oct. 2020, n° 19-21.039, *Gaz. Pal.* 23 mars 2021 27, obs. MOUJAL-BASSALINA E. Il reste, comme l'a soulevé un auteur, qu'il est « *difficile de véritablement donner des lignes directrices, tant les circonstances de fait revêtent une grande importance* » : PIÉDELIEVRE S., « Surendettement – Procédure de surendettement », *Rep. proc. Civ. nov.* 2021, n° 67.

<sup>1167</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, thèse, 1980, p. 126 et s.

## B. UN INSTRUMENT D'OBJECTIVATION

**277. Une technique d'objectivation du principe.** Si le droit lui-même découle des faits<sup>1168</sup>, la relation qu'entretient le standard avec les faits est bien plus singulière puisqu'il est appelé à régir les faits de façon neutre<sup>1169</sup>. Le standard doit être compris essentiellement comme une technique, un outil de prescription et non comme la prescription *en soi*. Le standard n'est pas la norme *en soi*, il n'est qu'un **moyen technique d'application de la norme**. Au contraire, le principe juridique, en tant que directive, est la norme *en soi*. Le principe est la finalité, le standard n'est que l'instrument d'appréciation son respect. Par exemple, en matière contractuelle, l'article 1169 du Code civil interdit les *contreparties illusoires ou dérisoires*. En droit des contrats, la question de l'équilibre économique sous-tend celle de la lésion. Mais, généralement, cette dernière n'est pas sanctionnée, dans la mesure où le droit n'a pas vocation à empêcher les bonnes affaires. Le principe ici est donc celui de la non-prise en compte du déséquilibre économique. Néanmoins, ce principe premier ne saurait permettre la commission d'abus et c'est pourquoi l'article 1169 vient à interdire l'inexistence de toute contrepartie économique. Or, quel est ici l'instrument, la technique qui permet l'articulation des deux principes ? C'est le standard de la *contrepartie illusoire ou dérisoire*. Il permet l'application de deux principes *a priori* contradictoires : il sanctionne l'inexistence de contrepartie économique, mais ne contrevient pas au principe de non-sanction du déséquilibre économique. Grâce au standard de la *contrepartie illusoire ou dérisoire*, un déséquilibre peut demeurer, car l'inexistence écarte la notion même d'équilibre. Il y a lieu de constater que le standard resserre, ainsi, de façon significative « la frontière (...) entre le droit et le non-droit », le « droit pur et le fait pur »<sup>1170</sup>. Encore une fois, ce n'est pas le standard qui implique un *devoir-être*, une prescription en termes de valeurs, mais bien le principe. Le standard n'est que l'outil d'application et/de sanction du principe. Le principe est la couronne et le standard l'épée.

---

<sup>1168</sup> BODIN J., *Œuvres philosophiques*, p.72 et s.

<sup>1169</sup> Sur la critique d'une subjectivisation de la disproportion manifeste en matière de cautionnement, v. HOUTCIEFF D., « De la subjectivation de la proportionnalité du cautionnement », *Sociétés* 2020, n° 5, p. 293 : « Si la moralisation de l'appréciation de la disproportion dont atteste cette décision semble prophylactique, elle est au vrai contestable. Aussi approximative soit-elle, la proportionnalité des articles L. 332-1 et L. 343-4 du code de la consommation devrait s'apprécier objectivement » ; V. également du même auteur : « L'appréciation subjective de la disproportion manifeste », *Sociétés* 2021, p. 50.

<sup>1170</sup> OUEDRAOGO A., « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 26.1, 2013, p. 155.

Le standard ne fait que refléter les valeurs du principe juridique qui domine la règle dans laquelle le standard est introduit. Le standard doit donc, en définitive, être analysé comme un outil technique et objectif d'application du principe juridique<sup>1171</sup>. Aussi « *le mode d'opération des standards relève(-t-il) d'une dualité entre aspects d'ouverture (indétermination) et de fermeture (objectivation, systématisation)* »<sup>1172</sup>. Le standard revêt, en dernière analyse, une part d'indétermination, mais, il précise et objective, dans le même temps, le principe qu'il applique.

### ***Conclusion Section II***

**278. Une sous-directive objective.** L'intention affichée était celle de démontrer la capacité d'objectivation de la technique du standard au regard de la subjectivité induite par le principe juridique. Pour ce faire, un raisonnement par étapes a dû être utilisé. D'une part, il a été nécessaire de traiter la question de l'objectivité du fait par rapport à la subjectivité des valeurs. Puisque le standard relève du domaine de l'être, il appartient au domaine des faits. En revanche, puisque le principe relève du domaine du devoir être, il se rapporte aux valeurs. Toutefois, la question du fait étant indissociable de celle du droit, il a fallu établir le rapport entre ces deux notions avant de conclure à l'objectivité du fait. Schématiquement, le droit se rapporte à l'abstrait alors que le fait relève du concret. Or, bien souvent, dans la littérature, ces deux caractéristiques sont assimilées à l'objectif et au subjectif. Le droit, parce qu'il constituerait un monde d'idées, systématisé dans un corpus de règles, serait subjectif, alors que le fait, puisqu'il est concret, c'est-à-dire *réalité*, serait objectif. Néanmoins, certains philosophes ont nié le caractère objectif du fait arguant que le fait brut ou pur n'existerait pas. En effet, le fait ne pouvant être appréhendé par l'homme que par le langage, il serait toujours un fait construit, donc subjectif. Au rebours de cette analyse, nous considérons qu'il existe un fait brut antérieur au fait construit, ontologiquement objectif, qui se manifeste par une réalité authentique au-delà du sujet qui le perçoit. La justice tente d'ailleurs de s'en approcher, par exemple lorsqu'elle croise et compare les témoignages ou les indices en faisceau. Inversement, les valeurs seraient

---

<sup>1171</sup> V. *infra* n° 277.

<sup>1172</sup> KOLB R., *La bonne foi en droit international public : Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Graduate Institute Publications, 2000, p. 101 et s.

ontologiquement subjectives dans la mesure où elles n'existent pas en dehors de la perception du sujet. La valeur, en ce qu'elle représente, avant tout, un jugement de valeur, n'a de réalité que projetée dans les actions humaines. Une fois la question de l'objectivité du fait établie au regard de la subjectivité intrinsèque aux valeurs, il s'est agi, d'autre part, de démontrer la capacité d'objectivation du principe par le standard. De fait, le standard constituant une règle de droit particulière, en ce sens qu'elle est mêlée de faits, sa part d'objectivité est bien plus importante que celle du principe, notion métajuridique composée de valeurs. Or, puisque le standard constitue l'instrument de mesure factuel du principe, il concrétise et objective ce dernier.

## CONCLUSION

### CHAPITRE PREMIER

**279. Une sous-directive d'objectivation et de concrétisation.** Le standard est une sous-directive qui présente deux caractères principaux.

Il est, d'abord, une sous-directive puisqu'il est l'instrument qui permet l'application des directives qui lui sont supérieures en termes d'abstraction : le principe, et, dans une moindre mesure, la notion-cadre. Cette caractéristique ne peut être comprise que lorsque le standard est analysé en prenant en considération la règle de droit dans laquelle il est intégré et les autres notions qui l'entourent. Le standard juridique n'est pas standard *en soi*, ce sont le contexte et la directive référentielle qui lui donnent sens, le déterminent. La qualification d'une notion indéterminée de « standard juridique » doit donc être faite par comparaison aux autres notions indéterminées. Le standard apparaît en définitive comme le critérium d'application, la sous-directive d'application d'une directive référentielle.

Il est, ensuite, une sous-directive *portant en soi la capacité de concrétiser la directive référentielle* dans la mesure où bien qu'il conserve une dose d'indétermination, il est quantifiable ou chiffrable. Le standard est, dans une certaine mesure, concret et immédiat, contrairement au principe qui est abstrait et médiat. Il est donc nécessaire de relativiser l'indétermination et l'imprécision du standard. S'il est impossible de nier que le législateur octroie volontairement une marge de manœuvre au juge par le biais du standard, toujours est-il que sa liberté se limite à une fourchette d'interprétation.

Le standard est, par ailleurs, une sous-directive dénuée de valeur en soi, tirant des faits sa capacité à objectiver une directive référentielle abstraite. Cette objectivité est à envisager, une nouvelle fois, relativement aux directives supérieures. Le standard est une technique législative consubstantiellement liée aux faits, qui, eux, sont objectifs *en soi*. Le standard est donc un instrument qui objective et précise le principe juridique abstrait et subjectif, lié aux valeurs métajuridiques. En somme, le standard n'est pas l'étalon, il n'est pas la référence, il est l'instrument de mesure d'une référence qui se situe en amont<sup>1173</sup>.

---

<sup>1173</sup> Contrairement à ce que considère Monsieur Mainguy, la loyauté est un « *standard juridique à la mesure duquel est apprécié un comportement, selon qu'il est loyal ou déloyal ou le contenu d'un contrat en tant qu'il correspond, ou non, à ce standard* » : MAINGUY D., « Loyauté et droit des contrats de droit privé », Droit et loyauté, Dalloz, 2015, p. 6.

**280.** La redéfinition du standard juridique en *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle* engendre des conséquences importantes. Elle révèle l'utilité des caractères propres (**Chapitre II**).

CHAPITRE SECOND  
L'INCIDENCE DES CARACTÈRES PROPRES

---

**281. La taxinomie des notions indéterminées.** La taxinomie consiste à organiser et décrire des objets en termes d'espèces et à les organiser en catégories hiérarchisées – les taxons –. La redéfinition du standard juridique transforme l'appréhension de la notion au regard des autres notions indéterminées et offre la possibilité d'établir une nouvelle classification. De fait, celles qui avaient pu être réalisées à la lumière du critère de la normalité, se sont retrouvées invalidées. Mieux, certaines notions qualifiées de standards doivent être écartées de cette catégorie. La redéfinition du standard oblige ainsi à renouveler la taxinomie des notions indéterminées et à circonscrire la notion de standard (**Section I**).

**282. La portée de la reclassification du standard juridique.** La classification qui sera élaborée opérera un renouvellement de la question relative à la sécurité juridique. Lorsque le vocable standard est évoqué, c'est quasi immédiatement la question de la sécurité juridique qui vient à l'esprit. Le standard juridique, en tant que notion indéterminée, est perçu comme un ennemi de la sécurité juridique dans la mesure où il accorderait au juge une marge de manœuvre considérable par rapport à une règle précise. En vérité, des trois notions indéterminées que sont le principe, la notion-cadre et le standard, ce dernier est celui qui a l'impact le plus limité sur la sécurité juridique. Nous le verrons par ailleurs, la question de la sécurité juridique est intrinsèquement liée au débat relatif à l'incidence de la forme des techniques législatives sur la substance du droit. Le choix, par le législateur, d'une technique législative rigide plutôt que d'un standard interroge, de fait, sur l'alternative entre arbitraire/arbitrage officialisé et libre arbitre (**Section II**).

**Section I** – Une taxinomie à repenser.

**Section II** – Une sécurité juridique à réévaluer.



## SECTION I

### UNE TAXINOMIE À REPENSER

**283. Méthode de reclassification.** La définition de Monsieur Rials a été retenue pour apprécier la notion et sert donc de référentiel pour classer telle ou telle notion dans la catégorie des standards. Or, notre nouvelle définition, qui ne coïncide pas totalement avec celle de l'auteur, a pour conséquence de remettre en cause les qualifications antérieures. C'est pourquoi il conviendra de s'appuyer sur sa définition et sur les notions qu'il nomme standards afin de procéder à une nouvelle classification, à l'aune de notre définition réformée. Il s'agira, dans un premier temps, de classer les notions qui n'entrent pas dans la qualification de standard (§1 – **La reclassification des notions non standard**).

**284. Reclassification des standards du droit des obligations.** Il serait vain de prétendre lister tous les standards de façon exhaustive dans l'ensemble des branches du droit. C'est pourquoi, dans un second temps, la nouvelle classification des notions standards sera restreinte au droit des contrats (§2 – **La classification des standards contractuels**).

#### §1. LA RECLASSIFICATION DES NOTIONS NON STANDARD

**285. Anomalies des qualifications existantes.** La démonstration analysée a conduit à une catégorisation des standards fondée sur le critère de la double normalité dogmatique et descriptive<sup>1174</sup>. L'auteur avait distingué, premièrement, les standards descriptifs des standards dogmatiques, et, deuxièmement, les standards quantifiables des standards non quantifiables. Il ne s'agit pas ici de remettre totalement en cause ces catégories, mais plutôt de révéler leurs incohérences en tenant compte des relations de complémentarité entre les trois notions indéterminées que nous avons présentées. Les qualifications examinées rassemblent la quasi-intégralité des notions indéterminées au lieu de singulariser le standard juridique. La notion de *représentativité syndicale*, est, par exemple,

---

<sup>1174</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, p. 126 et s.

qualifiée de standard juridique quantifiable. Or, il s'agit là davantage d'une simple notion indéterminée sans caractères propres. En effet, la notion de *représentativité syndicale* nécessite, pour être appliquée, la mise en place de multiples critères tels que l'*audience*<sup>1175</sup> qui permettront de la mesurer. Si, de fait, la représentativité syndicale peut être mesurée, elle est un *référentiel*, une *directive* et non l'instrument de sa mesure. Les sous-critères comme l'audience ou le nombre d'adhérents sont, en revanche, les éléments qui permettront de calculer la représentation syndicale. Or, le standard est un instrument de mesure objectif, concrétisable, référé et dépendant du principe qu'il applique. Il n'est pas le référentiel, il est *l'instrument de mesure* du référentiel<sup>1176</sup>. La définition observée repose d'ailleurs sur ce même constat : le standard doit être décrit, en premier lieu, comme un « *instrument de mesure* »<sup>1177</sup>. La représentativité syndicale ne peut donc pas être qualifiée de standard. De la même façon, sont présentés comme standards dogmatiques les termes de « *prudence* »<sup>1178</sup> et d'« *imprudence* ». Il s'agit là, à notre avis, d'un nouvel amalgame. D'abord, la prudence n'est en aucun cas un instrument de mesure en tant que tel, il est un *référentiel* de mesure : tel ou tel type de comportement revêt ou ne revêt pas un caractère prudent. Ensuite, mesurer la prudence, qui est en tout état de cause une qualité, donc une notion subjective, impliquerait de trouver des critères plus ou moins objectifs de quantité – *combien, à quel point prudent ? (c'est d'ailleurs là le rôle du standard)* –, ce qui, alors, l'assimile plus justement

---

<sup>1175</sup> RICHAUD C., « L'audience : un critère de la représentativité patronale conforme à la Constitution », *Gaz. pal.* 2016, n° 25, p. 29 : « *La loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale a, pour la première fois, « posé un cadre juridique pour la représentativité patronale » en déterminant les conditions de la mesure de sa représentativité. Jusqu'à l'intervention du législateur, le juge administratif appliquait aux organisations d'employeurs les dispositions législatives définissant les critères de la représentativité des syndicats de salariés. Concernant les syndicats de salariés, les critères d'audience et d'influence d'origine jurisprudentielle ont fait l'objet d'une traduction législative par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008. S'agissant des organisations d'employeurs, c'est l'article L. 2151-1 du Code du travail issu de la loi du 5 mars 2014 qui fixe désormais six critères cumulatifs de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs au rang desquels figurent les critères d'audience et d'influence. À la différence des syndicats de salariés pour lesquels le critère d'audience est fondé sur les résultats de l'élection professionnelle, le critère d'audience retenu pour les organisations d'employeurs repose sur le nombre d'entreprises adhérentes. Largement inspirée du rapport Combrexelle* ».

<sup>1176</sup> THIBIERGE C., « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *Égalité*, APD 2008, p. 341 et s : « *Le retour aux sources étymologiques de la norme permet d'éclairer ses fonctions sous un jour dédoublé, fécond pour la compréhension des normes juridiques dans leur hétérogénéité contemporaine. La norme a en effet la double vocation de permettre le tracé, autrement dit de guider l'action se faisant, et la mesure, en ce qu'elle permet de juger l'action accomplie. Juridique, elle est ainsi modèle pour agir et / ou modèle pour juger. La conjonction de ces deux fonctions est caractéristique des règles de droit, dotées à ce titre d'une « plénitude de normativité ». Leur disjonction est cependant fréquente, certaines normes juridiques s'avérant de simples outils de tracé, insusceptibles en tant que tels de fournir au juge un instrument de mesure (recommandations, avis, principes déclaratoires, articles proclamatoires, etc.). D'autres sont au contraire de purs outils de mesure (standards, usages parfois)* ».

<sup>1177</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 61.

<sup>1178</sup> *Ibid*, p. 145.

au principe. Elle est d'ailleurs d'ores et déjà qualifiée de principe en matière comptable<sup>1179</sup>, routière internationale<sup>1180</sup> ou encore de sécurité sociale<sup>1181</sup>. L'objet de cette démonstration n'est pas tant de soutenir, à la lumière de notre définition, que la classification avancée serait erronée, ce qui constituerait une erreur fondamentale de méthode, mais plutôt de montrer qu'en partant de la définition primaire du standard en tant qu'instrument de mesure, la classification de l'auteur peut s'avérer, parfois, incohérente. C'est, en revanche, dans la définition du contenu du standard que nos points de vue diffèrent.

**286. Plan.** C'est pourquoi, partant de ces typologies et de notre définition partagée du standard comme instrument de mesure, il s'agira, d'une part, de constater que les standards purement descriptifs et quantitatifs n'en sont pas en définitive, mais rejoignent le groupe des simples notions indéterminées sans caractères propres. Ces dernières ne sont pas investies d'une mission importante dans la fonction de juger si ce n'est d'offrir une certaine malléabilité (**A – Les notions indéterminées sans caractères propres**). D'autre part, les standards purement dogmatiques et non quantifiables représentent des principes juridiques ou des notions-cadre car ils ne font pas office d'instrument de mesure, mais incarnent la référence elle-même (**B – Les notions-cadre et principes juridiques**).

## **A. LES NOTIONS INDÉTERMINÉES SANS CARACTÈRES PROPRES**

**287. Une classification fondée sur la normalité descriptive.** Le premier volet de la normalité ici considérée est celui de la normalité descriptive, c'est-à-dire, ce qui est, par opposition à ce qui doit être. De cette normalité descriptive découleraient, d'une part, toute

---

<sup>1179</sup> L'article L. 123-20 du Code de commerce dispose que : « *les comptes annuels doivent respecter le principe de prudence* ».

<sup>1180</sup> La Convention de Vienne sur la circulation routière du 8 novembre 1968 dispose que : « *les conducteurs doivent faire preuve d'une prudence accrue à l'égard des catégories d'usagers les plus vulnérables tels que les piétons et les cyclistes, et notamment les enfants, les personnes âgées et les handicapés* ».

<sup>1181</sup> L'article R.135-20 III du Code de la sécurité sociale indique qu' « *en vue de la fixation par le conseil de surveillance des orientations générales de la politique de placement des actifs du fonds, le directoire présente au conseil de surveillance une analyse de l'évolution des marchés d'instruments financiers au cours des douze derniers mois au regard des tendances de long terme et, compte tenu de l'horizon de placement et des recettes attendues, propose une répartition des placements par catégorie d'instruments financiers tenant compte du portefeuille détenu, des critères de rendement et de risque et du principe de prudence* ».

une série de standards « *quantifiables* »<sup>1182</sup> qui mesureraient, « *en termes de normalité des comportements ou des situations éminemment chiffrables* »<sup>1183</sup> et d'autre part, des standards non quantifiables tels que la bonne foi<sup>1184</sup>. En outre, Monsieur Rials développe une troisième catégorie de standards descriptifs qui feraient référence à *ce qui est*<sup>1185</sup>.

**288. Plan.** Néanmoins cette classification semble poser un problème de pertinence précisément en considération de la définition discutée. Les standards forment, en premier lieu, pour l'auteur, des *instruments de mesure*. Or, comment un standard non quantifiable pourrait-il, en même temps, être cet instrument de mesure ? Partant de ce constat, il semble opportun de corriger la classification présentée (**1 – La correction de la classification fondée sur la quantifiabilité et la descriptivité**). Ce nouveau modèle offrira une meilleure compréhension de la notion de standard et mettra en lumière le fait que ces classifications manquent l'essence même du standard. Les notions indéterminées purement quantifiables et descriptives ne sont pas des standards (**2 – Le défaut d'identité des notions sans caractères propres**), et ne peuvent donc lui être assimilées.

#### **1. LA CORRECTION DE LA CLASSIFICATION FONDÉE SUR LA QUANTIFIABILITÉ ET LA DESCRIPTIVITÉ**

**289. Plan.** La classification réalisée semble, de prime abord, tout à fait séduisante dans la mesure où elle parvient à classer les notions appelées standards dans différentes catégories. Cependant, en assimilant les standards et d'autres notions indéterminées, elle n'aboutit qu'à brouiller davantage les pistes. La « *quantifiabilité* » et la « *descriptivité* » des standards ne sont pas des critères suffisamment précis. Ils relèvent, le plus souvent, d'une intuition que l'on peut, ou non, partager et peinent à singulariser le standard au regard des autres notions juridiques. En outre, les choix effectués au sein même de ces classifications paraissent inopportuns et peu justifiables. Il convient, dès lors, de relever les anomalies de

---

<sup>1182</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 126 et s.

<sup>1183</sup> *Ibid.*

<sup>1184</sup> *Ibid.*

<sup>1185</sup> *Ibid.*

la classification des standards quantifiables d'une part (**a – L'impasse des standards quantifiables**) et descriptifs d'autre part (**b – L'impasse des standards descriptifs**).

#### **a. L'impasse des standards quantifiables**

**290. Les standards quantifiables.** Les standards quantifiables sont décrits comme très nombreux et issus, en majorité, de la mesure du temps, de l'espace et de l'argent<sup>1186</sup>. L'auteur remarquait avec justesse le gain de sécurité qu'offre une notion indéterminée quantifiable ou chiffrable. De la même façon, Ihering insistait sur le fait que fixer la majorité en fonction de valeurs philosophiques, rationnelles ou morales serait un obstacle à la réalisation formelle du droit<sup>1187</sup>. Dire que « sera majeur celui qui possède le discernement et la fermeté de caractère nécessaire pour régler lui-même ses affaires »<sup>1188</sup> propose un critère d'évaluation quasiment impossible à vérifier en pratique. En revanche, chiffrer la majorité supprime toute indétermination. La chiffrabilité des notions contribue donc fortement à la sécurité juridique et à leur réalisation pratique. L'auteur de la théorie considérée cite, par exemple : « la distance anormale entre domicile et lieu de travail », « les locaux insuffisamment occupés », les « terrains insuffisamment bâtis », la « vitesse excessive », la « vitesse du vent », le « prix normal », le « rabais normal », la notion de « représentativité d'une organisation syndicale », les « biens somptuaires » ou encore la « ristourne anormalement élevée »<sup>1189</sup>. Par suite, ce dernier indique qu'un grand nombre de standards non quantifiables sont, en fait, partiellement quantifiables comme « le défaut manifeste d'équivalence » ou le « caractère anormal des travaux publics ».

**291. Une différence trop subtile entre les standards quantifiables et non quantifiables.** Quelle différence fondamentale existe-t-il entre la ristourne anormalement élevée et le défaut manifeste d'équivalence pour classer le premier dans la catégorie des standards non quantifiables, et le second dans les standards quantifiables ? *A priori*, la possibilité d'une détermination numérale ou quantitative paraît égale dans les deux

---

<sup>1186</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 128.

<sup>1187</sup> VON IHERING R., *L'esprit du droit romain*, 2<sup>e</sup> éd., A. Marescq, 1880, t. 1, p. 49.

<sup>1188</sup> *Ibid.*

<sup>1189</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 128 et s.

<sup>1189</sup> *Ibid.*

expressions et le contraste soulevé par l'auteur n'est pas davantage explicité dans les développements qui suivent la classification brute, laquelle semble reposer sur un seul et simple constat : les standards « *d'intellection* », auxquels appartient le manifeste, seraient quantifiables<sup>1190</sup>. En réalité, dans les deux cas, les expressions peuvent être remplacées par une mesure arithmétique lors de leur application. Par exemple, il sera possible de considérer qu'une réduction de 90 % du prix de base est une ristourne anormalement élevée. De la même façon, si une partie s'engage à faire le gros œuvre d'une maison et que la contrepartie attendue s'élève à quelques euros, il y aura un défaut manifeste d'équivalence entre les deux prestations. La ristourne anormalement élevée, classée dans les standards non quantifiables, peut s'apparenter, dans une certaine mesure, au *prix anormalement élevé* ou au *prix anormalement bas* ou encore à la *rémunération anormalement élevée*. En tout état de cause, ces expressions relèvent toutes de la notion de prix, qu'il s'agisse d'une ristourne ou encore de la rémunération. Les adjectifs qui suivent cette expression : anormalement bas ou anormalement élevés indiquent une mesure, ils sont l'instrument de la mesure du prix, de la ristourne ou de la rémunération. Ces quelques exemples nous procurent l'occasion, en somme, de mettre en lumière les incohérences que nous avons pu relever dans les conclusions analysées. En effet, un standard non quantifiable ne répond pas à la définition intrinsèque du standard comme instrument de mesure.

**292. Les standards non quantifiables n'existent pas.** Parler de standard non quantifiable constitue, de notre point de vue, une contradiction dans les termes. Si le standard n'est pas chiffrable, ou du moins quantifiable<sup>1191</sup>, il n'est pas *standard*, car il n'est pas *instrument de mesure*. Cet illogisme est particulièrement saillant puisque l'auteur définit lui-même le standard comme un instrument de mesure<sup>1192</sup>. La notion de standard non quantifiable forme donc une véritable antilogie. *Quantifiable* signifie « *dont on peut déterminer le nombre, la quantité* ». Or, ce qui permet de déterminer le nombre ou la quantité c'est bien l'instrument de mesure. Ainsi, le standard ne peut être, en tout état de cause, que

---

<sup>1190</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 129 : « *Les standards que nous appellerons par la suite d'intellection ne semblent guère quantifiables : que l'on songe au sérieux, au manifeste (...)* ».

<sup>1191</sup> La quantifiabilité étant le caractère d'une notion qui peut revêtir une forme mathématique, moins précise cependant qu'une notion chiffrable.

<sup>1192</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 128 et s.

quantifiable. Que ce que l'on mesure soit *subjectif*, comme la notion d'avantage manifestement excessif, la dépendance manifeste, ou plus *objectif* comme la contrepartie illusoire ou dérisoire, il s'agit toujours d'expressions sollicitant l'idée d'une évaluation de la situation ou du comportement.

**293.** Les anomalies du modèle peuvent également être relevées en matière de standards descriptifs **(b)**.

### **b. L'impasse des standards descriptifs**

**294. Les standards descriptifs.** Dans la catégorie des standards descriptifs, d'autre part, sont classifiés ceux qui tendraient davantage vers la prise en compte de *ce qui est* plutôt que de ce qui *devrait être*. Au début de son argumentaire, l'auteur soulève toutefois les limites et la relativité de cette classification, car il devient malaisé, parfois, de classer tel ou tel standard dans une des deux catégories. Ce dernier cite l'exemple de la « *clause exorbitante* » qui serait à la fois descriptive et dogmatique. En tout état de cause, sont insérés, au sein des standards descriptifs des expressions telles que : « *compte tenu de sa situation propre* », ou encore « *le revenu normal d'un appartement dont la propriétaire se réserve la jouissance* »<sup>1193</sup>. Les notions « *d'acte de gestion normal* » ou d'« *acte manifestement insusceptible* » seraient, de la même façon, « *éminemment descriptive(s)* »<sup>1194</sup>. Le manifeste appartiendrait, en principe, aux notions purement descriptives, car il indiquerait ce qui « *saute aux yeux des individus* » et non pas ce qui « *aurait dû leur sembler patent* »<sup>1195</sup>. Une nouvelle fois, nous observerons que la classification portant sur les standards descriptifs pourrait être discutée.

**295. Faillibilité de la méthode de qualification.** La méthode de qualification des standards descriptifs semble aboutir à des résultats peu fiables. Par exemple, la notion de *manifeste* est considérée comme un standard « *purement descriptif* » puisqu'il serait étroitement lié à l'évidence et l'évidence « *est supposée l'être pour tous sans distinction* »<sup>1196</sup>. La notion d'« *acte manifestement illégal* », tirée de la jurisprudence du Conseil d'État *Sieur*

---

<sup>1193</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 128 et s.

<sup>1194</sup> *Ibid.*

<sup>1195</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>1196</sup> *Ibid.*

*Langneur* posant le devoir de désobéissance<sup>1197</sup> serait donc tout à fait descriptive<sup>1198</sup>. Si, en effet, l'évidence est étroitement liée à *ce qui est*, elle pourrait, selon nous, tout aussi bien être rattachée à l'évidence de *ce qui devrait être* : donc au dogmatisme. La communauté civile repose *a priori* sur un socle de valeurs communes qui fondent le vivre ensemble<sup>1199</sup>, notamment celles tirées de la démocratie et des droits de l'Homme<sup>1200</sup>. Ces valeurs communes permettraient de déceler, de façon manifeste, un comportement contraire à ces valeurs. De plus, si un acte est « *manifestement illégal* », c'est bien parce qu'il est *jugé* comme *ne devant pas être*. Le comportement d'un individu « est », il relève de l'indicatif et du descriptif, mais dès lors que l'on tourne ce comportement en négatif, il est forcément perçu comme ne devant pas être, et non comme *n'étant pas*. Le caractère manifestement illégal d'un acte ou d'un comportement relève en ce sens d'un jugement de valeur, donc d'un certain dogmatisme. En ce sens, les actes de tortures animales sont, de toute évidence, illégaux parce que cruels et donc immoraux. *Manifeste* désigne là l'évidence d'un consensus moral immédiatement attendu. Est manifeste ce qui s'impose, à l'œil, à l'esprit, mais également à la conscience. De la même façon, lorsque le législateur sanctionne, en droit des contrats, la violence par le biais du standard de l'avantage manifestement excessif, alléguer que la notion de manifeste est descriptive ne permet pas de cerner le sens même du standard. D'un point de vue purement formel, étymologique, le terme de manifeste, renvoie à quelque chose *qui est*, – tellement apparent que l'on pourrait y porter la main, le toucher –. Dans le fond, il est tout de même porteur d'une appréciation morale ou intellectuelle négative : un avantage qui sera considéré comme manifestement excessif porte en soi le germe d'une pathologie, d'un déséquilibre qui sont contraires aux valeurs les plus communes. De fait, le législateur sanctionne le fait que ce qui est, ne *devrait pas*

---

<sup>1197</sup> CE (Section), 10 Nov. 1944, *Sieur Langneur*, n° 71-856.

<sup>1198</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 133 et s.

<sup>1199</sup> Reprenant les mots de Monsieur Houtcieff : HOUTCIEFF D., « Pour un retour aux bonnes mœurs », *RTD civ.* 2021, p. 757, spéc. n° 19 : « Fondé sur la moralité publique et le respect de la dignité humaine, l'ordre public immatériel exprime, selon le Conseil d'État, « un socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société qui [...] sont à ce point fondamentales qu'elles conditionnent l'exercice des autres libertés, et qu'elles imposent d'écarter, si nécessaire, les effets de certains actes guidés par les volontés individuelle ». En somme, « l'ordre public immatériel a en effet pour finalité la préservation du vivre ensemble ».

<sup>1200</sup> POLIN R., « Les valeurs fondamentales de la démocratie », in POLIN R., *La République entre démocratie sociale et démocratie aristocratique*, Paris cedex 14, PUF, « Questions », 1997, pp. 52-77 ; FAES H., « Sens et valeur des droits de l'homme », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2011/2, n° 264, pp. 73-88 ; KANT E., *Vers la paix perpétuelle* (1795), Paris, Garnier-Flammarion, 1991 ; MÜLER D., « Transcendance et fragilité des valeurs. Pour une éthique universelle, pluraliste et démocratique », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2006/3, n°240, pp. 61-74.



être, car, à l'évidence, il s'agit d'un comportement inacceptable parce que l'excès – un dépassement de la mesure assez considérable pour être indéniable – le rend incompatible avec les valeurs introduites dans le droit. En matière de violence, un *avantage manifestement excessif* rompt de manière trop conséquente l'équilibre du contrat qui doit être maintenu sous peine de lui faire perdre son utilité. La protection de la partie faible, l'équilibre contractuel ou la justice contractuelle sont mis à l'honneur grâce aux standards intégrés dans la norme. Rappelons-le, le standard mesure *ce qui est* pour aboutir, *in fine*, à une mise en cohérence avec les principes et les valeurs qui le transcendent. Le parallèle peut également être fait avec les standards du *déséquilibre significatif*, ou encore *l'exécution excessivement onéreuse*<sup>1201</sup>. Ainsi, tout comme le standard non quantitatif, le standard purement descriptif n'existe pas.

**296. Un standard purement descriptif n'existe pas.** Décrire la réalité est une facette du standard, mais il ne se limite pas à une évocation neutre. La finalité du standard, nous l'avons vu, est de mesurer un fait, ou, par extension, de le décrire, afin d'apporter un jugement de valeur au travers des principes juridiques qu'il applique. La catégorisation utilisée dans le raisonnement rapporté aboutit en définitive à plaquer sur le standard la définition d'une double normalité, qui, de surcroît, ne satisfait guère. Nous l'avons remarqué<sup>1202</sup>, la normalité descriptive, ou normalité-moyenne, n'est que le fruit d'un affadissement de la notion de normalité<sup>1203</sup>. Le danger de cette notion double consiste à vouloir classer les standards à l'intérieur de deux compartiments séparés alors que ces deux formes restent indissociables. Il existe un ballet perpétuel entre la norme, la normalité, la fréquence, la légitimité et la légalité qui ne saurait permettre une telle dichotomie.

**297.** La mise en lumière des incohérences de la classification permet dès lors d'avancer que les notions purement quantifiables et descriptives ne sont pas des standards,

---

<sup>1201</sup> FAGES B., « Conclusion du contrat et vices du consentement », *RDC* 2018, n° hors-série, p. 15 ; BLANC N., « Contrats d'adhésion et déséquilibre significatif », *RDC* 2018, n° hors-série, p. 20; BORGHETTI J.-S., « Fixation et révision du prix », *RDC* 2018, n° hors-série, p. 25.; BARBIER H., « L'exécution et la sortie du contrat », Dossier : « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 (Paris, 7 juin 2018) », *RDC* 2018, n° hors-série, p. 40 ; BLANC N., « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* 2018, n° hors-série, p. 20.

<sup>1202</sup> V. *supra* n° 93 et s.

<sup>1203</sup> CANGUILHEM G., *Le normal et le pathologique*, PUF, 1966, p. 177.

mais des notions indéterminées sans caractères propres auxquelles les standards ne doivent pas être assimilés. À la fois leurs composantes et leurs rôles diffèrent (2).

## 2. LE DÉFAUT D'IDENTITÉ DES NOTIONS SANS CARACTÈRES PROPRES

**298. Augmentation du nombre d'adjectifs qualificatifs et d'adverbes dans la loi.** Les dernières réformes, notamment celle du droit des contrats, intervenue le 10 février 2016, ont introduit au sein du droit français un grand nombre d'adverbes et d'adjectifs qualificatifs<sup>1204</sup>. Or, ces derniers ne doivent pas être confondus avec les standards juridiques bien que ceux-ci soient effectivement composés à l'aide d'adjectifs. L'adjectif qualificatif sert à donner une précision sur le sens du substantif auquel il est accolé. C'est d'ailleurs ce qui permet au standard de moduler la directive de référence qu'il applique. Par exemple, dans les contrats d'adhésions<sup>1205</sup>, tout déséquilibre ne sera pas forcément sanctionné. Seul un déséquilibre *significatif* pourra être pris en compte. La correction de l'équilibre contractuel dépend donc d'un certain *seuil* de qualification, traduit en droit à l'aide d'un adjectif qualificatif.

Le législateur utilise plusieurs dizaines de notions indéterminées constituées pour la plupart d'un nom-noyau accompagné d'une expansion : adjectif ou complément du nom : Art. 103 : « *habitation réelle* » ; Art. 121 : « *procuration suffisante* » ; Art 171 : « *réunion suffisante de faits* » ; Art. 171-4 : « *indices sérieux* » ; Art. 182 : « *consentement nécessaire* » ; Art. 193 : « *contraventions suffisantes* » ; Art. 229 : « *altération définitive* » ; « Art. 1108 : « *événement incertain* » ; Art. 1110 : « *stipulations négociables* » ; Art. 1111 : « *caractéristiques générales* » ; Art. 1111-1 : « *prestation unique* » ; Art. 1112 : « *négociation précontractuelle* » ; Art. 1112 : « *avantages attendus* » ; Art. 1112 : « *information confidentielle* » ; Art. 1114 : « *personne déterminée ou indéterminée* » ; Art. 1115 : « *éléments essentiels* » ; Art. 1119 : « *conditions générales* » et « *conditions particulières* » ; Art. 1120 : « *circonstances particulières* » ; Art. 1127- 1 : « *moyens techniques* » ; Art. 1130 : « *caractère déterminant* » ; Art. 1132 : « *qualités essentielles* » ; Art. 1135 : « *simple motif* » et « *élément déterminant* » ; Art. 1136 et

---

<sup>1204</sup> AYNES L., « Le juge et le contrat : nouveaux rôles », *RDC* 2016, préc. p. 16 ; CHASSAGNARD-PINET S., « Le vocabulaire », Dossier : « Le nouveau discours contractuel », *RDC* 2016, n° 03, p. 581.

<sup>1205</sup> À titre d'exemple, l'article 1171 alinéa 1 du Code civil dispose que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

Art. 1137 : « *appréciation économique inexacte* » ; Art. 1140 : « *mal considérable* » ; Art. 1143 : « *état de dépendance* » ; Art. 1148 : « *conditions normales* » ; Art. 1149 : « *événement imprévisible* » ; Art. 1155 : « *termes généraux* » ; Art. 1161 : « *opposition d'intérêts* » ; Art. 1163 : « *prestation déterminée ou déterminable* » ; Art. 1164 : « *fixation unilatérale* » ; Art. 1170 : « *obligation essentielle* » ; art. 1171 : « *contrat d'adhésion* », « *clause non négociable* », « *objet principal* » ; Art. 1176 : « *conditions particulières* » et « *exigences équivalentes* ».

La place occupée par les standards dans le Code civil en comparaison avec les occurrences des autres notions indéterminées – sans compter les notions-cadres et autres principes – est tout à fait secondaire. Toutes ces notions, purement quantifiables et descriptives, ne sont pas des standards au regard de notre définition.

**299. Plan.** Les notions indéterminées sans caractères propres ont une composante commune avec le standard, la modulation, qui est toutefois indifférente dans l'opération de classification (**a – L'indifférence du caractère de modulation**). De plus, ces notions indéterminées n'assurent pas la fonction essentielle du standard : la conciliation des enjeux contradictoires de politique législative (**b – Le défaut d'application et de conciliation**). Enfin, contrairement à la notion-cadre, les notions indéterminées sans caractère propre ne constituent pas des directives référentielles permettant d'analyser un comportement ou un acte en le comparant avec ces références (**c – l'absence de directive référentielle**).

#### **a. L'indifférence du caractère de modulation**

**300. La modulation n'est pas une composante propre au standard.** La modulation du sens d'un mot, réalisée par la présence de l'adjectif, de l'adverbe ou du complément du nom n'est pas un critère d'identification du standard. Nous avons conclu dans un chapitre précédent que le caractère indéterminé d'une expression ne saurait identifier le standard juridique à l'intérieur de la famille des notions indéterminées. Or, les adjectifs employés au sein de la législation, s'ils complètent le nom auquel ils se rapportent, ajoutent de l'indétermination à l'expression, car, bien souvent, ils font référence à un degré, à une intensité qui doit être interprétée *a posteriori*. C'est le cas, par exemple, de la notion *d'issue insuffisante*. L'article 682 du Code civil dispose que « *le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une **issue insuffisante**, soit pour l'exploitation agricole, industrielle ou commerciale de sa propriété, soit pour la réalisation*

*d'opérations de construction ou de lotissement, est fondé à réclamer sur les fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds, à charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner* ». L'enclave est la situation d'un fonds qui n'a pas d'accès à la voie publique ou n'a qu'un accès insuffisant<sup>1206</sup>. Lorsqu'un fonds n'a qu'une issue insuffisante, l'enclave est partielle. Il faut que l'issue soit réellement insuffisante pour que la servitude puisse être reconnue<sup>1207</sup>. De ce fait, une issue simplement incommode ne peut pas suffire<sup>1208</sup>. Si l'adjectif permet, comme le standard, une gradation, la notion *d'issue insuffisante* ne répond néanmoins pas aux caractéristiques propres du standard. De fait, de quel principe juridique, de quel référentiel dépendrait directement la notion d'issue insuffisante, mis à part, peut-être, un principe de bon sens ? Tout un chacun doit être mis en mesure d'accéder à sa propriété s'il n'a pas un accès suffisant. L'issue insuffisante a un sens achevé, immédiatement et parfaitement accessible. Sa matérialité n'est pas conditionnée par un principe préexistant dont dépendraient son intelligibilité et son emploi. De la même façon, l'article 1352-5 du Code civil énonce que « *pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution.* ». Les juges ne peuvent refuser le remboursement de travaux au motif qu'il ne s'agissait pas d'impenses utiles, sans préciser en quoi ces travaux ne méritaient pas cette qualification<sup>1209</sup>. Les impenses nécessaires ou utiles apportent le plus souvent au fonds une plus-value très inférieure au montant de la dépense, sans pour cela devenir somptuaires ou d'agrément, dans la mesure où elles n'accroissent pas la valeur du fonds. La nécessité d'assurer à la victime dépossédée une juste réparation, implique que, dans les rapports d'un vendeur fautif et de l'acquéreur de bonne foi évincé, le caractère d'utilité des impenses ou améliorations s'apprécie, non en fonction de leur résultat économique, mais en considération de l'affectation donnée au fonds lorsqu'elle n'est pas contraire à sa destination normale (terrain à bâtir sur lequel a été édifiée une modeste construction)<sup>1210</sup>. Tout comme l'adjectif insuffisant, l'adjectif nécessaire ne fait que préciser les dépenses qui

---

<sup>1206</sup> MALAURIE PH., AYNES L., *Cours de droit civil : les biens*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2021.

<sup>1207</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1977, *Bull. civ. I*, n° 38.

<sup>1208</sup> Un simple souci de commodité et de convenance ne permet pas de caractériser l'insuffisance de l'issue sur la voie publique. Civ. 3<sup>e</sup>, 24 juin 2008, *RDI* 2009. 107, obs. OOSTERLYNCK G.-M ; TGI Bordeaux, 24 juin 1969, *JCP* 1969, II, 16109, note GHESTIN J.

<sup>1209</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1977, *Bull. civ. I*, n° 38.

<sup>1210</sup> Paris, 22 nov. 1955, *Gaz. pal.* 1956. I, n° 97.

seront remboursées. L'adjectif nécessaire est un qualificatif de bon sens qui rejoint la notion de dépense normale, ou raisonnable, *la seule* qui puisse être prise en considération par le droit.

Dans le même sens, les notions *d'habitation réelle*<sup>1211</sup> ou de *procuration suffisante*<sup>1212</sup> présentes dans les règles relatives au droit de la famille ne constituent pas des standards. Dans ces expressions, les adjectifs *réelle* et *suffisante* matérialisent un critère d'*authenticité* et non pas de *gravité*. C'est la preuve de l'effectivité, de l'existence non fictive de la chose qui est en cause. Ainsi, la Cour de cassation a pu considérer que l'habitation réelle n'était pas un transfert de résidence purement formel<sup>1213</sup>. Si, par exemple, un individu se contente de louer la résidence, d'y déposer les meubles sans y habiter, elle ne pourra pas y transférer son *habitation réelle*<sup>1214</sup>. De la même façon, si l'expression *procuration suffisante* semble traduire un critère quantitatif l'adjectif *suffisant* n'a, en vérité, pour finalité, que d'interroger sur la matérialité, la substance de la procuration, qui doit exister selon un certain degré de certitude. La jurisprudence considère alors qu'il n'y aura pas procuration suffisante lorsque le mandat donné par le présumé absent aura pris fin ou si le mandataire décède<sup>1215</sup>. ***Dans les deux expressions, les adjectifs qualificatifs utilisés sont redondants pour ce qui concerne le sens des substantifs et impropres à parler de leur degré, n'ayant pour seule fonction que d'insister sur l'importance de vérifier la réalité que les termes d'habitation et de procuration désignent déjà précisément.***

**301.** En tout état de cause, la différence fondamentale entre les simples adjectifs et adverbes, notions indéterminées sans caractères propres et les standards concerne l'importance du rôle que jouent ces notions indéterminées. De fait, les notions purement descriptives et quantitatives, telles que *l'issue insuffisante*, ne permettent pas, contrairement au standard, de concilier les enjeux de politique législative contradictoires sous-jacents à une matière donnée **(b)**.

---

<sup>1211</sup> C. civ. art. 103 précisant que : « *Le changement de domicile s'opérera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement* ».

<sup>1212</sup> C. civ. art. 121 : « *Ces mêmes dispositions ne sont pas applicables aux présumés absents ou aux personnes mentionnées à l'article 120 lorsqu'ils ont laissé une procuration suffisante à l'effet de les représenter et d'administrer leurs biens* ».

<sup>1213</sup> Civ. 31 mars 1896, S. 1897. 1. 100, cité par BUFFELAN-LANORE Y., « Domicile, demeure et logement familial – Caractères du domicile », *Rep. civ.*, Juin 2014 (Actu mai 2022), n° 278.

<sup>1214</sup> Civ. 31 juill. 1907, S. 1908. 1. 182, cité par *Ibid.*

<sup>1215</sup> LAROCHE-GISSEROT F., « Absence – Absence présumée », *Rép. civ.* janv. 2016 (actu déc. 2019).

## b. Le défaut d'application et de conciliation

**302. Les notions purement descriptives et quantitatives ne concilient pas les enjeux contradictoires.** Le standard juridique, introduit dans une règle de droit, permet de concilier des enjeux apparemment contradictoires. Le standard, pont entre l'*être* et le *devoir être*, entre les *faits* et le *droit*, transforme le sens d'une règle de manière à influencer sur la politique législative sous-jacente. Un auteur le remarquait justement : « *le mode de pensée qui procure au juge la souplesse nécessaire à la réflexion, en délimitant l'extension de deux principes, c'est celui des standards* »<sup>1216</sup>. Ce n'est pas le cas des notions purement descriptives et quantitatives. Par exemple, est cité comme standard juridique plutôt descriptif celui des « *frais vestimentaires normaux* »<sup>1217</sup>. L'adjectif « normal » n'a pour finalité ici que de donner le seuil des frais acceptables ou raisonnables dans la société actuelle. Il n'y a pas d'enjeux précis de politique législative dans ce contexte : le droit recherche la normalité, c'est son objectif premier. De la même façon, lorsque le législateur dispose, dans l'article 1112-1 du Code civil, au regard de l'obligation d'information, que l'information n'est due qu'en cas *d'ignorance ou de confiance légitime*, il ne fait pas usage de standards<sup>1218</sup>. En effet, le législateur conditionne l'octroi de l'information déterminante à la simple bonne foi factuelle du créancier. En revanche, un auteur a également relevé qu'« *au moyen de multiples standards tels que l'onérosité excessive (C. civ. art. 1195), l'avantage manifestement excessif (C. civ. art. 1143), le déséquilibre significatif (C. civ. art. 1171) le texte parvient à juguler le déséquilibre généré par une clause, rétablir l'équilibre rompu à la suite d'un simple changement de circonstances ou sanctionner toute forme d'abus de puissance ou d'exploitation d'un état de dépendance ou fragilité contractuelle* »<sup>1219</sup>. Nous ajouterons que ces standards, ayant pour référentiel le principe d'équilibre contractuel<sup>1220</sup> n'appliquent pas ce principe de manière absolue. Le standard a vocation à instaurer un équilibre entre deux enjeux et objectifs sous-jacents : la protection de la partie faible et la protection de la compétitivité économique. En effet, les déséquilibres

---

<sup>1216</sup> PETEV V., « Standards et principes généraux du droit », *RRJ* 1988-4, p. 831.

<sup>1217</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 135 et s.

<sup>1218</sup> V. *infra* n° 304.

<sup>1219</sup> LE GAC-PECH S., *art. cit.*, *LPA* 2016, n° 162-163, p. 7 ; LE GAC-PECH S., « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.* 2014, p. 581 et s.

<sup>1220</sup> LOISEAU G., « La vulnérabilité en droit commun », in LE GAC-PECH S. (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 125 et s. ; LE GAC-PECH S., *art. cit.*, *RTD civ.* 2014, p. 581 et s. ; REVET TH., *art. cit.*, *RDC* 2016, n° hors-série, n° 112y5, p. 5.

sont sanctionnés uniquement s'ils sont manifestement excessifs, significatifs ou encore s'ils portent atteinte à un aspect essentiel du contrat. Si tout déséquilibre était sanctionné, la protection de la partie faible prendrait le pas sur une nécessaire préservation du contrat comme outil d'échange économique. Les échanges économiques sont rarement parfaitement équilibrés, une partie prend, en général, le dessus sur l'autre. Le droit ne souhaite pas sanctionner cet état de fait. Seuls les abus caractérisés donneront lieu à la protection du cocontractant le plus vulnérable. Les standards représentent davantage que de simples notions malléables introduites dans le droit. Ils constituent un instrument de mesure capable d'atteindre plusieurs cibles, d'apparence contradictoires, mais également cruciales, pour aboutir à une législation acceptable et équilibrée.

Par ailleurs, contrairement à la notion-cadre et aux principes, les notions indéterminées sans caractère propre ne représentent pas des directives référentielles permettant d'analyser un comportement ou un acte en le comparant avec ces références (c).

### c. L'absence de directive référentielle

**303. La confiance et l'ignorance légitime dans le cadre de l'obligation d'information.** L'article 1112-1 du Code civil prévoit que : « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* »<sup>1221</sup>. Un devoir général d'information a ainsi été consacré en droit commun des contrats<sup>1222</sup>. Il repose désormais sur une assise textuelle précise, au-delà de son rattachement au principe de bonne foi de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil. Du principe de bonne foi sous son angle objectif, c'est-à-dire en tant que « *norme de conduite requise par la société par rapport au contractant dans l'exécution d'une obligation* »<sup>1223</sup> découleraient quatre obligations accessoires découvertes par les juges. La bonne foi traduirait ici le

---

<sup>1221</sup> Sur l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil, v. notamment : GRIMALDI C., « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon », *D.* 2016. 1009 ; MEKKI M., « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. pal.* 12 avril 2016 ; CHANTEPIE G., LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 161 et s. ; FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1992.

<sup>1222</sup> *Ibid.*

<sup>1223</sup> NEVES-MIRANDA M., « L'application du principe de la bonne foi objectif dans les contrats à partir de l'affaire Ryan Lochte », 7 avril 2017.

comportement idéal que tout contractant doit mettre en œuvre dans sa relation contractuelle. Le principe de bonne foi commanderait alors le respect de quatre sous-obligations : l'obligation d'information, l'obligation de sécurité, l'obligation de loyauté et, enfin, l'obligation de coopération. Ces obligations tendraient à instaurer un climat de confiance et d'efficacité permettant aux cocontractants d'atteindre l'objectif qu'ils se sont fixé. Les notions de *confiance* et d'*ignorance légitimes* auraient ainsi pour source directe la bonne foi<sup>1224</sup>.

L'article 1112-1 du Code civil distingue l'hypothèse dans laquelle une partie ignore une information déterminante pour son consentement, de celle où elle « *fait confiance à son contractant* ». Ainsi, en dehors des cas où une partie ignore légitimement une information déterminante, cette dernière sera tout de même due s'il est rapporté la preuve que le contractant avait une *confiance légitime* en l'autre contractant. Cette confiance réside dans l'espérance que le contractant fournira effectivement les informations nécessaires et prendra, seul, l'initiative d'informer son cocontractant<sup>1225</sup>. C'est le cas, notamment, entre membres d'une même famille ou entre dirigeant et associé<sup>1226</sup>. Toujours est-il que la notion de *confiance* est *a priori* antinomique du concept de *contrat*. Le lien de la confiance ne saurait alors être noué que dans un univers extracontractuel : « *le contrat pourrait bien être l'inverse de la confiance : il apparaîtrait lorsqu'elle disparaît. La confiance se passerait de contrat et celui-ci trouverait sa raison d'être lorsque celle-là fait défaut* »<sup>1227</sup>. Le contrat est, en effet, pour certains, le signe manifeste « *qu'une infidélité est à craindre* »<sup>1228</sup>. Le droit serait même « *l'instrument de la défiance* »<sup>1229</sup>. La poignée de main, scellant autrefois un accord entre acheteur et vendeur, signe d'une transaction dans la confiance réciproque a laissé place aux écritures prudentes enregistrant les engagements de chacun. Ces temps mettaient en effet en œuvre des mécanismes de sanctions sociales extrêmement lourds, comme l'exclusion morale de la communauté de vie et d'activités. La confiance prendrait alors sa source dans le concept

---

<sup>1224</sup> CALMES S., *Du principe de protection de de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001, p. 225, n° 101 et s. ; BOFFA R., « La validité du contrat », *Gaz. pal.* 29 avr. 2015, p. 18, n° 5 ; BÉNABANT A., *Droit des obligations*, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, Précis Domat, 2021, n° 68.

<sup>1225</sup> ATIYAH V.-P.-S., *An introduction to the law of contract*, Clarendon law series, 4<sup>e</sup> éd., 1989, p. 269. V. également : FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, n° 259, p. 201.

<sup>1226</sup> Com. 27 févr. 1996, n° 94-11.241: *Bull. civ.* IV, n° 65, p. 50, *D.* 1996. 518, note MALAURIE PH. ; *D.* 1996. 591, note GHESTIN J. ; *D.* 1996. somm. 342, obs. HALLOUIN J.-C.

<sup>1227</sup> CHIREZ A., *De la confiance en droit contractuel*, thèse, Nice, 1977, p. 3.

<sup>1228</sup> *Ibid.*

<sup>1229</sup> FRISON-ROCHE M.-A., « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », *LPA* n° 259, 2000, p. 4.



de *bonne foi* permettant de concilier la relation contractuelle avec un lien moral extra-juridique. Si cette hypothèse est séduisante à première vue, force est de constater que la bonne foi – entendue comme notion factuelle<sup>1230</sup> – constitue la condition de réalisation de la confiance et non la source de l'obligation d'information.

Un auteur avait démontré que la bonne foi n'est pas la source fondatrice de la confiance légitime, mais seulement une condition fondamentale de sa réalisation<sup>1231</sup>. Dans la perspective de l'obligation précontractuelle d'information, la bonne foi ne revêt pas la qualification de principe, concept ou force créatrice, mais celle d'une simple notion factuelle, qui renvoie au for intérieur du contractant. La légitimité de la confiance ne saurait exister sans bonne foi préalable. La *confiance légitime* exige « *invariablement que la personne privée qui invoque sa confiance soit concrètement (factuellement) de bonne foi, en vue d'une protection effective éventuelle* »<sup>1232</sup>.

#### **304. La qualification de l'ignorance et de la confiance légitimes.**

L'article 1112 - 1 du Code civil subordonne donc le devoir d'information à deux conditions alternatives : la confiance ou l'ignorance légitime<sup>1233</sup> du contractant créancier de l'information. Ces deux conditions représentent des notions indéterminées sans caractères propres. En effet, contrairement au standard juridique, ils ne constituent pas des instruments de mesure destinés à appliquer une directive référentielle. La confiance et l'ignorance légitime ne sont que des *états d'être*. Ils n'ont pour finalité que celle de subordonner l'octroi du privilège de la règle à un comportement conforme à la loi. Autrement dit, à l'instar, nous le verrons, de la bonne foi du débiteur prévue à l'article 1221 du Code civil<sup>1234</sup>, l'ignorance légitime et la confiance légitime forment une condition d'invocabilité de la règle. En outre, contrairement aux notions-cadre, les notions de confiance et d'ignorance légitime ne constituent pas des directives propres à offrir au juge un référentiel permettant la comparaison d'un comportement ou d'un acte à ladite référence.

---

<sup>1230</sup> Sur la triple qualification de bonne foi en tant que principe, standard et notion factuelle, v. *supra* n° 411 et s.

<sup>1231</sup> CALMES S., *th. cit.*, p. 293, n° 136.

<sup>1232</sup> *Ibid.*, p. 245, n° 111.

<sup>1233</sup> Sur la légitimité comme standard, v. notamment : DANIS-FATÔME A., *Apparence et contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 404, 2004, p. 552, n° 903 et s.

<sup>1234</sup> V. *infra* n° 338.

*En revanche*, contrairement à ce que l'on pourrait croire à l'occasion d'un rapprochement sémantique, l'attente légitime est une notion-cadre. Nous le verrons<sup>1235</sup>, l'article 1166 du Code civil dispose que « *lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* ». Ainsi, la prestation doit être « **conforme** aux attentes légitimes des parties » et, si l'on doit être *conforme* à, cela signifie que *l'on devrait être comme*, que l'on doit être « *semblable à un autre objet considéré comme modèle* »<sup>1236</sup>. Les attentes légitimes des parties permettent au juge de déterminer, par le moyen d'un modèle de référence, la prestation qui aurait dû être déterminée ou déterminable en vertu du contrat. L'attente légitime remplace ainsi le contrat comme modèle de référence. En revanche, la confiance et l'ignorance légitime ne sont que des états de fait, liés à la qualité intrinsèque des parties et leur légitimité à recevoir une information qui était, pour eux, déterminante.

**305. Conclusion.** La différence fondamentale qu'il est nécessaire de mettre en exergue entre les notions indéterminées sans caractères propres et le standard est le fait que les premiers ne font que traduire une exigence de normalité grâce à la malléabilité de leur expression alors que les seconds sont utilisés volontairement par le législateur pour protéger une catégorie de personnes ou favoriser un comportement spécifique par application de leur principe référentiel. Par ailleurs, les standards ne doivent pas non plus être confondus avec les notions dogmatiques non évaluatives pourtant qualifiées de « standards » (B).

## **B. LES NOTIONS-CADRE ET PRINCIPES JURIDIQUES**

**306. La combinaison nécessaire d'une référence et d'une évaluation.** Pour simplifier, le standard peut être résumé à deux caractéristiques fondamentales. Il est composé à la fois d'une référence, celle du principe, et d'un instrument d'évaluation qui lui permet de faire le pont entre les faits et le devoir-être. Ce sont, en tous cas, les deux attributs qui permettent, le plus aisément, de savoir si l'on est, ou pas, en présence d'un

---

<sup>1235</sup> V. *infra* n° 320.

<sup>1236</sup> Dictionnaire Larousse, v. « Conforme ».

standard. Dans la classification analysée, en revanche, l'auteur a intégré des notions qui, à notre avis, sont étrangères au standard. Pour s'en convaincre, nous relèverons dans un premier temps les anomalies de la catégorie des standards dogmatiques non évaluatifs (**1 – L'impasse des standards dogmatiques non évaluatifs**) pour indiquer, dans un second temps, que les notions les plus couramment qualifiées de standards sont en réalité des notions-cadre ou des principes (**2 – La reclassification des standards dogmatiques non évaluatifs**).

### 1. L'IMPASSE DES STANDARDS DOGMATIQUES NON ÉVALUATIFS

**307. Les standards dogmatiques.** Les standards dogmatiques désigneraient ceux qui posent des principes, mettent en lumière des valeurs<sup>1237</sup>. Ils tendraient donc à émettre un jugement sur la réalité alors que les standards descriptifs ne feraient que décrire « *ce qui est d'ordinaire* »<sup>1238</sup>. Ils renverraient à la normalité dogmatique et non pas à la normalité descriptive. Ce qui pose question, dans cette classification, ce ne sont pas tant les standards « *dogmatiques* » à proprement dit, mais les notions qualifiées de standards alors qu'elles sont dogmatiques et non évaluatives. En effet, nous avons démontré, dans les développements précédents, que tout standard est dogmatique, dans la mesure où il a pour but de corriger la réalité sur laquelle est posé un jugement de valeur au travers du principe qu'il applique. Il ne peut donc pas exister de standards non dogmatiques. En tout état de cause, la normalité ne saurait, selon nous, être décomposée en deux unités distinctes : description et dogmatisme. La normalité représente, justement, l'opération de va-et-vient entre la légalité, la moralité, la fréquence et la moyenne. La principale anomalie que nous souhaitons mettre en lumière concerne les expressions qui ne sont pas des instruments de mesure et qui sont donc dogmatiques, mais non évaluatives. En effet, une notion qui transmet une valeur ou un précepte n'est autre qu'un principe ou une notion-cadre, référentiels supérieurs au standard. Nous avons donné en introduction l'exemple de la *prudence*, qualifiée de standard, mais qui s'avère en réalité être un principe juridique. La prudence n'est pas un instrument de mesure, elle est la référence de cette mesure.

---

<sup>1237</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 143 et s.

<sup>1238</sup> *Ibid.*

### 308. Anomalie dans la classification des standards dogmatiques non évaluatifs.

Le standard avait été défini en premier lieu comme un instrument de mesure<sup>1239</sup>. L'auteur considérait néanmoins que cette définition était lacunaire<sup>1240</sup> dans la mesure où chaque règle serait en réalité un instrument de mesure<sup>1241</sup>. L'étymologie du mot règle, *Norma*, équerre<sup>1242</sup> romaine, lui donnait d'ailleurs raison. Nous considérons, en revanche, que le critère de la mesure est fondamental dans l'appréhension du standard puisque les termes qui composent ce dernier évoquent de manière beaucoup plus évidente cette caractéristique. S'il est possible d'estimer que « *la règle, c'est-à-dire la proposition que l'on désigne sous ce terme, est liée dans sa vocation la plus essentielle à une opération d'évaluation, de mesure, de jugement* »<sup>1243</sup>, elle n'est pour autant pas *l'instrument* de cette mesure. L'auteur ajoute que la parenté entre la règle et la mesure est significative dans l'expression « *prendre une mesure* » comme synonyme de « *édicter une règle* »<sup>1244</sup>. Mais c'est justement là où le standard diffère, selon nous, de la règle lambda. La règle juridique – comme le principe – est la *mesure*, la référence alors que le standard est la technique d'évaluation, le dispositif destiné à obtenir une grandeur : *l'instrument de mesure* de cette référence. Il est en quelque sorte le critérium d'application de la norme elle-même. L'on pouvait croire, *a priori*, que l'utilisation du standard juridique impliquait du législateur qu'il délègue « *à une autre autorité jurisprudentielle le soin d'édicter les mesures complémentaires nécessaires à son application* »<sup>1245</sup>. Or, cette approche ne correspond pas à la réalité du droit positif. En effet, le standard législatif contient déjà, en soi, les outils de sa propre application. Plus encore, le standard n'est qu'un instrument d'application. ***Il se distingue ainsi de la norme dans laquelle il s'inscrit en ce qu'il représente l'instrument de sa mesure.*** Or, les notions qualifiées de standards dogmatiques tels que la *bonne foi*, *l'ordre public*, *l'intérêt de l'enfant*, *la prudence*, *l'imprudence*

---

<sup>1239</sup> GOYARD-FABRE S., « De l'idée de norme à la science des normes », in AMSELEK P., (dir), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Léviathan, p. 211 et s. ; RIALS S., *th. cit.*, p. 61.

<sup>1240</sup> *Ibid.*

<sup>1241</sup> V. sur ce point notamment : AMSELEK P., « Volonté et édicition des normes juridiques selon H. Kelsen », *Revue juridique Thémis*, n° 33, 1999, p. 185 ; JAMMEAUD A., « Norme et règle de droit », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Lyon*, 1972, t. II, pp. 105-155, spéc. p. 123 ; GÉNIAUT B., *art. cit.*, LGDJ, Lextenso éd., Bruylant, 2009, pp. 183-197, spéc. p. 187.

<sup>1242</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 61.

<sup>1243</sup> AMSELEK P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964, p. 66 ; GOYARD-FABRE S., *Essai de critique phénoménologique du droit*, Paris, éd. Klincksieck, 1972, p. 69.

<sup>1244</sup> *Ibid.*

<sup>1245</sup> GOYARD-FABRE S., *op. cit.*, p. 69.

ou encore le *raisonnable* sont des notions non évaluatives. Elles forment la référence et non l'instrument de mesure de la référence.

**309.** Après avoir mis en lumière la lacune de la classification du standard dogmatique non évaluatif, il devient nécessaire de reclasser les notions qualifiées de standards dans la catégorie qui est la leur (2).

## 2. LA RECLASSIFICATION DES STANDARDS DOGMATIQUES NON ÉVALUATIFS

**310. Subtilités de classification.** Si nous sommes surpris de voir qualifiées de standards des notions pourtant non évaluatives, c'est qu'elles devraient, selon nous, être désignées sous les termes de principes juridiques ou de notions-cadres. En effet, nous avons constaté les liens étroits qui se nouent entre ces trois notions indéterminées. Pour autant, notre objectif a toujours été de les différencier. Pour que cette reclassification soit plus aisée à comprendre, il est nécessaire, avant toute chose, de définir les catégories complémentaires à celles que nous classifions. Au-delà des différences entre les principes, les notions-cadre et les standards, un auteur a établi une distinction claire entre le « *concept* » et la « *notion* »<sup>1246</sup>. Premièrement, le *concept* est entendu comme le résultat d'une réflexion portant sur une réalité. Autrement dit, le concept est le résultat de l'organisation ou de la réorganisation par l'esprit d'une réalité. L'auteur donne comme exemple celui de l'opposabilité, qui est en effet le résultat d'un travail intellectuel de plus de cent ans. Grâce aux outils juridiques dont elle disposait, la doctrine a ainsi créé un nouveau concept d'opposabilité pour donner davantage d'intelligibilité à une réalité pratique. On peut citer également le concept de propriété ou encore d'enrichissement sans cause. Ces deux

---

<sup>1246</sup> DROSS W., « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ* 2012-5, n° hors-série, n° 26, p. 2229 et s. V. également : HAID F., « Le langage des concepts législatifs », *RRJ* 2012-5, n° hors-série, n° 26, p. 2187 et s. ; PETEV V., « L'ontologie du droit par le média de son langage », *RRJ* 2012-5, n° hors-série, n° 26, p. 2203 et s. ; PEYRON-BONJAN C., « Points de vue philosophiques sur les concepts : notion, concept, catégorie, principe, qualification », *RRJ* 2012-5, n° hors-série, n° 26, p. 2237 et s. ; COLONNA D'ISTRIA F., « Le concept de concept juridique », *RRJ* 2012-5, n° hors-série, n° 26, p. 2243 et s. ; CHÉROT J.-Y., « L'analyse des concepts en droit, sur quatre thèses de HART et quelques questions », *RRJ* 2012-5, n° hors-série, n° 26, p. 2273 et s. ; BERGEL J.-L., « Propos conclusifs », *RRJ* 2012-5, n° hors-série, n° 26, p. 2287 ; ROUVIÈRE F., « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *RRJ* 2014-5, n° hors-série, n° 28, p. 2213 et s. ; BARRAUD B., « La science et la doctrine juridiques à l'épreuve de la polysémie des concepts », *RIEC* vol. 76, p. 5 et s. ; DULOT D., *Ce que penser veut dire*, L'Harmattan, coll. Pour comprendre, 2013, p. 86.

derniers sont également des principes dans la mesure où ils disposent d'une dimension axiologique<sup>1247</sup>. Deuxièmement, la *notion* témoigne, à l'inverse, de l'inachèvement d'une réflexion ou d'un désaccord doctrinal qui ne lui permet pas d'accéder au rang de concept du droit<sup>1248</sup>. C'est le cas par exemple des bonnes mœurs, notion particulièrement mouvante et qui suscite des désaccords.

**311. Plan.** Le standard ne doit donc pas être confondu avec ces autres notions, qui, certes, peuvent détenir des caractéristiques communes, mais ne peuvent lui être assimilées. Le principe juridique (**a – Les notions dogmatiques non évaluatives : principes juridiques**) et la notion-cadre (**b – Les notions dogmatiques non évaluatives : notions-cadre**), sont deux notions dogmatiques non évaluatives. Le *standard* est, en effet, au contraire, une sous-directive indéterminée d'ordre évaluatif, un instrument de mesure dénué de valeur *en soi*, permettant le passage de l'*être* au *devoir-être*, c'est-à-dire permettant l'application des principes supérieurs de façon graduée. Il faut donc nécessairement le distinguer des directives qu'il applique.

#### **a. Les notions dogmatiques non évaluatives : principes juridiques**

**312. Le solidarisme contractuel, doctrine juridique et non standard.** Nous avons déjà, au fil de notre démonstration, requalifié certaines notions, telles que le principe de proportionnalité<sup>1249</sup> ou le principe de subsidiarité<sup>1250</sup>, qui avaient pourtant été qualifiés de standards. Il s'agit ici de prendre un nouvel exemple, celui du solidarisme contractuel<sup>1251</sup>, qui a été conçu comme un « super-standard » alors qu'il s'agirait, plus simplement d'une doctrine juridique.

**313. Le super-standard des années 2000.** La notion de solidarisme contractuel nous offre un exemple de confusion entre les catégories de standard et de principe. De fait,

---

<sup>1247</sup> DROSS W., *art. cit.*, *RRJ* 2012-5, n° hors-série, n° 26, p. 2229 et s.

<sup>1248</sup> *Ibid.*

<sup>1249</sup> V. *supra* n° 147 et s.

<sup>1250</sup> V. *supra* respectivement n° 188 et n° 152.

<sup>1251</sup> Sur le choix du terme, v. notamment : JAMIN C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2011, pp. 441-472, spéc. p. 443.

elle<sup>1252</sup> a été élevée au rang de « *super standard des années 2000* »<sup>1253</sup> au même titre que l'équité, l'équilibre ou « *l'économie générale* »<sup>1254</sup>. Le solidarisme contractuel appartiendrait à la famille des standards dans la mesure où il serait un « *mot flou* » aux deux composantes sociale et morale<sup>1255</sup> et qu'il serait empreint d'une certaine normalité. Or il y a là, une nouvelle fois, confusion des genres. Le solidarisme contractuel est la doctrine selon laquelle il est nécessaire de réfréner la liberté contractuelle pour plus d'équité, voire d'égalité, et de justice. Plus précisément, Demogue, fondateur du solidarisme, en désaccord avec la doctrine volontariste déclarait que « *les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut aussi avoir un devoir de collaboration* »<sup>1256</sup>. Le solidarisme apparaît à ce titre davantage comme une théorie ou bien une doctrine explicative du droit des contrats que comme un standard. Un auteur estime, à ce titre, que « *juridiquement, le solidarisme contractuel s'identifie à un principe démonstratif du droit existant et constructif de règles nouvelles* »<sup>1257</sup>. De cette théorie, découleraient en effet de multiples dispositions du Code civil, notamment depuis la réforme du 10 février 2016 : la révision du contrat pour imprévision de l'article 1195 du Code civil ; le réputé non écrit des clauses abusives en droit commun de l'article 1171 du Code civil, l'élargissement du vice de violence à l'abus de dépendance de l'article 1143 du Code civil, etc. Le solidarisme est néanmoins davantage une notion qu'un concept dans la mesure où il ne fait guère l'unanimité. Le solidarisme contractuel, indéfini dans ses composantes et vague dans ses fonctions, est bien caractéristique d'une notion indéterminée. Ce que le solidarisme n'est pas en tout état de cause, c'est un standard. Qu'il soit devenu « normal » de l'inclure dans

---

<sup>1252</sup> Sur ce point, v. LEQUETTE Y., « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique, in *Mélanges en l'honneur de Jean Hausser*, Lexis Nexis Dalloz, 2012, p. 887, n°1 ; LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels » in *Mélanges offerts à Paul Didier, Études de droit privé*, Economica, 2008, p. 247 ; MAZEAUD D., « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 905.

<sup>1253</sup> DISSAUX N., « Les standards doctrinaux », *RDA* 2014, n° 9, p. 39 ; MAZEAUD D., « Petite leçon de solidarisme contractuel... », *D.* 2001, p. 3236.

<sup>1254</sup> *Ibid.*

<sup>1255</sup> STOFFEL-MUNCK PH., note in *D.* 2002, p. 1979.

<sup>1256</sup> DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Rousseau, 1931, n° 3, p. 9.

<sup>1257</sup> COURDIER A.-S., *Le solidarisme contractuel*, Lexis-nexis, vol. 27, 2006, « résumé ».

des débats théoriques<sup>1258</sup> n'en fait pas un standard pour autant. En effet, d'une part le dédoublement de la notion de normalité – l'être et le *devoir être* – est problématique en ce sens que la démarche introduit la confusion d'un standard avec un principe, et, d'autre part, parce que cette notion de normalité apparaît bien souvent compromise par un usage qui l'éloigne de l'objectif définitoire.

De la même façon, certaines notions dogmatiques non évaluatives qualifiées de standards se révèlent, en réalité, des notions-cadre (**b**).

## **b. Les notions dogmatiques non évaluatives : notions-cadre**

**314. Plan.** De la même façon, certaines notions qualifiées de standards doivent être requalifiées en notions-cadre. Elles ne constituent pas l'instrument de mesure d'un référentiel, elles sont le référentiel. Ainsi, l'ordre public (**i – L'ordre public**) comme la notion d'intérêt (**ii – La notion d'intérêt**) ou celle de légitime (**iii – Le légitime**) ne sont pas des standards, mais des notions-cadre.

### ***i. L'ordre public***

**315. Une règle au fondement d'autres règles.** L'ordre public, au rebours de la qualification utilisée par beaucoup d'auteurs<sup>1259</sup>, n'est pas un standard juridique.

L'ordre public est classiquement défini comme « *le bon fonctionnement des institutions indispensables à la société* »<sup>1260</sup>. L'ordre public s'établit sur un socle de valeurs métajuridiques. Il est institué dans le but de protéger un certain nombre de personnes. De plus, l'ordre

---

<sup>1258</sup> Monsieur Dissaux déclare ainsi : « *Et comment ne pas reconnaître que le solidarisme a normalisé le discours* » : DISSAUX N., *art. cit.*, RDA 2014, n° 9, p. 39.

<sup>1259</sup> BERNARD-MAUGIRON N., DUPRET B., « L'ordre public et le référent islamique. Usages d'un standard juridique en contextes européen et nord-africain », *Les Cahiers de la Justice* 2013, vol. n° 3, pp. 153-167 ; LAGARDE P., *Recherches sur la notion d'ordre public en droit international privé*, LGDJ, p. 175 ; JEAUNEAU D., *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2015, p. 18 et s. ; DUMORTIER T., *L'ordre public : Essai sur quelques usages contemporains d'un standard classique*, thèse, Paris X, 2010.

<sup>1260</sup> MALAURIE PH., *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, éd. Matot-Braine, 1953, p. 69 ; V. également : LE POMMELEC A., « La signification de l'ordre public en droit des obligations » in DUBREUIL C.-A. (dir.), *L'ordre public, Actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011*, Éditions Cujas, 2013, p. 74.



public « *domine les autres règles de droit* »<sup>1261</sup>, il est au fondement des règles impératives et se distingue des règles de droit par une généralité et une abstraction exacerbée<sup>1262</sup>.

De cette définition découle une qualification à première vue assez aisée : l'ordre public est un principe juridique<sup>1263</sup>. Il semble répondre parfaitement à ses caractéristiques : il possède un degré de généralité et d'abstraction élevée, il est à l'origine d'autres règles, il domine un corpus de règles et s'assoit sur un socle de valeurs métajuridiques.

**316. Une contingence pratique : une notion-cadre.** Néanmoins, s'il correspond en théorie aux critères définissant un principe juridique, sa mise en œuvre pratique rend sa qualification moins évidente. En effet, si la notion d'ordre public détient une certaine constance théorique, celle-ci cède devant une forte contingence pratique<sup>1264</sup>. L'ordre public se mêle ainsi à la complexité du réel. Il passe « *du Droit au Fait* »<sup>1265</sup>. Il n'est pas un énoncé évaluatif, il n'est pas l'instrument de mesure du comportement, il est *la référence*. Un fait, une situation, un comportement est ou *n'est pas conforme* à l'ordre public. Tout comme il est impossible d'être, à la fois, juge et partie, une règle ne peut pas être à la fois l'instrument et la mesure elle-même. L'ordre public se situe donc à mi-chemin entre le standard juridique et le principe en tant qu'il est à la fois *l'être*, parce qu'il côtoie les faits et le *devoir-être*, puisqu'il permet leur harmonisation<sup>1266</sup>.

L'ordre public s'apparente en ce sens davantage à une notion-cadre<sup>1267</sup>. C'est en effet d'une part une notion, et non un concept, étant donné que la détermination de l'ordre public se révèle assez complexe et en proie à des divergences doctrinales<sup>1268</sup>. C'est, d'autre

---

<sup>1261</sup> MALAURIE PH., *op. cit.*, p. 67.

<sup>1262</sup> *Ibid.*

<sup>1263</sup> C'est d'ailleurs la qualification utilisée par Monsieur Malaurie.

<sup>1264</sup> Monsieur Malaurie relève alors que « *pour pouvoir s'appliquer, l'ordre public est trop général et abstrait, il devient particulier et concret en s'adaptant à la diversité de la vie, le législateur particularise l'ordre public lorsqu'il s'y réfère, le juge se borne à déclarer que certaines situations sont contraires à l'ordre public qui se définit par une opposition concrète* » : MALAURIE PH., *op. cit.*, p. 69.

<sup>1265</sup> *Ibid.*

<sup>1266</sup> Monsieur Malaurie indique que « *l'ordre public a pour but de protéger chacune d'elles en particulier, contre les atteintes individuelles, et d'établir entre elles l'harmonie* » : MALAURIE PH., *op. cit.*, p. 69.

<sup>1267</sup> Monsieur Le Pommelec qualifie également la notion d'ordre public de notion-cadre dans la mesure où il existerait une absence de conception uniforme de l'ordre public – critère de la notion – et une diversité de ses sources – critère du cadre - : LE POMMELEC A., *art. cit.*, p. 79.

<sup>1268</sup> V. notamment : MARTIN J., « La notion d'ordre public dans les contrats administratifs », *RDC 2020*, n° 01, p. 116 ; JANICOT L., « Ordre public et contrat administratif », in DUBREUIL C.-A. (dir.), *L'ordre public*, 2013, Cujas, Actes & études, p. 61, n° 2 ; VINCENT-LEGOUX M.-C., *L'ordre public et le contrat. Étude de droit comparé interne*, Dalloz, *APD*, 2015, p. 215 et s. ; TALON D., « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 883 et s.

part, un cadre, puisqu'il regroupe en son sein une multitude de règles et de valeurs sociales protégées qui en font une directive indéterminée<sup>1269</sup> abstraite, générale et particulièrement hétérogène. C'est néanmoins une directive assignée à un but précis : la protection des institutions essentielles à la société. La contingence de l'ordre public rend difficile sa qualification de principe, mais puisque celle-ci est en quelque sorte enfermée dans un but précis, la qualification de notion-cadre lui convient particulièrement. De la même façon, la notion d'intérêt, classée dans la catégorie des standards, doit recevoir la qualification de notion-cadre (ii).

### *ii. La notion d'intérêt*

**317. Un intérêt, des intérêts.** Les notions d'intérêt social en droit des sociétés ou de l'intérêt de l'enfant/famille en droit de la famille ont été qualifiées de standard juridique. Or, force est de constater qu'elles ne respectent pas les caractéristiques définitoires que nous avons pu déterminer<sup>1270</sup>. Elles s'apparentent, en revanche, davantage à des notions-cadre<sup>1271</sup>.

**318. L'intérêt social.** Tout comme l'ordre public, l'intérêt social n'est pas un standard juridique<sup>1272</sup>. L'intérêt social est en réalité une « boussole »<sup>1273</sup>, un guide, en somme, une directive du droit des sociétés. Il n'est pas un standard, mais il participe à la création de standards, c'est-à-dire de sous-directives de comportement pour les acteurs du droit des sociétés<sup>1274</sup>. L'intérêt social a pu être décrit comme une notion fondamentale, cardinale<sup>1275</sup> du droit des sociétés. Le devoir de respecter l'intérêt de la personne morale apparaît, par

---

<sup>1269</sup> MALAURIE PH., *op. cit.*, n° 27.

<sup>1270</sup> V. *supra* n° 239 et s.

<sup>1271</sup> V. *supra* n° 167 et s.

<sup>1272</sup> Malgré ce qui a pu être affirmé : MULLER Y., « L'abus réprimé : la correction par le juge - Le délit d'abus de biens sociaux ou la symbolique de l'abus », *Gaz. pal.* 2009, n° 353, p. 30 ; COZIAN M., VANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 27<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2014, p. 430 ; BERTREL J.-P., « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Dr. et patr.*, avr. 1997, p. 42.

<sup>1273</sup> PIROVANO A., « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, p. 189 ; COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *op. cit.*, p. 430 ; MOULIN J.-M., « Le poids de l'intérêt social, à propos des sûretés pour autrui », *Gaz. pal.* 2015, n° 209, p. 26.

<sup>1274</sup> Voir sur ce point : DUPUIS B., *La notion d'intérêt social*, thèse, Paris 13, 2001.

<sup>1275</sup> TIREL M., « La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », *Dalloz*, 2019, p. 2317 ; DASUYAUX B., « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *LPA* 2005, n° 4, p. 3 ; BAILLY-MASSON C., « L'intérêt social, une notion fondamentale », *LPA* 2000, n° 224, p. 6.

analogie avec celui dû à la personne physique, doter l'intérêt social d'une charge morale certaine. En tout cas, ce n'est pas un concept axiologiquement neutre. La consécration par la loi Pacte<sup>1276</sup> d'une composante de l'intérêt social<sup>1277</sup>, les enjeux sociaux et environnementaux, est également un exemple de sa portée métajuridique. Il domine également d'autres règles, comme celle du consentement unanime des associés. De fait, dans un arrêt rendu par la 3<sup>e</sup> chambre civile du 12 septembre 2012<sup>1278</sup>, la Cour de cassation a fait primer l'intérêt social sur le consentement unanime des associés, donc sur la liberté de choix de ces derniers. L'intérêt social constituerait donc, à première vue, un principe juridique dans la mesure où, d'une part, il expose un *devoir-être*, des valeurs métajuridiques, et où, d'autre part, il prime sur d'autres règles du droit des sociétés et participe à la création de standards<sup>1279</sup>. Néanmoins, en dépit de ces attributs, l'intérêt social ne peut pas admettre la qualification de principe dès lors qu'il n'est pas vraiment au fondement d'autres règles. Il constitue, plutôt, une directive générale justifiant certains actes ou certaines sanctions<sup>1280</sup>. L'intérêt social ne peut pas non plus être considéré comme un standard, car il ne vise pas à une simple mesure des faits, de *ce qui est*. Il emporte avec lui une vision de la société, voire de la Société tout entière, charge qui excède les attributs et la finalité d'une sous-directive évaluative. Le standard juridique, lui, n'est qu'un critère instauré dans une règle et n'obtient de substance qu'à travers elle. L'intérêt social véhicule, en revanche, du sens hors de son contexte<sup>1281</sup>. Il ne peut pas non plus être analysé comme un concept dans la mesure où, d'une part, ses contours sont trop indéterminés – il n'a pas la constance du concept – et, d'autre part, il existe un important désaccord doctrinal à son sujet<sup>1282</sup>. L'intérêt social peut alors être qualifié, à l'instar de l'ordre public, de notion-cadre.

---

<sup>1276</sup> L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

<sup>1277</sup> Ces enjeux se veulent en effet connectés à la notion d'intérêt social, v. ASS. NAT., *Rapport de la Commission spéciale*, t. I, enregistré à la présidence de l'Ass. nat. le 15 sept. 2018, p. 32 : « la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité d'une société est reconnectée à sa gestion conformément à l'intérêt social ».

<sup>1278</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 12 sept. 2012, n° 11-17948, PB (cassation partielle).

<sup>1279</sup> V. *supra* n° 149 et s.

<sup>1280</sup> Par exemple : le pouvoir des dirigeants dans certaines sociétés (art. 1848 al 1 du Code civil ; art. L.221-4 et L.223-18 al 8 du Code de commerce) ; l'abus de majorité et l'abus de minorité, l'abus de bien sociaux, la désignation d'un administrateur judiciaire et l'acte anormal de gestion ; SCHMIDT D., « Abus de majorité et intérêt social », *Sociétés*, Dalloz, 2019, p. 513.

<sup>1281</sup> Il s'agit ainsi qu'un « *concept autosuffisant* », tel que le définit Monsieur Géniaut en prenant l'exemple du proportionnel en ce sens qu'il « *délimite les catégories à la constitution desquelles il prend part* » : GÉNIAUT B., « La force normative des standards juridiques », in THIEBERGE C., (dir) *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Lextenso éditions, Bruylant, 2009, pp. 183-197, spéc. p. 191.

<sup>1282</sup> COURET A., DONDERO B., « Le statut des dirigeants, le gouvernement d'entreprise, la RSE ; la notion d'intérêt social », *Plateforme France Université Numérique - Session mai-juin 2014* : <https://streaming->

De fait, l'intérêt social forme avant tout une directive de réflexion et d'action pour les membres de la société. Il instaure donc un cadre qui maintient les agissements des dirigeants et des actionnaires dans les limites que son expression garantit.

**319. L'intérêt de l'enfant et l'intérêt de la famille.** De la même manière, les notions d'intérêt de la famille ou d'intérêt de l'enfant sont considérées comme des standards juridiques utilisés par le juge<sup>1283</sup>. Néanmoins, elles ne peuvent pas être cantonnées à cette qualification. L'intérêt supérieur de l'enfant ou l'intérêt de la famille ne sont pas de simples sous-directives destinées à guider le juge pour l'application d'une règle. Ils ne donnent pas lieu à un pur énoncé évaluatif ni à un pur énoncé normatif<sup>1284</sup>. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, notamment, dépasse la simple directive, elle représente la projection idéologique d'une société fondée sur la famille. C'est une notion de droit international privé introduite en 1989 par la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant. Elle a été, par la suite, reprise par de nombreuses législations. L'article 3§1 de la convention CIDE dispose ainsi que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». La substance et la portée morales de la notion sont incontestables. L'intérêt supérieur de l'enfant comme le respect de l'intérêt de la famille constituent les piliers essentiels sur lesquels reposent nos sociétés, dans leur existence et dans l'idéal collectif. L'intérêt de l'enfant n'est pas un instrument, un moyen, c'est une finalité en soi. L'article 371-1 du Code civil indique bien que « *l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ». Bien que l'adjectif *supérieur*, souvent accolé à l'intérêt de l'enfant fasse écho à l'analyse sémantique et formelle

---

[canalu.fmsh.fr/vod/media/canalu/documents/universit.paris.1.panth.on.sorbonne/la.int.r.t.social.notion\\_15345/3.1.interet\\_social.pdf](http://canalu.fmsh.fr/vod/media/canalu/documents/universit.paris.1.panth.on.sorbonne/la.int.r.t.social.notion_15345/3.1.interet_social.pdf)

<sup>1283</sup> Par ex., NEIRINCK C., « À propos de l'intérêt de l'enfant », in BRUGGEMAN M. (dir), NEIRINCK C. (dir), *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Thèmes, commentaires et études, Dalloz, 2014, p. 25 ; FRAISSINIER V., « L'intérêt de la famille : une notion standard à contenu variable », *LPA* 2007, n° 260, p. 4 ; ANCEL B., « L'intérêt de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », *LPA* 2014, n° 62 ; TETARD S., « La notion d'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à l'instrumentalisation », *LPA* 2015, n° 140, p. 17 ; SAULIER M., « Les relations entre l'enfant et la compagne de la mère : l'article 371-4 du Code civil ne sera pas soumis au Conseil constitutionnel – Cour de cassation, 1<sup>re</sup> civ. 6 novembre 2019 », *AJ fam.* 2019, p. 648.

<sup>1284</sup> En ce que l'énoncé normatif ne serait qu'un énoncé prônant une interdiction ou une permission, v. OGIEN R., « L'indépendance des normes à l'égard des valeurs », in *Colloque international « Les défis d'Hilary Putnam »* 24 mars 2005, p. 6.

du standard juridique comme énoncé évaluatif et de gradation, le terme supérieur n'est ici qu'une formule stylistique d'emphase. L'intérêt de l'enfant est en soi déjà considéré comme un intérêt supérieur. L'intérêt supérieur de l'enfant est, *in fine*, comme la bonne foi, un principe de la vie sociale qui irrigue le droit de la famille. On peut ainsi la qualifier davantage de notion-cadre que de principe juridique dans la mesure où il s'agit d'une notion indéterminée, aux contours flous, qui fait néanmoins office de guide, de directive pour le juge, lestée de tout le poids et l'exigence éthiques dans lesquels la société veut se reconnaître<sup>1285</sup>. Dans le même sens, la notion d'attente légitime du contractant, classée dans la catégorie des standards, devrait recouvrir la qualification de notion-cadre (iii).

### *iii. La notion d'attente légitime*

**320. Contours de l'attente légitime.** L'attente légitime, avant la réforme du droit des obligations du 10 février 2016, n'était « *pas un concept consacré en droit positif français* », <sup>1286</sup> mais elle était notamment utilisée par la Convention de Vienne<sup>1287</sup> et les Principes Unidroits<sup>1288</sup>. Un auteur relève, à ce titre, la pluralité des fonctions assignées à la notion d'attente telle que « *le devoir de collaboration entre les parties au contrat* », l'interdiction « *de se contredire au détriment d'autrui* » ou encore l'empêchement pour « *le créancier de faire valoir sa créance* »<sup>1289</sup>. Ce n'est toutefois pas expressément la notion d'attente légitime qui avait été consacrée dans ces textes, mais plutôt celle d'attente raisonnable. Il n'en demeure pas moins que les fonctions attribuées à cette notion sont étrangement similaires à celles qui découlent du concept de *bonne foi*. La jurisprudence avait effectivement découvert, sur le fondement de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil, des obligations accessoires<sup>1290</sup> de loyauté, de coopération ou encore de cohérence contractuelle et utilise, par ailleurs, la notion de *bonne foi* pour empêcher le créancier de mauvaise foi d'invoquer le bénéfice d'une clause<sup>1291</sup>. L'attente légitime serait, encore, en mesure de constituer un critère d'interprétation pour

---

<sup>1285</sup> NEIRINCK C., *art. cit.*, p. 25.

<sup>1286</sup> GUERLIN G., *L'attente légitime du contractant*, Université Picardie Jules Verne, 2008, p. 1, n° 1.

<sup>1287</sup> *Ibid.*

<sup>1288</sup> *Ibid.*

<sup>1289</sup> *Ibid.*, p. 3, n° 3.

<sup>1290</sup> *Ibid.*

<sup>1291</sup> *Ibid.*

les conventions ambiguës, à l'instar de la *bonne foi* ou du *raisonnable*<sup>1292</sup>. La doctrine avait d'ailleurs entendu qualifier la notion d'*attente légitime* de principe fondateur de la théorie générale du contrat « *susceptible de fonder toute forme de responsabilité civile* »<sup>1293</sup>.

La notion d'attente légitime du contractant avait néanmoins été décrite, plus précisément, comme « *un sentiment d'anticipation éprouvé par un contractant, en considération de sa situation contractuelle* »<sup>1294</sup>, ce sentiment étant légitime parce qu'il « *est conforme au droit, quelle que soit la source particulière de cette reconnaissance* »<sup>1295</sup>. Il est alors conçu comme un fait juridique<sup>1296</sup>, produisant des effets juridiques<sup>1297</sup>, qu'ils aient été ou non voulus<sup>1298</sup>. Par ailleurs, l'attente du contractant est aussi bien celle du débiteur que du créancier<sup>1299</sup>. Or, si la description du contenu de la notion peut parfaitement convaincre, la qualification utilisée pour la désigner pourrait être discutée.

**321. Qualifications de l'attente légitime.** L'*attente légitime* avait été, dans un premier temps, qualifiée de « *principe général* », s'inscrivant en marge de la *bonne foi*<sup>1300</sup>, permettant d'englober aussi bien les évolutions modernes du contrat, de la responsabilité civile subjective et objective, de l'abus de droit ou encore des troubles du voisinage<sup>1301</sup>. Somme toute, les *attentes légitimes* renverraient à la conception d'un homme normal et raisonnable dont les attentes devraient être protégées par le droit parce qu'il les « *a nourries de bonne foi* »<sup>1302</sup>. À l'instar de l'idée de normalité<sup>1303</sup> et, nous le verrons, de la *bonne foi* ou du *raisonnable*<sup>1304</sup>, cette appréhension de la notion d'*attente légitime* l'élève, en tout état de cause, au rang de force créatrice du droit, source de toute normativité et ne le réduit pas, simplement, à un principe juridique destiné à orienter, selon un objectif suffisamment déterminé, un corpus de règles. C'est ainsi qu'avec un auteur, nous pensons qu'une

---

<sup>1292</sup> GUERLIN G., *th. cit.*, p. 6, n° 7.

<sup>1293</sup> DIEUX X., *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, LGDJ, Bruylant, Bruxelles, 1995.

<sup>1294</sup> GUERLIN G., *th. cit.*, p. 38, n° 46.

<sup>1295</sup> *Ibid.*

<sup>1296</sup> *Ibid.*

<sup>1297</sup> *Ibid.*

<sup>1298</sup> *Ibid.*

<sup>1299</sup> *Ibid.*

<sup>1300</sup> DIEUX X., *th. cit.*, p. 15 et s.

<sup>1301</sup> *Ibid.*

<sup>1302</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>1303</sup> V. *supra* n° 120 et s.

<sup>1304</sup> V. *infra* n° 371 et s.

généralisation à outrance et l'élargissement illimité des contours de *l'attente légitime* achève de faire perdre toute consistance et toute utilité pratique à une notion dont l'abstraction et l'indétermination sont déjà significatives. *L'attente légitime* a donc été, dans un second temps, décrite comme un standard juridique *comportemental* et *de situation*. C'est dire que *l'attente légitime* correspondrait, d'une part, à une norme de comportement – puisqu'il s'agirait d'apprécier la validité du comportement d'un contractant au regard d'un comportement « attendu » – et, d'autre part, à une exigence circonstancielle – qui « permettrait de savoir ce que le contractant pouvait juridiquement attendre du contrat en cause »<sup>1305</sup> – . Dans les deux cas, *l'attente légitime* conduirait à l'appréciation du caractère « raisonnable d'un contractant ou d'une situation contractuelle en cause »<sup>1306</sup>. L'auteur de la démonstration analysée relève néanmoins lui-même les limites de cette assimilation en indiquant que le « standard » de *l'attente légitime* ne servirait qu'à identifier « *l'attente raisonnable du contractant* » et qu'en la matière « rien ne semble évident »<sup>1307</sup>. Les définitions qui avaient été proposées du standard en général et qui servaient à fonder les arguments relatifs à certains standards en particulier ne sont susceptibles d'apporter qu'une aide précaire à l'interprétation. Ceci parce que le standard, dans ces définitions, renverrait toujours, et tour à tour, à la *bonne foi*, à la *normalité*, ou au *raisonnable*, qui renvoient, eux-mêmes, aux fondements du droit et de la justice<sup>1308</sup>.

Au-delà de la problématique résultant de la définition du standard, *l'attente légitime* devrait être qualifiée de notion-cadre et non de principe juridique ou de standard.

**322. L'attente légitime, une notion-cadre.** Depuis la réforme du 10 février 2016, la notion d'attente légitime a été consacrée dans le Code civil, à l'article 1166. Ce dernier dispose, de fait, que « lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». Un commentaire littéral du texte nous offre déjà un indice de la qualification qui doit être attribuée à l'attente légitime. Comme nous le relevions en amont<sup>1309</sup>, Il est ainsi indiqué

---

<sup>1305</sup> GUERLIN G., *th. cit.*, p. 138, n° 176.

<sup>1306</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>1307</sup> *Ibid.*, p. 143, n° 182.

<sup>1308</sup> *Ibid.*

<sup>1309</sup> V. *supra* n° 303.

que la prestation doit être « *conforme aux attentes légitimes des parties* ». Si l'on doit être conforme à, cela signifie que *l'on devrait être comme*, que l'on doit être « *semblable à un autre objet considéré comme modèle* »<sup>1310</sup>. Or, le *devoir être* est l'apanage des principes et des notions-cadres, en tant qu'ils formulent des directives. Si l'acte ou le comportement doit être conforme à *l'ordre public*, comme l'acte du dirigeant doit être conforme à *l'intérêt social* ou bien encore si le régime matrimonial doit être conforme à *l'intérêt de la famille* c'est que ces notions font office de *référentiel* pour le juge et fonctionnent comme un guide dans sa décision. *L'attente légitime* ne constitue pas un énoncé évaluatif, un instrument de mesure de la référence, mais un énoncé déontique, ou normatif, instituant le modèle ou la référence elle-même. Cela étant, la notion *d'attente légitime*, au contraire du principe, ne traduit pas un idéal absolu, mais une réalité sociale et économique qui doit être prise en compte par le jugement : elle représente donc une notion-cadre.

**323.** La nouvelle définition du standard acquise, et la reclassification opérée, il convient, dès lors, de présenter notre nouvelle classification des standards (§2) appliquée au droit des contrats, qui sera d'une utilité particulière à la seconde partie de cette étude.

## **§2. LA CLASSIFICATION DES STANDARDS CONTRACTUELS**

**324. Des standards d'application du principe d'équilibre contractuel interne et externe.** La nouvelle définition du standard acquise, il nous est désormais possible d'opérer une nouvelle classification. Le standard juridique a été défini, théoriquement, comme *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle*. Cette définition du standard est néanmoins incomplète dans la mesure où elle suppose la recherche du principe juridique propre à singulariser les standards juridiques dans une matière donnée. C'est pourquoi la seconde partie<sup>1311</sup> de cette étude aura pour finalité de mettre en pratique notre définition en l'appliquant à la matière du droit des contrats. Il y aura lieu de démontrer qu'en droit des contrats, les standards sont *des sous-directives d'objectivation et de concrétisation du principe d'équilibre contractuel interne et externe*. Nous nous efforcerons, ainsi, de justifier le rattachement et l'interdépendance entre l'équilibre contractuel et les standards du droit des

---

<sup>1310</sup> Dictionnaire Larousse, v. « Conforme ».

<sup>1311</sup> V. *infra* n° 361 et s.



contrats. La démonstration concrète de l'appartenance de ces notions à la catégorie des standards ne pourra donc intervenir que dans cette seconde phase de l'analyse. C'est ainsi qu'il nous faudra, ici, nous borner à donner une liste brute, dans l'attente d'une mise en perspective avec le référentiel adéquat. Nous verrons que certaines notions appartiennent à la catégorie des standards d'application de l'équilibre interne<sup>1312</sup> (**A – Les standards d'application de l'équilibre interne**), c'est-à-dire du contenu du contrat tandis que d'autres participent de l'application de l'équilibre externe<sup>1313</sup> (**B – Les standards d'application de l'équilibre externe**), c'est-à-dire de la cohérence des valeurs contractuelles sous-jacentes – l'individualisme ou l'efficacité économique ; l'altruisme ou les valeurs morales contractuelles –.

#### **A. LES STANDARDS D'APPLICATION DE L'ÉQUILIBRE INTERNE**

**325. Sept standards.** L'Ordonnance portant réforme du droit des contrats avait fait la part belle aux notions indéterminées. Aussi « *le nombre de standards juridiques, de notions-cadres diverses et variées, a(t-il) considérablement augmenté* »<sup>1314</sup> : précisément, de neuf à quarante<sup>1315</sup>. Néanmoins, la nouvelle définition du standard à laquelle notre étude nous a fait parvenir réduit drastiquement ces comptes. Certaines des notions nommées standards sont, comme nous l'avons déjà démontré, des notions-cadres ou des principes juridiques tels que l'abus, la bonne foi ou encore les attentes légitimes. Les standards juridiques du droit des contrats, d'application du principe d'équilibre interne<sup>1316</sup>, propres à notre définition du standard sont, hors répétition, au nombre de sept : les « *conditions*

---

<sup>1312</sup> Nous le verrons, le principe d'équilibre interne sera défini comme le contenu contractuel, envisagé dans sa globalité, au sein duquel les valeurs, quantitatives ou qualitatives ne sont pas, à l'évidence, discordantes, v. *infra* n° 490 et s.

<sup>1313</sup> Nous le verrons, l'équilibre contractuel externe pourrait être défini comme la composition harmonieuse des principes juridiques libéraux et moraux, traduits par le biais d'une technique juridique formelle objective, telle que le standard, retranscrivant les valeurs politiques, philosophiques et sociales introduites par ces mêmes principes. Cette composition harmonieuse aboutira, de la sorte, à un droit des contrats cohérent, à la fois suffisamment protecteur des injustices les plus flagrantes et adapté à la réalité économique dans laquelle il s'inscrit, v. *infra* n° 540 et s.

<sup>1314</sup> BLANC N., « Le juge et les standards juridiques », Dossier : « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n° 02, p. 394, spéc. n° 3.

<sup>1315</sup> *Ibid.*

<sup>1316</sup> Nous le verrons, le principe d'équilibre interne sera défini comme le contenu contractuel, envisagé dans sa globalité, au sein duquel les valeurs, quantitatives ou qualitatives ne sont pas, à l'évidence, discordantes, v. *infra* n° 490.

*substantiellement différentes* »<sup>1317</sup> ; l'« *avantage manifestement excessif* »<sup>1318</sup> ; la « *contrepartie illusoire ou dérisoire* »<sup>1319</sup> ; le « *déséquilibre significatif* »<sup>1320</sup> ; l'« *exécution excessivement onéreuse* »<sup>1321</sup> ; l'« *inexécution suffisamment grave* »<sup>1322</sup> et enfin, la « *pénalité convenue manifestement excessive ou dérisoire* »<sup>1323</sup>. Il s'agira, dans la deuxième partie de cette étude, de démontrer pourquoi ces notions doivent être qualifiées de standards au regard de leurs caractéristiques propres et de leur influence sur le droit positif.

**326.** D'autres standards contractuels manifestent un rapport d'interdépendance avec le principe d'équilibre contractuel, appréhendé, cette fois, dans sa perspective externe (B).

## B. LES STANDARDS D'APPLICATION DE L'ÉQUILIBRE EXTERNE

**327. Quatre standards.** L'équilibre externe sera défini comme *la coexistence harmonieuse des principes juridiques libéraux et moraux, traduits par le biais d'une technique juridique formelle objective, le standard, retranscrivant les valeurs politiques, philosophiques et sociales introduites par ces mêmes principes*. Cette coexistence harmonieuse aboutira, de la sorte, à un droit des contrats cohérent, à la fois suffisamment protecteur des injustices les plus flagrantes et adapté à la réalité économique dans laquelle il s'inscrit<sup>1324</sup>. Les standards juridiques contractuels, en tant que sous-directives objectives et concrétisables ont donc vocation à appliquer cet équilibre externe. Ces caractères propres au standard doivent alors s'apprécier à l'aune de cet équilibre externe qui a trait aux valeurs et aux forces sous-jacentes au droit des contrats. En ce sens, la concrétisabilité de ces standards doit être adaptée à leur champ d'application et ils constituent, dans cette perspective, un instrument de mesure davantage quantifiable que chiffrable. C'est dire que l'opération effectuée par le juge ne se fera pas en termes mathématiques, mais davantage par une mise en balance des valeurs en présence. De la même façon, l'objectivation de ces standards contractuels doit

---

<sup>1317</sup> C. civ. art. 1130.

<sup>1318</sup> C. civ. art. 1141 et 1143.

<sup>1319</sup> C. civ. art. 1169.

<sup>1320</sup> C. civ. art. 1171.

<sup>1321</sup> C. civ. art. 1195.

<sup>1322</sup> C. civ. art. 1219, 1220 et 1124.

<sup>1323</sup> C. civ. art. 1231-5.

<sup>1324</sup> V. *infra* n° 539.

être comprise comme la mise en cohérence de ces valeurs par la technique législative concrète et objective que constituent les standards au regard du principe qu'ils appliquent. Il conviendra, de la sorte, dans la deuxième partie de cette étude, de démontrer le rattachement des notions suivantes à la catégorie des standards en considération de leurs caractères propres : « *la faute lourde ou dolosive* »<sup>1325</sup> « *la disproportion manifeste* »<sup>1326</sup> ainsi que « *le délai et le coût raisonnables* »<sup>1327</sup>.

### ***Conclusion Section I***

**328. La reclassification des standards, principes juridiques et notions-cadre.** La nouvelle définition proposée du standard, entendu comme *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle* nous a permis d'opérer une reclassification des standards en les distinguant des autres notions qui lui étaient souvent assimilées. Le standard est ainsi inclus dans une taxinomie des notions indéterminées.

Cette nécessité d'une reclassification s'est fondée, en premier lieu, sur la définition du standard en tant qu'instrument de mesure. En effet, le défaut des classifications préexistantes résidait dans l'absence de prise en compte de ce critère capital.

En deuxième lieu, elle s'est appuyée sur l'autre volet de cette définition qui consiste à désigner le standard comme une sous-directive d'application d'une directive référentielle. Cette définition implique de comprendre que si le standard n'a pas de contenu matériel *en soi*, il puise son dogmatisme, c'est-à-dire son *devoir être*, dans le principe qu'il applique. Or, certaines notions qualifiées de standards n'intégraient pas cette dimension de captation de contenu axiologique et d'application d'une norme supérieure.

C'est pourquoi, dans un premier temps, nous avons mis en évidence le fait que les notions purement descriptives et quantitatives ne sont que de simples notions indéterminées et ne présentent pas les qualités suffisantes pour obtenir la qualification de standard. Elles sont formées d'adjectifs et de substantifs introduisant une malléabilité et une indétermination dans la loi, nécessaires à sa flexibilité. Néanmoins, elles ne servent pas, contrairement au standard, à concilier des enjeux de politique législative

---

<sup>1325</sup> V. *infra* n° 561.

<sup>1326</sup> V. *infra* n° 556.

<sup>1327</sup> V. *infra* n° 542 et s.

contradictoires, tels que la protection de la partie faible ou l'impératif économique. En ce sens, la fonction des notions indéterminées ordinaire, telle que *l'issue insuffisante*, est bien plus restreinte que celle du standard.

Dans un deuxième temps, il a été question de démontrer que les notions dogmatiques et non évaluatives ne devaient pas être confondues avec des standards. Ces notions ne constituant pas des instruments de mesure, elles ne répondent donc pas à la définition fondée sur cette propriété essentielle. Le standard n'est pas la référence, mais l'instrument de mesure de la référence. Ces notions ont pu, alors, être requalifiées de principes, tels que la *proportionnalité* ou le *solidarisme contractuel*, ou de notion-cadre telles que *l'ordre public*, *l'intérêt* ou *l'attente légitime*. De la même façon, une nouvelle classification des standards, propre au droit des contrats, a pu être proposée, fondée sur la dualité du principe d'équilibre contractuel, interne, d'une part et externe, d'autre part.

**329.** En tout état de cause, cette sur-intégration de maintes notions indéterminées dans la catégorie des standards a engendré une conséquence particulièrement perverse : le standard est perçu, à tort, comme un vecteur d'insécurité juridique important. Or, en réalité, le standard juridique apparaît, parmi les notions indéterminées, comme celle qui génère le moins d'insécurité juridique (**Section II**).

## SECTION II

### UNE SÉCURITÉ JURIDIQUE À RÉÉVALUER

**330. La sécurité juridique ou le « souci contemporain »**<sup>1328</sup>. Considérée comme l'un des « *trois buts du droit* »<sup>1329</sup>, la sécurité juridique est estimée, au XXI<sup>e</sup> siècle, comme un impératif majeur de nos législations<sup>1330</sup>. Elle représente un concept « *plurivoque* »<sup>1331</sup> qui implique le respect d'un certain nombre de règles : le respect pour le juge du droit applicable au jour de la demande, le principe de non-rétroactivité des actes normatifs, l'impossibilité de remettre en cause les décisions de justice passées en force de choses jugées, l'édiction de délais de recours, le respect de la hiérarchie des normes et surtout, l'exigence de clarté et de prévisibilité de la norme<sup>1332</sup>.

**331. Les standards juridiques et le risque d'insécurité.** Le couple standard/insécurité juridique semble indissociable<sup>1333</sup>. L'utilisation du standard juridique générerait une source majeure d'insécurité<sup>1334</sup>. Appréhendé et compris majoritairement comme une notion floue laissant une place prépondérante à l'interprétation judiciaire<sup>1335</sup>, il était, jusqu'ici, condamné à cette fâcheuse réputation. Les standards juridiques, variables par leur expression, seraient jugés, ainsi, attentatoires à la clarté, à l'intelligibilité et à la prévisibilité de la norme. Le Doyen Carbonnier était pourtant d'avis que « *les mots-souche* » étaient bien les « *sédiments de notre mémoire juridique* » et offriraient leur « *prestige* » au droit commun contenu dans le Code civil<sup>1336</sup>. Autrement dit, leur rôle serait capital et une législation bien pensée ne saurait y renoncer.

---

<sup>1328</sup> PACTEAU B., « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », *RA* 1999, n° spéc. 6, p. 79.

<sup>1329</sup> Avec elle la justice et le progrès social, VALEMBLOIS A-L., « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 17, mars 2005.

<sup>1330</sup> PACTEAU B., *art. cit.*, *RA* 1999, n° spéc. 6, p. 79.

<sup>1331</sup> VALEMBLOIS A-L., *art. cit.*, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 17, mars 2005.

<sup>1332</sup> HUGLO J-G., « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers du conseil constitutionnel* n° 11, déc. 2001.

<sup>1333</sup> V. notamment en ce sens : BEIGNIER B., *La sécurité juridique*, Défrénois, Tome 35, 2009, n° 127 et s.

<sup>1334</sup> STURLÈSE B., « Le juge et les standards juridiques », Dossier : « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC* n° 02, p. 398 ; BLANC N., « le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, n° 02, p. 394 ; LAGELÉE-HEYMANN M., « Le raisonnable dans le nouveau droit des contrat », *RDC* 2018, n° 03, p. 473.

<sup>1335</sup> *Ibid.*

<sup>1336</sup> CARBONNIER J., « Le Code civil » in Nora P., (dir.), *Les lieux de mémoire*, III. La Nation, 2. Le territoire, l'État, le patrimoine, Gallimard, Paris, 1986, pp. 293-315, spéc. p. 305.

**332. La nouvelle définition du standard renouvelle la question de la sécurité juridique.** Le standard juridique, défini comme *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle* renouvelle la question de l'insécurité causée par le standard. De fait, les questions d'accessibilité et de prévisibilité de la norme, critères de la sécurité juridique, sont, en réalité, sinon promues, du moins respectées par le standard. Ce dernier devient un facteur d'accessibilité de la norme et n'engendre qu'une insécurité toute relative. À ce titre, Monsieur Jestaz déclarait que « *le standard apparaît comme le moyen de donner force de droit à ce que le juge ne connaît pas toujours d'emblée, mais que le justiciable connaît souvent comme étant recommandé ou au contraire peu recommandable* »<sup>1337</sup>.

**333. Plan.** Le standard, ainsi redéfini, offre des garanties supplémentaires au principe juridique en matière de sécurité juridique. Sous-directive constitutive d'un pont entre les faits, le droit et les valeurs qui les transcendent (principes), le standard fonde une notion consubstantiellement liée aux faits. Si les standards sont susceptibles d'accroître l'insécurité juridique, c'est parce qu'ils renvoient à l'insécurité des faits (**§1 – Une insécurité factuelle : la capacité d'objectivation du standard**). Par ailleurs, la capacité de concrétisation du standard permet de relativiser cette insécurité par rapport aux autres règles juridiques dont l'arbitraire serait officialisé (**§2 – Une insécurité relative : la capacité de concrétisation du standard**).

## **§1. UNE INSÉCURITÉ FACTUELLE : LA CAPACITÉ D'OBJECTIVATION DU STANDARD**

**334. Le standard est une sous-directive relevant du domaine des faits.** Le standard juridique est une sous-directive dénuée de valeur en soi portant en elle une capacité d'objectivation<sup>1338</sup>. En effet, contrairement aux directives supérieures qu'il

---

STURLÈSE B., *art. cit.*, p. 398 ; CHAMPALAUNE C., « Réforme du droit des contrats : 3 questions à Carole Champalaune » : <http://www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-170215-sur-la-simplification-du-droit-12766/reforme-du-droit-des-contrats-3-questions-a-carole-champalaune-27931.htm>.

<sup>1337</sup> JESTAZ PH., « Rapport de synthèse », *RRJ* 1988-4, p. 1192 : Aussi, Selon Monsieur Jestaz, est-il nécessaire de relativiser l'insécurité juridique engendrée par l'utilisation des standards car les sujets de droit, et non les juristes, n'auraient pas de difficulté à les cerner.

<sup>1338</sup> V. *supra* n° 254 et s.

applique, à savoir les principes et, dans une moindre mesure, les notions-cadre, le standard est une technique législative consubstantiellement liée aux faits. Or, les faits, à l'inverse des valeurs, sont objectifs *en soi*<sup>1339</sup>. Le standard objective et précise alors le principe, abstrait et subjectif. Le standard est l'instrument de mesure de la référence constituée par le principe juridique. Le lien qui unit le standard aux faits emporte des effets significatifs au regard de la sécurité juridique. En effet, la variabilité du standard, c'est-à-dire son indétermination, relève de la variabilité des faits.

**335. La variabilité du standard relève de la variabilité des faits.** La variabilité intrinsèque au standard peut effrayer le juriste qui recherche de la stabilité et de la prévisibilité. Néanmoins, tout syllogisme juridique étant empreint de faits et ceux-ci embrassant l'infinie variété de la vie, le juriste doit donc composer avec ces derniers. Or, force est de constater que la variabilité du standard provient de la versatilité des faits<sup>1340</sup> : le délai ou le coût sont-ils raisonnables ? Le déséquilibre est-il significatif ? L'avantage, manifestement excessif ? Toutes ces questions relèvent d'une interprétation de la réalité, des faits, des circonstances de l'espèce. Si l'interprétation du fait conserve une part de subjectivité corrélative au sujet qui interprète, celle-ci s'avère, par essence, moins élevée que dans la même opération effectuée sur une valeur fût-elle économique ou morale. La notion de *bonne foi* est un exemple particulièrement topique. En effet, puisqu'elle renvoie avant tout à des valeurs d'honnêteté et de loyauté, la bonne foi a procuré au juge un cadre particulièrement propice à l'interprétation créatrice. La jurisprudence, a, grâce à cette notion, construit un système jurisprudentiel de sanction et de responsabilité, notamment pour la phase précontractuelle<sup>1341</sup>.

**336. Le paradoxe de la subjectivité apparente du standard juridique.** À cet égard, il est assez paradoxal que l'utilisation par le juge du standard soit considérée comme un facteur de renforcement de sa faculté d'appréciation discrétionnaire et subjective. Précisément, par le moyen du standard, le juge est obligé d'examiner les faits dans leur

---

<sup>1339</sup> V. *supra* n° 254 et s.

<sup>1340</sup> Monsieur Sturlèse relève ainsi que : « la variabilité du contenu du standard juridique se limite en réalité essentiellement à des circonstances de fait » : STURLÈSE B., *art. cit.*, p. 398.

<sup>1341</sup> V. notamment : Com., 20 juin 2000, n° 96-16.497 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 1998, n° 95-19.199 : *Bull. civ. I*, n° 7, p. 5 ; Com. 11 juill. 2000, n° 97-18.275 ; Com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, *Bull. civ. IV*, n° 208, p. 176.

caractère concret. Il n'est donc pas, ici, un estimateur de valeur. C'est pourtant, bien souvent, ce qui lui est reproché. Au contraire, le standard détourne le juge de l'appréciation d'une valeur – *celle du principe qu'il applique* – pour le conduire à une estimation concrète et pragmatique des faits, et, dans la plupart des cas, à une appréciation objective, c'est-à-dire celle qui exclue l'appréciation du comportement des parties en cause<sup>1342</sup>.

**337. La gradation des standards limite la variabilité des faits.** Par ailleurs, le standard encadre toujours l'interprétation des faits par le juge. Celui-ci dispose effectivement d'une interprétation réduite à une fourchette haute : l'excès ne suffit pas, l'abus et la disproportion doivent être « *manifestes* », le déséquilibre « *significatif* » et la contrepartie « *illusoire* ». Ces adjectifs ou adverbes brident la volonté créatrice du juge. De fait, le standard est par essence interprétatif contrairement au principe ou à la notion-cadre qui sont complétifs. Ainsi, la bonne foi et l'équité sont des principes complétifs, mais non interprétatifs, contrairement au standard qui est une technique législative impliquant l'interprétation et non la création. Le juge a, grâce au principe de bonne foi, conçu un système normatif complet, obligeant notamment les cocontractants à se soumettre à des obligations accessoires non prévues au contrat. En présence d'un standard, en revanche, cette œuvre créatrice est impossible puisque celui-ci restreint la fonction du juge à l'appréhension des faits et à la mesure quantitative ou qualitative d'un comportement. Cette interprétation vise à répondre à la question suivante : la condition prévue par l'article est-elle ou non remplie ? Le juge n'élabore donc pas un système hors du droit ; il interprète une notion inscrite dans la règle pour définir si elle doit, ou non, s'appliquer. Si, en tout état de cause, la promesse de sécurité juridique absolue est impossible à tenir lorsqu'il est question de notions indéterminées, le degré de subjectivité induit est toutefois différent entre chaque notion indéterminée, du principe, en passant par la notion-cadre et la notion indéterminée sans caractère propre, jusqu'au standard.

**338. Comparaison entre le standard de disproportion manifeste et la bonne foi.** L'article 1221 du Code civil dispose que « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une*

---

<sup>1342</sup> V. *infra* n° 338.



*disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». L'exécution forcée en nature étant la règle en matière contractuelle, seules deux exceptions permettront de la neutraliser au profit de dommages et intérêts. La deuxième exception, qui nous intéresse, est formulée à l'aide de deux notions indéterminées : *la bonne foi* du débiteur qui demande à échapper à l'exécution forcée et *la disproportion manifeste* entre l'intérêt du créancier à l'exécution forcée et le coût de celle-ci pour le débiteur. En réalité, la condition de la « *bonne foi* » du débiteur n'a été ajoutée qu'au moment de la ratification de l'ordonnance par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018. Il ressort en effet des débats parlementaires<sup>1343</sup> que le standard de la « *disproportion manifeste* », ne prenant pas en compte la situation du débiteur, contrairement à l'ancienne formule du coût « *manifestement déraisonnable* », permettrait au débiteur de mauvaise foi, sachant qu'il ne pourrait honorer tous les contrats, de choisir de privilégier l' « *exécution parfaite de certains contrats au détriment d'autres contrats, n'encourant plus l'exécution forcée en nature, le cas échéant très coûteuse, mais seulement le versement de dommages et intérêts* »<sup>1344</sup>. C'est dire que la notion de disproportion manifeste est neutre et commande du juge une opération quantitative objective ne tenant pas compte de la situation des parties. Aussi, afin de restaurer une certaine justice contractuelle, la condition purement factuelle et subjective de la bonne foi a été ajoutée. Désormais, « *il ne pourrait être fait échec à la demande d'exécution forcée en nature qu'au bénéfice du débiteur de bonne foi* »<sup>1345</sup>. Or, la bonne foi n'étant pas un instrument de mesure permettant une opération de quantification – *autrement dit pas un standard* – la marge de manœuvre laissée au juge dans l'appréciation de la plus ou moins bonne foi du débiteur est beaucoup plus importante que celle de la disproportion manifeste.

Une logique similaire est également perceptible en matière de cautionnement. L'ancien article L.341-4 du Code de la consommation prévoyait qu'« *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ». Or, comme l'ont relevé certains auteurs<sup>1346</sup>, ce texte était « *purement*

---

<sup>1343</sup> Rapport. PILLET F., Sénat, Première lecture, 9 juin 2017.

<sup>1344</sup> *Ibid.*

<sup>1345</sup> *Ibid.*

<sup>1346</sup> JUILLET C., « La subjectivisation du principe de proportionnalité du cautionnement », *Rev. Soc.* 2016, p. 660 ; HOUTCIEFF D., « De la subjectivation de la proportionnalité du cautionnement », *Rev. Soc.* 2020, p. 293.

*objectif*»<sup>1347</sup> puisque son application ne dépendait pas du comportement des parties mais bien de la « *seule inadéquation du montant du cautionnement au patrimoine de la caution* »<sup>1348</sup>. Dans cette perspective, le juge n'avait pour office que de « *constater* »<sup>1349</sup> une disproportion manifeste, laquelle était libératoire de l'engagement de la caution. Or, par une série d'arrêts, la Cour de cassation avait subjectivisé la notion de disproportion manifeste en y faisant entrer des considérations de justice et de morale tenant au comportement des parties. Aussi la caution ne devait-elle pas avoir agi avec légèreté ou manque diligence. *A fortiori*, celle-ci ne devait pas avoir commis de faute, notamment en communiquant des renseignements erronés à la banque sur son patrimoine. Ainsi, dans une affaire, la cour d'appel avait jugé que les sommes qui étaient dues par la caution en considération d'un plan de surendettement, qu'elle avait omis de déclarer dans la fiche de renseignement lors d'un premier cautionnement, ne devaient pas être prises en compte pour apprécier la proportionnalité du second cautionnement. En conséquence, les deux engagements n'étaient pas manifestement disproportionnés eu égard aux revenus et bien déclarés. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel<sup>1350</sup> en retenant que, dans la mesure où la banque n'avait pas fait remplir une nouvelle fiche de renseignement patrimonial lors du second cautionnement, il était nécessaire d'apprécier la proportionnalité de l'engagement en considération l'entier passif de la caution.

Finalement, le calcul de l'assiette de la disproportion manifeste était subordonné au comportement des parties : si la caution omet de déclarer une partie de son passif, celui-ci ne sera pas pris en compte lors du calcul de disproportion manifeste, en revanche, si c'est la banque qui omet de demander une nouvelle déclaration à la caution, c'est elle qui en subira les conséquences.

De la même façon, à l'occasion de l'analyse d'un arrêt du 8 janvier 2020<sup>1351</sup>, un auteur relevait que « *les juges n'hésitent pas, parfois, à mesurer la disproportion à l'aune du comportement des parties* »<sup>1352</sup> alors même que « *l'appréciation de la disproportion est (...) par nature objective* »<sup>1353</sup>. Dans cette affaire, une banque avait consenti un prêt à une société dont

---

<sup>1347</sup> JUILLET C., *art. cit.*, *Rev. Soc.* 2016, p. 660.

<sup>1348</sup> *Ibid.*

<sup>1349</sup> *Ibid.*

<sup>1350</sup> Com. 3 mai 2016, n° 14-25.820 ; *Rev. Soc.* 2016, p. 660, note JUILLET C.

<sup>1351</sup> Com. 8 jan. 2020, n° 18-19.528 ; *Rev. Soc.* 2020, p. 293, note HOUTCIEFF D.

<sup>1352</sup> HOUTCIEFF D., *art. cit.*, *Rev. Soc.* 2020, p. 293.

<sup>1353</sup> *Ibid.*

le gérant s'était porté caution. La caution avait invoqué la disproportion manifeste de son engagement indiquant qu'au moment de la souscription du cautionnement, elle avait déjà contracté différents prêts. Or, celle-ci ne les avaient pas mentionnés dans la fiche de renseignement. En principe, la caution qui donne des renseignements erronés devrait en subir les conséquences au regard de l'assiette de calcul de la disproportion manifeste. Pourtant, dans cet arrêt, la Cour de cassation a retenu que la banque avait nécessairement eu connaissance des prêts souscrits et qu'elle ne pouvait donc se prévaloir de la déclaration erronée de la caution. L'appréciation de la disproportion manifeste est donc fortement moralisée et fondée sur l'appréciation subjective du comportement des parties<sup>1354</sup>. Cette moralisation entre en contradiction avec la lettre du texte<sup>1355</sup> dans la mesure où, en principe « *le cautionnement est disproportionné ou il ne l'est pas* », et qu'en tout état de cause « *la faute des parties n'a pas de raison de retentir sur l'appréciation de la proportionnalité* »<sup>1356</sup>. C'est qu'il conviendrait, en réalité, de distinguer nettement l'appréciation du standard de la disproportion manifeste, qui doit être objective, de son invocabilité, qui, elle, peut se fonder sur des considérations morales, par le truchement de la bonne foi. À l'instar de l'article 1221 dans sa rédaction issue de la loi de ratification, il aurait donc été opportun de subordonner l'invocabilité de la disproportion manifeste du cautionnement, objectif, à la bonne foi, subjective, des parties<sup>1357</sup>.

Malheureusement, l'occasion a été manquée puisque l'ordonnance 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés ne distingue pas davantage la disproportion manifeste des biens et revenus de la caution du comportement des parties. Pour autant, l'article 2300 du Code civil opère un changement radical dans la sanction de la disproportion manifeste du cautionnement qui pourrait avoir des incidences sur l'interprétation de ce standard. De fait, désormais, il est prévu que si « *le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution* », alors, il sera réduit « *au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date* ». La logique du tout ou rien qui prévalait avant la réforme n'a désormais plus cours : le cautionnement survit à la disproportion manifeste, il est seulement réduit au montant auquel la caution pouvait

---

<sup>1354</sup> HOUTCIEFF D., *art. cit.*, *Rev. Soc.* 2020, p. 293.

<sup>1355</sup> Com. 3 mai 2016, n° 14-25.820 ; *Rev. Soc.* 2016, p. 660, note JUILLET C.

<sup>1356</sup> HOUTCIEFF D., « De la subjectivation de la proportionnalité du cautionnement », *Rev. Soc.* 2020, p. 293.

<sup>1357</sup> *Ibid.*

valablement s'engager au jour de la souscription. La modification de la sanction aboutira, à notre sens, à rendre effectif le contrôle de proportionnalité objectif en évitant la solution excessive de la perte de la garantie.

**339.** Il reste que le caractère relativement objectif du standard en comparaison avec les autres notions indéterminées fournit une perspective et une réponse différentes à la question de l'insécurité juridique engendrée par les standards. De la même façon, le caractère concrétisable du standard renouvelle l'approche du problème de la sécurité juridique au regard des autres notions indéterminées et des règles rigides (§2)

## **§2. UNE INSÉCURITÉ RELATIVE : LA CAPACITÉ DE CONCRÉTISATION DU STANDARD**

**340. Plan.** La technique juridique du standard diffère de celle de la norme rigide et précise. Ainsi, l'expression utilisée pour la construction du standard, éloignée de la technicité de la règle juridique précise, renforce son accessibilité (**A – Un vecteur d'accessibilité**). Il semblerait, toutefois, que l'opposition entre les normes rigides – qui apporteraient précision et sécurité – et les standards juridiques – vecteurs d'une insécurité imputable à leur malléabilité – ne soit pas aussi fondée qu'elle puisse paraître à première vue. Entre arbitraire officialisé, pour les premières, et libre arbitre, pour les seconds (**B – Un vecteur de libre arbitre**), le choix de l'option la plus favorable semble résulter d'un jugement substantiel sur le droit plutôt que de leur impact réel sur la prévisibilité du droit.

### **A. UN VECTEUR D'ACCESSIBILITÉ**

**341. L'accessibilité ou l'intelligibilité et la clarté de la loi, objectifs constitutionnels.** L'accessibilité de la norme représente une condition essentielle de son efficacité. Aussi la loi doit-elle être claire, précise, « *ce qui ne veut pas dire encombrée de détails* »<sup>1358</sup>. Les formules employées par le législateur doivent être compréhensibles et

---

<sup>1358</sup> MAZEAUD P., « Vœux au Président de la République », 3 janv. 2005, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, juill. 2005.

non équivoques « *afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire* »<sup>1359</sup>. La clarté et l'intelligibilité de la loi constituent, en effet, des « *objectifs de valeur constitutionnelle* », selon l'expression du Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 12 janvier 2002<sup>1360</sup> relative à la loi de modernisation sociale, il a considéré, à ce titre que « *le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, imposent (au législateur), afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* ».

### **342. L'accessibilité de la norme : une exigence en termes de sécurité juridique.**

Le « *souci contemporain accentué de sécurité juridique* »<sup>1361</sup> traduit une réaction face aux risques d'effets secondaires négatifs du droit pour les justiciables. Le processus de renforcement de la sécurité juridique se manifeste, avant tout, par une amélioration de la qualité formelle des lois et donc de leur accessibilité. L'exigence d'accessibilité de la norme ne peut être respectée que grâce à la réunion de quatre facteurs<sup>1362</sup> : la clarté de la loi<sup>1363</sup>, l'intelligibilité de la loi<sup>1364</sup>, la codification et la simplification du droit<sup>1365</sup>. Une norme accessible serait

---

<sup>1359</sup> MAZEAUD P., *art. cit.*, 3 janv. 2005, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, juill. 2005.

<sup>1360</sup> Déc. n° 2001-455, DC Loi de modernisation sociale, Rec., p. 49, cons. 9. V. également : CC., n° 2000-437.DC, 19 déc. 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, Rec., p. 190.

<sup>1361</sup> PACTEAU B., « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », *RA 1999*, n° spéc. 6, p. 79.

<sup>1362</sup> VALEMBLOIS A.-L., « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 17, mars 2005.

<sup>1363</sup> Confirmée et précisée dans deux décisions datant de 1999 et de 2014, la clarté de la loi est ensuite qualifiée explicitement de principe constitutionnel « *qui découle de l'article 34 de la Constitution* » dans la décision n° 2001-455 DC1.

<sup>1364</sup> LARRALDE J.-M., « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA* 19 nov. 2002, n° 231, p. 12 : « *Cet objectif apparaît comme une garantie nécessaire pour assurer la protection de l'ensemble des droits fondamentaux, sans en constituer un lui-même* ». Le Conseil constitutionnel considère que l'accessibilité et l'intelligibilité doivent permettre aux citoyens de disposer d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables.

<sup>1365</sup> Dans la décision n° 2003-473 DC, après avoir rappelé que « *l'urgence est au nombre des justifications que le gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution* », le Conseil constitutionnel considère « *qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité de la loi* ».

donc, d'une part, une norme claire, c'est-à-dire lisible<sup>1366</sup> et d'autre part, « **concrétisable** »<sup>1367</sup> et intelligible, c'est-à-dire compréhensible par tous. Or, contrairement à cet objectif, il s'avère que « *plus notre époque se voue au droit, plus le droit est morcelé, compliqué, technique, précis, obscur et loin du peuple* »<sup>1368</sup>.

**343. Le paradoxe du droit : ce qui fait son efficacité est aussi parfois ce qui fait son inefficacité.** La question de la clarté et de l'intelligibilité de la loi – et donc de son accessibilité – recouvre une problématique liée au fait que « *paradoxalement, ce qui fait l'efficacité interne du droit (la précision technique du vocabulaire, le respect des formes et des procédures) est aussi parfois ce qui fait son inefficacité, en raison de sa distance croissante par rapport au langage courant, qui le rend ésotérique pour la majorité de ses utilisateurs* »<sup>1369</sup>. La complexité des normes, l'usage « *indispensable du vocabulaire juridique* »<sup>1370</sup> font qu'a priori, « *le droit n'est efficace qu'à la condition de rester l'apanage des initiés, professionnels du droit qui se partagent le marché juridique et qui constituent les intermédiaires quasi nécessaires entre le droit et les usagers* »<sup>1371</sup>. Toutefois, puisque *nul n'est censé ignorer la loi*, il importe de nuancer ce constat dans la mesure où pour être effective et donc efficace, une loi doit avant tout s'adresser à des destinataires mis en mesure de comprendre son énoncé.

**344. La dégradation qualitative de la loi et l'inefficacité.** En outre, l'inflation législative et la dégradation de la qualité de la loi ont été dénoncées par les trois Présidents des hautes juridictions. Ainsi, le vice-président du Conseil d'État, soulignait que « *pour frapper l'opinion ou répondre aux sollicitations des différents groupes sociaux, l'action politique a pris*

---

<sup>1366</sup> FLUCKIGER A., « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 21, janv. 2007 : « *Un texte lisible est un texte intelligible, c'est-à-dire aisément compréhensible. Il est généralement simple, c'est-à-dire dénué d'archaïsmes ou de formules trop spécialisées, et doit être concis* ».

<sup>1367</sup> *Ibid* : « *Un texte normatif est clair, dans le second sens du principe, lorsqu'il est aisément concrétisable par le juge qui doit statuer dans un cas d'espèce. Un tel texte est plus précis et plus détaillé qu'un texte peu concrétisable. Son application dans un cas d'espèce devrait en principe être plus sûre et plus prévisible. Cette exigence de précision est justifiée par le principe de sécurité et de prévisibilité du droit, ainsi que par celui de la protection contre l'arbitraire et la séparation des pouvoirs, en limitant la marge de manœuvre du juge* ».

<sup>1368</sup> LASSERE-KIESOW V., *La Technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, 2002, p. 219, les inconvénients des techniques législatives « *de précision* » et, p. 345, les avantages des techniques « *souples* ».

<sup>1369</sup> RANGEON F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », in LOCHAK D. (dir.), *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 130.

<sup>1370</sup> ROUVILLOIS F., « L'efficacité des normes, réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *FIP* nov. 2006, p. 22.

<sup>1371</sup> RANGEON F., *art. cit.*, p. 139.

*la forme d'une gesticulation législative* ». De même, le Président du Conseil constitutionnel, déplorait les « *malfaçons législatives* », la « *loi qui tâtonne, hésite, bafouille* ». Enfin, le Président Canivet, citant Portalis lors d'un discours de rentrée solennelle, avait énoncé que « *de bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir, elles sont la source des mœurs... et la garantie de toute paix publique et particulière* ». Le problème est que l'obscurité d'une norme rend le droit imprévisible : « *elle est un des moyens de mettre fin à l'état de droit* »<sup>1372</sup> et que « *seule la loi claire, simple, limpide, transparente, compréhensible de tous peut être respectée, devenir efficace et assurer ce que l'on peut attendre du droit : la justice, l'ordre, la prévisibilité, la sécurité, le bien-être, la paix et peut-être le bonheur* »<sup>1373</sup>. Or, les standards juridiques semblent, à première vue, du fait de leur indétermination intrinsèque, renforcer cette insécurité.

**345. Les standards, formes juridiques contraires aux principes de clarté, d'intelligibilité du droit et de sécurité juridique ?** Le constat est clair : le droit positif français manque de clarté et d'intelligibilité, mettant à mal l'objectif de renforcement de la sécurité juridique mis en exergue depuis plusieurs années par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État. Or, *a priori*, les standards ne peuvent pas contribuer à cette amélioration unanimement réclamée. En effet, ces notions auraient pour trait caractéristique de ne pas avoir un contenu prédéterminé. Dès lors, la détermination de celui-ci serait abandonnée au juge, « *ce dernier donnant corps à la prescription juridique au moment de son application* »<sup>1374</sup>, comme le déplore un auteur, appelant à un encadrement par la Cour de cassation du pouvoir d'interprétation offert aux juges du fond<sup>1375</sup>. Au rebours de cette analyse, nous considérons que le standard juridique, grâce la simplicité du vocabulaire utilisé et au seuil de gravité que son expression traduit, constitue une réponse à l'exigence de clarté.

**346. Le standard, réponse à l'exigence de clarté : une norme lisible.** Premièrement, une norme claire est une norme lisible et une norme lisible est un texte « *généralement simple, c'est-à-dire dénué d'archaïsmes ou de formules trop spécialisées* » « *et (...)*

---

<sup>1372</sup> MALAURIE P., « L'intelligibilité des lois » *Pouvoirs*, vol. 114, n° 3, 2005, pp. 131-137.

<sup>1373</sup> *Ibid.*

<sup>1374</sup> AYNES L., « Le juge et le contrat : nouveaux rôles » *RDC* 2016, n° hors-série, n° 112, p. 14

<sup>1375</sup> V. aussi : STURLESE B., *art. cit.*, *RDC* 2016, n° 113, p. 398.

*concis* »<sup>1376</sup>. Il s'avère que, dans la majorité des cas, le standard est justement composé d'expressions du langage courant, dans lequel les items lexicaux et syntaxiques du langage juridique sont absents. Notamment, dans la quasi-totalité des nouvelles dispositions régissant le droit commun des contrats, la notion de raisonnable est intégrée dans la norme. Ainsi, le raisonnable se présente-t-il comme le dénominateur commun, en particulier en matière de délai, des nouvelles dispositions définissant l'offre et l'acceptation en matière de rétractation<sup>1377</sup>, le pacte de préférence<sup>1378</sup>, ou encore la notion d'imprévision<sup>1379</sup>. Or, l'intégration de la notion de raisonnable dans la norme engendre à la fois une simplification et une déspecialisation de celle-ci. Effectivement, le mot « raisonnable » n'est pas un terme juridique, mais un qualificatif issu de la langue générale – ou de communication – et son usage permet de rendre le texte plus concis, regroupant sous un même vocable une pluralité de situations et de contextes d'application. De la même façon, des standards tels que *l'avantage manifestement excessif* ou la *disproportion manifeste* évoquent, tout aussi bien pour le non-juriste que pour le juriste, des unités de mesure courantes, non spécifiques au droit.

**347.** Par ailleurs, un texte normatif clair implique qu'il soit aisément concrétisable.

**348.** **Le standard, réponse à l'exigence de clarté : une norme concrétisable.** Le standard, contrairement au principe auquel il se réfère, est une notion concrétisable en ce sens qu'il représente l'instrument de sa mesure. Il apparaît, donc, sinon chiffrable, du moins quantifiable. Il offre au juge, par sa gradation, une fourchette d'interprétation enfermée dans un seuil de gravité. Il concrétise et nuance le principe référentiel : il

---

<sup>1376</sup> FLUCKIGER A., « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janv. 2007.

<sup>1377</sup> C. civ. art. 1116 : « Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat. Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat » ; C. civ. art. 1117 : « L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur ».

<sup>1378</sup> C. civ. art. 1123 : « Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir ».

<sup>1379</sup> C. civ. art. 1195 : « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».



représente le critérium de la solution. Nous le verrons<sup>1380</sup>, le standard des *conditions substantiellement différentes*, consacré à l'article 1130 du Code civil par l'Ordonnance du 10 février 2016<sup>1381</sup> fait office, pour le juge, d'un instrument de mesure chiffrable ou quantifiable de l'équilibre contractuel interne au contenu du contrat. Par son biais, le juge devra constater, notamment, une discrédance flagrante entre les modalités apparentes et réelles du contrat de sorte que si le contractant avait connu, au moment de la conclusion du contrat, les modalités réelles de ce dernier, il aurait demandé une révision importante de ses clauses. Le seuil d'évidence<sup>1382</sup> que traduit le standard juridique relativise l'incertitude juridique qui lui était associée.

De la même façon, le standard des atteintes non négligeables, prévu à l'article 1247 du Code civil fournit un exemple de la restriction opérée par le standard dans l'application et la concrétisation d'un principe abstrait et général.

**349. Le standard des atteintes non négligeables et le principe de réparation du préjudice écologique.** L'article 1247 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages prévoit qu'« *est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ». Ainsi, la loi subordonne la réparation du principe écologique pur à la condition qu'il existe une *atteinte non négligeable* aux éléments prévus par le texte. Or, la constitutionnalité de la limite posée au principe de réparation du préjudice écologique par le standard des atteintes non négligeables a été discutée<sup>1383</sup>, sur le fondement des articles 3 et 4 de la Charte de l'environnement. Ceux-ci posent effectivement le principe de réparation des dommages causés à l'environnement<sup>1384</sup>

---

<sup>1380</sup> V. *infra* n° 500 et s.

<sup>1381</sup> C. civ. art. 1130 : « *L'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ».

<sup>1382</sup> V. *infra* n° 487.

<sup>1383</sup> GERRY-VERNIÈRES S., « Préjudice écologique : conformité à la Constitution de la protection contre les seules atteintes non négligeables », *Gaz. Pal* 2021, n° 15, p. 28 ; DOUVILLE TH., « Constitutionnalité de la limitation de la réparation du préjudice écologique pur », *LEDA* avril. 2021, n°4, p. 3 ; DUBOIS C., « Pour les choses de peu, peu de droit ... ou de la constitutionnalité du préjudice écologique », *Gaz. Pal* 2021, n° 15, p. 18 ; CROTTET B., « De la constitutionnalité du caractère non négligeable de l'atteinte constituant un préjudice écologique réparable », *Gaz. Pal* 2021, n° 28, p. 30.

<sup>1384</sup> Charte de l'environnement, art. 3 « *Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* » ; art. 4 : « *Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi* ».

Dans une décision rendue le 5 février 2021<sup>1385</sup>, le Conseil constitutionnel estime cependant que l'expression « *non négligeable* » est conforme à la Constitution. En effet, la construction même de la réparation du préjudice écologique pure « *s'est faite autour de l'idée d'un certain seuil de gravité* »<sup>1386</sup>. Finalement, cette restriction permet de contrebalancer un régime de responsabilité sans faute et participe de l'applicabilité même du principe de réparation. L'application d'un principe absolu n'est pas tenable. En l'espèce, l'application du principe du préjudice écologique implique une concrétisation mesurée. Autrement dit, le standard des atteintes non négligeable est l'instrument de concrétisation du principe mettant en œuvre une nécessaire conciliation entre la protection légitime de l'environnement et la réalité de la vie économique et sociale porteuse de l'atteinte.

**350.** *De surcroît*, si l'on modifie le point de vue et l'appréhension de la question, force est de constater que les conséquences de l'utilisation d'un standard juridique ou d'une règle rigide sur la sécurité juridique ne sont pas drastiquement opposées. Leur impact sur la sécurité juridique est, en fait, relativement similaire, entre arbitraire officialisé et libre arbitre (**B**).

## **B. UN VECTEUR DE LIBRE ARBITRE**

**351. L'arbitraire officialisé.** Les conséquences de l'utilisation d'un standard juridique ou d'une règle rigide sur la sécurité juridique ne sont pas radicalement opposées. Leur impact sur la sécurité juridique est, en fait, relativement similaire. Simplement, dans le cas des règles précises, l'arbitraire est officialisé. C'est dire que l'arbitraire est dissimulé sous l'apparente prévisibilité de la règle. Ainsi, Kennedy distingue le standard de la règle juridique dans la mesure où le standard juridique renverrait à l'un des objectifs substantiels de l'ordre juridique. L'application d'un standard nécessite effectivement, de la part du juge, une interprétation des faits à l'aune du seuil de gravité du standard et une mise en conformité avec le principe qu'il incarne au travers de la règle. Selon l'auteur, l'arbitraire officialisé « *signifie l'utilisation sub rosa de critères de décision qui sont inappropriés compte tenu des*

---

<sup>1385</sup> Cons. const., 5 févr. 2021, n° 2020-881 QPC, ECLI:FR:CC:2021:2020.881.QPC, Assoc. Réseau sortir du nucléaire et a. [Définition du préjudice écologique réparable], M. Fabius, prés.

<sup>1386</sup> GERRY-VERNIÈRES S., *art. cit.*, *Gaz. Pal* 2021, n° 15, p. 28.

*objectifs sous-jacents de la règle* »<sup>1387</sup>. De sorte que, lorsqu'un État fixe l'âge de la majorité à 18 ou 21 ans, c'est en raison du postulat selon lequel les personnes mineures ne jouissent pas de la capacité de vouloir : elles vont ainsi être déclarées juridiquement incapables. Le défaut résultant du manque d'individualisation de la règle réside dans le fait que certaines personnes qui ne détiennent pas, dans les faits, cette capacité de vouloir, mais dont l'âge est supérieur ou égal à celui de la majorité, vont être déclarées capables, alors que des mineurs qui possèdent, en réalité, cette capacité, vont en être privés. Il s'agit d'une combinaison entre la sur-inclusion et la sous-inclusion des règles qui les déconnectent de leur objectif initial et qui engendre, *in fine*, l'arbitraire officiel. La réalité est alors plus complexe que ne le suggérerait une opposition stricte entre règle-sécurité et standard-insécurité. Le risque d'arbitraire existe, dès lors, aussi bien dans la règle rigide, qui, en amont, implique un arbitraire officialisé que dans le standard qui octroie, en aval, au juge un libre arbitre.

**352. Le relatif libre arbitre engendré par le standard.** En effet, dans la mesure où le standard constitue une notion indéterminée, l'interprétation du juge sera, *a priori*, plus libre. Or comme nous l'avons indiqué, l'expression du standard juridique est composée, notamment en droit des contrats, d'adjectifs et d'adverbes qui fixent particulièrement haut la toise qui indiquera le seuil de gravité déclenchant l'action judiciaire<sup>1388</sup>. La fonction d'interprétation du juge dans l'application du standard est ainsi réduite par un dispositif contraignant. Lorsque l'article 1143 du Code civil commande au juge de démontrer l'existence d'un avantage manifestement excessif, son libre arbitre est relatif. Ne seront *manifestement excessifs* que les déséquilibres les plus évidents. Par ailleurs, puisque le standard renvoie à un principe juridique, il affiche, plus clairement que la règle, la finalité à atteindre. En ce sens, la question de la sécurité ou de l'insécurité induite par la technique formelle résulte d'un choix entre le libre arbitre du juge et l'arbitraire légal officialisé. Cette question de pure forme traduit en réalité des incidences substantielles sur le fond du droit. Le choix par le législateur d'une technique formelle – le standard ou la

---

<sup>1387</sup> KENNEDY D., « Form and substance in private law adjudication », Harvard Law Review, vol. 89, pp. 1685-1778, spéc. p. 1688 : « *Official arbitrariness means the sub rosa use of criteria of decision that are inappropriate in view of the underlying purposes of the rule. These range from corruption to political bias. Their use is seen as an evil in itself, quite apart from their impact on private activity* ».

<sup>1388</sup> V. *infra* n° 487 et s.

règle – révèle<sup>1389</sup> la vision substantielle du droit de ceux qui les édictent. Une règle précise serait alors adoptée en raison du jugement selon lequel l'arbitraire officiel est moins grave que l'incertitude qui résulterait du libre arbitre du juge appliquant le standard aux faits de l'espèce<sup>1390</sup>. Or, comme le soulignait Paul Ricoeur « *le juridique, appréhendé sous les traits du judiciaire, offre au philosophe l'occasion de réfléchir sur la spécificité du droit, en son lieu propre* »<sup>1391</sup>. Le juge demeure ainsi, la « *norme prochaine de juridicité, car c'est par lui et en lui que se spécifie ce qui revient à chacun* »<sup>1392</sup>.

### **Conclusion Section II**

**353. Les conséquences de la capacité d'objectivation du standard sur la sécurité juridique.** Nous avons, dans un chapitre relatif aux caractères propres du standard, déterminé que ce dernier était une source d'objectivation importante comparativement au principe<sup>1393</sup>. Cette qualité d'objectivation du standard découle, notamment, de sa liaison consubstantielle avec les faits. Par conséquent, la variabilité du standard et partant, l'insécurité juridique qu'il causerait, sont liées à la variabilité des faits. Or – et c'est un truisme – le juriste recherche la réalité des faits pour la juger par l'entremise des règles du droit. Il y est donc forcément confronté. Cette considération minimise donc l'insécurité induite par le standard. Par ailleurs, l'outil de gradation qui le constitue limite cette variabilité.

**354. Les conséquences de la capacité de concrétisation du standard sur la sécurité juridique.** Le standard juridique a été défini, dans un second temps, comme une sous-directive de concrétisation. En effet, le caractère quantifiable, voire chiffrable, du standard en fait un instrument de mesure concret et immédiat. Contrairement au principe, qui nécessite plusieurs strates d'interprétations pour son application, étant donné son degré

---

<sup>1389</sup> V. *infra* n° 535 et s.

<sup>1390</sup> KENNEDY D., *art. cit.*, *Harvard Law Review*, vol. 89, pp. 1685-1778, spéc. p. 1689: « *From the point of view of the "purpose of the rules, this combined over- and underinclusiveness amounts not just to licensing but to requiring official arbitrariness. If we adopt the rule, it is because of a judgment that this kind of arbitrariness is less serious than the arbitrariness and uncertainty that would result from empowering the official to apply the standard of "free will" directly to the facts of each case* ».

<sup>1391</sup> RICOEUR P., *Le juste*, éd. Esprit, 1995, p. 9 et s.

<sup>1392</sup> SÉRIAUX A., *Le droit comme langage*, Lexis-Nexis, 2020, p. 5.

<sup>1393</sup> V. *supra* n° 253 et s.

d'abstraction élevé, le standard juridique est une technique législative de concrétisation qui transmet la solution au juge. Il constitue, en reprenant la distinction de Hart entre normes primaires et normes secondaires, une norme secondaire qui règle la mise en œuvre des normes primaires. Le standard représente alors une « règle de décision »<sup>1394</sup> en ce qu'il forme un critérium d'application du principe juridique auquel ce dernier se réfère. Cette caractéristique a mis en lumière la lisibilité et l'insécurité relative du standard juridique. À la fois parce qu'il est constitué de termes issus du langage courant et parce qu'il offre une précision supérieure au principe, son impact sur la sécurité juridique est limité. Par ailleurs, si l'on oppose souvent le couple règle rigide – sécurité et standard – insécurité, la réalité est beaucoup moins tranchée et traduit plutôt une prise de position plus « politique ». Choisir la règle rigide, c'est opter pour un arbitrage ou arbitraire officialisé qui s'exerce en amont de l'édiction de la norme. Choisir le standard, c'est préférer un libre arbitre qui s'exprime *a posteriori*, au moment du jugement. Cette alternative révèle en dernière analyse l'incidence de la vision substantielle du droit sur la forme des techniques législatives utilisées<sup>1395</sup>.

---

<sup>1394</sup> HART H.-L.-A., *The concept of law* Broché, 1997, p. 136 et s.

<sup>1395</sup> Ce point sera approfondi au regard du droit des contrats, v. *infra* n° 535 et s.

## CONCLUSION

### CHAPITRE SECOND

**355. Une notion à circonscrire.** La nouvelle définition proposée du standard, entendu comme *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle*, nous a permis de réaliser une reclassification des standards en considération des autres notions qui lui étaient assimilées à tort. L'anomalie principale dans la définition contemporaine du standard résidait dans la contradiction entre la première partie de sa description comme instrument de mesure et la classification effective.

Or, force est de constater que toutes les notions examinées ne répondaient pas à cette caractéristique essentielle.

C'est pourquoi, dans un premier temps, il a été nécessaire de démontrer que les notions purement descriptives et quantitatives qualifiées de standards constituaient, en fait, de simples notions indéterminées sans caractères propres et non des standards. Leur rôle dans la fonction de juger est minime. Ce sont des expressions utilisées par le législateur dans le but unique d'introduire une certaine malléabilité et de l'indétermination dans la loi. Ils ne détiennent pas, contrairement au standard, un pouvoir de conciliation des enjeux de politique législative contradictoires – *pouvoir consenti par la question que le standard pose : « dans quelle mesure », au lieu d'une alternative rédhitoire « oui »/« non »* –. La finalité et la fonction du standard sont donc bien plus riches que les simples notions indéterminées sans caractéristiques propres telles que *l'issue insuffisante*. Les standards permettent, en effet, d'influer, par la gradation notamment, sur le sens d'une règle, de la moduler en l'ajustant, au plus serré, au cas réel.

Dans un deuxième temps, il s'est agi de constater que les notions dogmatiques et non évaluatives ne devaient pas être confondues avec des standards. Cette confusion récurrente constituait un obstacle à une appréhension juste de la technique standard. Nous avons néanmoins constaté à quel point sa qualité d'instrument de mesure représentait un élément incontournable et déterminant de son identité. Le standard n'est pas la référence, mais l'instrument de mesure de la référence. Cette dernière est, en revanche, à rechercher en amont, dans les principes ou les notions-cadre. La définition du standard fondée sur l'idée de normalité a donc engendré, de notre point de vue, une sur classification des standards. Le standard a, en effet, pour fonction d'appliquer, de préciser et de nuancer ces référentiels qui lui sont extérieurs. Si le standard comprend toujours une part de

dogmatisme, c'est parce qu'il applique justement ces référentiels. C'est la fonction qui lui est assignée. Le constat de cette sur classification impliquait donc de requalifier les notions assimilées au standard de notions-cadre, telles que l'ordre public, ou de principes juridiques, tels que le *solidarisme contractuel* ou la *proportionnalité*.

**356. Une sous-directive engendrant une insécurité juridique relative.** Par suite, cette nouvelle classification des standards nous a offert la possibilité de brosser un tableau moins péjoratif de l'utilisation du standard pour ce qui concerne son impact sur la sécurité juridique. Ce sont les caractères attribués au standard, sa capacité d'objectivation et de concrétisation qui ont fondé notre raisonnement.

D'abord, puisque les standards constituent des sous-directives plus objectives que le principe, leur effet sur l'insécurité juridique est forcément moindre. Leurs liens consubstantiels avec les faits, ainsi que les seuils de gravité élevés que propose au juge leur expression, dédramatisent l'insécurité juridique qui leur était associée. L'insécurité provoquée par l'utilisation d'un standard juridique est, de fait, inhérente à la versatilité des faits. La gradation des standards, promue par les adjectifs « significatif » ou encore « manifeste », limite toutefois cette instabilité.

Ensuite, dans la mesure où le standard constitue une sous-directive concrétisable, il se transforme en un vecteur d'accessibilité. Les termes qui le composent, appartenant à un langage courant et non spécifique, pourvoient l'arsenal normatif d'une lisibilité accrue. Le standard communique directement avec le justiciable qui accède à la règle sans traduction. Sa relative indétermination linguistique participe également de cette aptitude à délivrer son message normatif en faisant appel à une universalité du bon sens et au « sens commun » de la justice. Par ailleurs, l'observation de l'alternative entre règle et standard, entre arbitrage officialisé et libre arbitre, au regard de la sécurité juridique, a révélé en dernière analyse l'incidence de la vision substantielle du droit sur la forme des techniques législatives utilisées.

## CONCLUSION

### TITRE SECOND

**357. Une sous-directive objective et concrétisable singulière.** Le standard avait déjà été défini, en premier lieu, comme *une sous-directive d'application d'une directive référentielle*. Il s'est agi ici de s'attacher aux caractéristiques de la sous-directive qui nous permettraient de singulariser et de circonscrire la notion au regard des autres notions indéterminées. Le standard a donc été analysé, en second lieu, comme une *sous-directive d'objectivation et de concrétisation* d'une directive référentielle.

D'une part, nous avons démontré que, contrairement au principe (*proportionnalité, subsidiarité, prudence etc.*), notion avec laquelle il est souvent identifié, le standard est une sous-directive plus objective. Elle peut être considérée comme telle dès lors que le standard relève du domaine des faits contrairement au principe qui est composé de valeurs subjectives. En considération de son expression et du seuil de gravité qu'il met en place par le biais de sa fonction d'instrument de mesure, le standard entraîne l'objectivation de la norme. Plus précisément, le standard étant la sous-directive d'application du référentiel principe, il objective son application en la nuancant et en la précisant. Sa capacité d'objectivation influe donc directement sur le rapport d'application.

D'autre part, cette sous-directive que constitue le standard est plus concrétisable que les autres notions indéterminées. Les référentiels du standard, notion-cadre et principe sont médiats, alors que le standard est immédiat ; il propose une solution puisqu'il est l'instrument de mesure des référentiels. Dans la mesure où le standard est chiffrable ou quantifiable, son indétermination doit être relativisée par rapport à celle qui caractérise les autres composantes de la famille des notions indéterminées.

**358. Les conséquences de la capacité d'objectivation et de concrétisation du standard.** La nouvelle définition du standard en ces termes impliquait ainsi de remanier la classification des standards. Nous avons en effet constaté que la définition proposée par Monsieur Rials engendrait une sur classification. Le nombre de standards s'avère, en réalité, bien moins élevé et sa réduction à un caractère générique doit être définitivement abandonnée. Par ailleurs, la séparation entre les standards, les principes et les notions-cadre a également permis de renouveler la question de l'impact des standards sur la sécurité juridique. En effet, l'une des critiques les plus vivaces à l'encontre du standard était qu'il



engendrait une aggravation de l'insécurité juridique, conséquente à son indétermination *a priori*. Or, le standard constitue une sous-directive suffisamment lisible et accessible pour relativiser cette objection.

## CONCLUSION

### PREMIÈRE PARTIE

**359. Une nature identifiée.** Lors de nos propos liminaires, nous avons exposé les lacunes d'une définition uniquement fonctionnelle et avons prôné les mérites d'une définition conceptuelle. Force est de constater, néanmoins, que le standard juridique peut valablement être défini par son fonctionnement. Une définition conceptuelle ne peut toutefois être achevée par l'intermédiaire d'une approche théorique générale contrairement à ce qui avait pu être affiché par l'idée de normalité. *Puisque le standard n'est pas doté d'un contenu matériel en propre, il puise sa référence dans le principe juridique qu'il applique. Le standard est donc une notion dépendante.* Donner un critère matériel unique à la définition du standard juridique reviendrait, au contraire, à l'autonomiser. C'est pourquoi notre analyse a mis en évidence, pour premier élément d'une définition nouvelle, sa qualité de sous-directive dépendante et référée. C'est l'attention aux relations complexes qu'il entretient avec la règle de droit dans laquelle il est intégré et aux autres notions qui lui sont associées qui ont permis de dégager cette caractéristique fondamentale. La qualification d'une notion indéterminée de « standard juridique » est accordée en la replaçant parmi les notions indéterminées auxquelles elle sera confrontée. Ainsi, lorsque l'on analyse le principe juridique, notion indéterminée qui transcende le droit et importe dans celui-ci des valeurs, puis la notion-cadre, une directive référentielle subsidiaire et contingente, le périmètre conceptuel et technique du standard apparaît plus nettement. Le standard n'est pas standard *en soi*. *Sa substance n'est pas inhérente, mais conférée, extrinsèquement, par un double contexte : celui que livrent ses référentiels qui lui permettent d'émettre la voix – en termes éthiques et politiques – du droit et celui que forment les faits dont il va permettre d'évaluer – en termes quantitatifs – la compatibilité avec les premiers.* Le standard applique le principe et, dans une moindre mesure, la notion-cadre, qui en constitue un référentiel plus contingent. Il est la sous-directive qui est directement applicable au cas d'espèce. Il est le critère d'application. Autrement dit, d'une part, le juge ne peut rendre une solution suffisamment motivée, lorsqu'il doit juger par le biais de notions indéterminées que par l'application d'un principe ou d'une notion-cadre précisés par le standard et, d'autre part, il ne peut appliquer le standard qu'en se référant au principe et à la notion-cadre qui lui donnent sens. L'analyse de la relation de complémentarité qu'entretiennent les directives et la sous-directive a permis de singulariser le standard juridique dans son fonctionnement. Cette comparaison

a, par ailleurs, des incidences réelles sur la définition de la notion de standard dans la mesure où elle en révèle l'identité. En effet, le standard est une sous-directive dépendante et référée aux caractères propres.

**360. Une sous-directive caractérisée.** Le standard juridique présente des sous-caractères dynamiques propres puisqu'il porte en lui la capacité de concrétiser et d'objectiver la directive référentielle. Il est une sous-directive d'objectivation en ce sens qu'il est consubstantiellement lié aux faits et, par conséquent, contient une part d'objectivité qui leur est inhérente. Il est un instrument de concrétisation en ce qu'il constitue une sous-directive quantifiable et chiffrable. Le standard doit être, avant tout, considéré comme un instrument de mesure du référentiel supérieur, c'est-à-dire des directives. Cette nouvelle définition du standard a, dès lors, permis de répondre à des questions essentielles à son étude. Premièrement, une reclassification des standards a pu être opérée, qui le distingue clairement des principes juridiques et des notions-cadre avec lesquelles il avait été amalgamé. Deuxièmement, la découverte de ses qualités propres a permis de relativiser son impact sur la sécurité juridique et de mettre en lumière les choix politiques qui président à son édicton. Au terme de cette première partie, une nouvelle définition du standard peut donc être proposée.

**361. Proposition de redéfinition du standard.** Le standard juridique est une sous-directive indéterminée, dépendante et référée, dotée de deux caractères dynamiques principaux : sa capacité d'objectivation et de concrétisation. Le standard juridique constitue donc *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle*. Précisément, le standard fonctionne comme un instrument de mesure, neutre, qui offre au juge la possibilité de quantifier ou de chiffrer une réalité factuelle objective. Il reste que cette mesure s'inscrit, par suite, dans une certaine finalité en considération du rapport d'application avec la directive référentielle, laquelle est plus abstraite et subjective. En effet, le standard juridique a pour objet de déterminer l'intensité avec laquelle le principe juridique – *subjectif* – doit s'appliquer aux faits – *objectifs* –. Conformément au concept de *valence*, le standard mesure donc, *in fine*, la quantité d'une qualité.

**362. Une théorie générale à l'épreuve du droit des contrats.** Si, au terme de la première partie de cette démarche, nous avons dû laisser le standard au carrefour des

définitions fonctionnelle et matérielle, c'est qu'il ne se laisse pas imposer un contenu matériel identique et valable pour toutes les branches du droit. Il est nécessaire en effet, pour chaque matière, de déterminer la directive référentielle qu'il est chargé d'appliquer. Nous allons donc poursuivre notre travail en analysant tout spécifiquement la nôtre et le fonctionnement des standards présents dans le droit des contrats afin d'en dégager une véritable définition matérielle. À ce titre, le standard contractuel sera déterminé, conceptuellement, comme *la sous-directive d'application de l'équilibre contractuel* (**Partie II**).



## SECONDE PARTIE

### LE STANDARD CONTRACTUEL, SOUS-DIRECTIVE D'APPLICATION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

---

**363. Rappel de la définition du standard.** Le standard juridique est *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle*. Le standard juridique peut être illustré par l'image d'un pont jeté entre les faits objectifs et le principe subjectif qui doit être appliqué à ces faits afin d'aboutir à une solution concrète.

**364. Application de l'approche fonctionnelle du standard au droit des contrat : vers une définition matérielle du standard.** Après avoir proposé cette nouvelle définition, il reste à l'affecter à la matière qui nous intéresse : le droit des contrats. Ce dernier est particulièrement prolifique en matière de notions indéterminées et par là même, de *standards*. Parce que le contrat régit aussi bien la vie économique que la vie sociale au travers de son acteur, le contractant, son appréhension nécessite l'usage de règles à la fois malléables et suffisamment objectives. C'est dans le standard que le législateur a trouvé cet instrument vertueux. À la fois malléable par son indétermination, mais capable de concrétisation et d'objectivation, il constitue, selon nous, une technique législative de premier ordre. Puisque le standard est une notion *dépendante* du principe juridique et qu'il se *réfère* à ce dernier, c'est en celui-ci qu'il convient de puiser son contenu matériel. Appliquer la définition théorique du standard juridique au droit des contrats implique ainsi de rechercher le contenu propre aux standards juridiques de cette branche du droit. Autrement dit, il est nécessaire de déterminer les directives que les standards appliquent en droit des contrats. Les découvrir équivaut à trouver leur(s) référentiel(s) commun(s), et, par là même, à les systématiser et à les classer. Avant tout, cette étude a pour objet de permettre le passage d'une définition fonctionnelle théorique du standard à une définition matérielle propre au droit des contrats. Ce travail pourrait, à l'avenir, être effectué pour d'autres branches de droit.

**365. À la recherche du principe définitoire.** L'objet de cette seconde partie consiste, d'abord, à identifier la directive référentielle spécifique au droit contractuel. Or, le droit des contrats est construit autour de plusieurs principes particulièrement systématisants. C'est le cas, par exemple, du principe du raisonnable, dont les standards, *a*

*priori* afférents, font florès, ou encore du « *principe directeur* »<sup>1396</sup> de la bonne foi, prévu à l'article 1104 du Code civil. Toutefois, si ces principes s'associent, à première vue, avec évidence, aux standards dont ils partagent l'expression lexicale<sup>1397</sup>, ils représentent, nous le verrons, des référents insusceptibles de définir matériellement la notion. Ces concepts sont, dans l'étude du standard, supplantés par un autre principe, celui de *l'équilibre contractuel*. Les standards du droit des contrats, tels qu'ils ont été classés dans la première partie, sont au nombre de onze<sup>1398</sup>. Si ces derniers sont peu présents dans la phase précontractuelle ainsi que dans la phase d'exécution du contrat, ils occupent une place éminente dans les règles relatives au contrôle des conditions de sa validité et des conditions de sa rupture ou de sa modification. Dès lors qu'apparaît la nécessité de garantir un certain équilibre, c'est la technique du standard juridique qui est utilisée, s'agissant à la fois d'un contrôle *a priori* : le contrat conclu est-il équilibré ? et *a posteriori* : la rupture offre-t-elle les conditions d'un maintien de l'équilibre préalablement entériné ? Les standards juridiques se présentent dès lors comme les dispositifs les plus propices au contrôle de *l'équilibre contractuel*. C'est en tous cas l'hypothèse qu'il nous appartient de démontrer.

---

<sup>1396</sup> Le projet de loi de réforme prévoyait l'instauration de véritables principes directeurs, la bonne foi, la force obligatoire et la liberté contractuelle. Ce sont, en revanche, seulement des « *dispositions liminaires* » qui ont été consacrées par l'Ordonnance. Cette modification résulte de la crainte partagée que la consécration de véritables principes directeurs aurait participé d'un accroissement de l'interprétation créatrice des juges. L'ensemble du Code civil relatif au droit des contrats aurait alors dû être appréhendé à la lumière de ces principes, v. notamment : GHOZY A., LEQUETTE Y., « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008. chron. 2609 ; PERES C., « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015/3, p. 647 ; MEKKI M., « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats- aspects substantiels », *RDC* 2015/3, p. 651 ; GOUBINAT M., *Les principes directeurs du droit des contrats*, thèse, Université Grenoble Alpes, 2016 ; LAITHIER M.-Y., « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », *RDC* 2013, n° 1, p. 410 ; CADIET L., « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Études offertes à Jacques Normand*, LexisNexis, 2003, p. 71 et s., spéc. p. 78 et s. ; MOTULSKY V.-H., « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », in MOTULSKY V.-H., *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 275 et s. ; PÉRÈS V.-C., « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet) », *D.* 2009, p. 381.

<sup>1397</sup> C'est le cas notamment des standards du coût raisonnable et du délai raisonnable au regard du principe du raisonnable.

<sup>1398</sup> V. *supra* n° 324 et s. : La « faute lourde » ou « dolosive », « délai raisonnable » ; « conditions substantiellement différentes » ; « avantage manifestement excessif » ; « contrepartie illusoire » et contrepartie « dérisoire » ; « déséquilibre significatif » ; « exécution excessivement onéreuse » ; « inexécution suffisamment grave » ; « disproportion manifeste » ; « coût raisonnable » et enfin, « pénalité convenue manifestement excessive ou dérisoire ».

**366. Méthode de détermination du référentiel commun aux standards contractuels.** La détermination du principe de l'équilibre contractuel comme dénominateur commun des standards du droit des contrats résulte d'une recherche empirique : la quasi-totalité des règles restaurant ou instaurant la nécessité d'un équilibre contractuel a été rédigée, en droit des contrats, à l'aide d'un standard. Il existe, de fait, une interdépendance telle entre le principe d'équilibre contractuel et les standards du droit des contrats qu'elle conditionne la réussite même du projet définitoire. Les standards contractuels puisent, d'une part, leur contenu matériel dans le principe d'équilibre contractuel et constituent, d'autre part, les instruments de son objectivation et de sa concrétisation.

**367. Plan.** À l'identification de la directive référentielle dans le contexte contractuel (**TITRE PREMIER**) succèdera l'étude de son application par les standards contractuels (**TITRE SECOND**).

**TITRE PREMIER** – L'identification de la directive référentielle dans le contexte contractuel.

**TITRE SECOND** – L'application de la directive référentielle par les standards contractuels.





## TITRE PREMIER

### L'IDENTIFICATION DE LA DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE DANS LE CONTEXTE CONTRACTUEL

---

**368. Le raisonnable, la bonne foi ou l'équilibre, directives potentielles des standards contractuels.** À l'instar de *l'idée de normalité* utilisée, les concepts de *bonne foi* et de *raisonnable* ont pu servir de directives explicatives du droit des contrats en général et des standards en particulier<sup>1399</sup>. Néanmoins, ces concepts, au même titre que la normalité<sup>1400</sup>, sont des directives insusceptibles de nous aider à atteindre notre objectif définitoire étant donné qu'elles tissent la trame même de notre système juridique dont elles constituent, pour une part, les fondements et les conditions de réalisation. Mais leur puissance d'inspiration est justement ce qui les rend insaisissables. Toujours est-il qu'il ne s'agira en aucun cas de leur refuser la qualification de référentiels des standards contractuels. Dès lors qu'il est, par exemple, question des standards du délai raisonnable ou du coût raisonnable, leur classement sous le concept du raisonnable semble aller de soi. Néanmoins, la directive référentielle est censée guider l'utilisation du standard et indiquer une orientation précise au juge. Or, l'utilisation du *raisonnable* ou de la *bonne foi* répond principalement aux besoins de complétion ou d'interprétation d'une loi lacunaire ou imprécise<sup>1401</sup>. Le raisonnable et la bonne foi, tant en considération de leur qualification conceptuelle que de leurs fonctions, représentent, à l'instar de la normalité, bien plus que de simples principes juridiques, des forces créatrices de toutes les dispositions normatives. Le principe *d'équilibre contractuel*, en revanche, compris dans une double acception, interne – *relative au contenu du contrat* – et externe – *relative au droit contractuel* –, constitue le référentiel propre au standard contractuel. Nous le verrons néanmoins, tel qu'il est défini, ce référentiel n'est pas tout à fait opérationnel. Trop abstrait, il a besoin du relais des standards qui, par leurs propriétés spécifiques, seront de nature à le *réaliser*.

---

<sup>1399</sup> VOLANSKY A., *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, LGDJ, 1930, p. 159, n° 75 ; MAGNON X., « Qu'est-ce que le droit peut faire du raisonnable », in *Le raisonnable en droit administratif*, Éditions l'Épilogue – Lextenso, 2016, p. 27.

<sup>1400</sup> Sur le développement de l'idée selon laquelle la normalité est insusceptible de circonscrire les standards, v. *supra* n° 88 et s.

<sup>1401</sup> Sur ce point, v. notamment *infra* n° 381 et s.

**369. Plan.** La réfutation de la bonne foi et du raisonnable (**Chapitre Premier**) laissera place à la détermination du principe d'équilibre contractuel (**Chapitre Second**), entendu comme directive référentielle spécifique aux standards contractuels.

**CHAPITRE PREMIER** – La réfutation de la bonne foi et du raisonnable.

**CHAPITRE SECOND** – La détermination du principe d'équilibre contractuel.

## CHAPITRE PREMIER

### LA RÉFUTATION DE LA BONNE FOI ET DU RAISONNABLE

---

**370. Raisonnable, bonne foi, normalité : trois notions, une même finalité.** Lors de notre étude théorique de la notion de standard, nous avons critiqué<sup>1402</sup> celle de normalité à laquelle les auteurs contemporains reconnaissent la vocation et la capacité de rassembler tous les standards sous une même idée-phare<sup>1403</sup>. Cette notion, vague et trop abstraite, nous est apparue davantage comme une force créatrice<sup>1404</sup>, selon l'expression du Doyen Ripert<sup>1405</sup>, inhérente au droit dans son ensemble, que comme un caractère commun aux standards, susceptible d'en révéler l'unité fondamentale. Le droit vise, d'une part à rétablir la normalité au regard du pathologique – c'est la normalité descriptive – et, d'autre part, à faire tendre les justiciables vers ce qui *devrait-être* – la normalité dogmatique –<sup>1406</sup>, les deux composantes de l'idée demeurant d'ailleurs indissolublement mêlées l'une à l'autre. Décrire et expliquer le standard par le biais d'une notion qui embrasse la totalité du droit semble donc dénué d'intérêt et de pertinence. Cette critique s'applique également aux concepts de *bonne foi* et de *raisonnable*. Les trois notions présentées ont des traits caractéristiques plus similaires qu'il n'y paraît à première vue. En droit, elles n'ont pour destination que d'insuffler aux règles une morale *a minima*<sup>1407</sup> et d'offrir au juge un outil de complétion pour celles qui sont lacunaires. En ce sens, elles s'adaptent et se modèlent difficilement à une matière donnée. Dans une conception large du droit, l'on peut admettre une vision large de ses fondements. Quelles que soient les sources évoquées, certaines notions abstraites l'inspirent et lui impriment force et légitimité : le *raisonnable*, la *normalité* et la *bonne foi*.

---

<sup>1402</sup> V. *supra* n° 87 et s.

<sup>1403</sup> Selon le sous-titre de la thèse de Monsieur Rials : « Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité » : RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980.

<sup>1404</sup> Monsieur Mazeaud déclarait d'ailleurs à ce propos que « les instruments du droit objectif sont, la plupart du temps, l'expression d'une pluralité de forces créatrices » : MAZEAUD D., « Sur les standards », *RDA* 2014, n° 9, p. 35.

<sup>1405</sup> RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 71 et s.

<sup>1406</sup> V. *supra* n° 120 et s.

<sup>1407</sup> RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, n° 11 ; LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., « La bonne foi », *Rép. civ.* janv. 2017, n° 1.

**371. La bonne foi et le raisonnable fondements de la norme et de l'esprit de justice.** « *Le français a l'esprit juridique, c'est-à-dire la conception d'un ordre raisonnable qu'il est nécessaire de maintenir et dont le temps accroît la fermeté, la crainte de tout ce qui peut le troubler ou l'emporter, la conviction qu'il réalise un idéal de justice* »<sup>1408</sup>. Si l'esprit juridique a pu être défini comme un ordre raisonnable chargé de réaliser « *un idéal de justice* », c'est que le raisonnable représente bien plus qu'un simple principe à l'origine de certaines règles. Le raisonnable serait au fondement, à l'instar de la normalité, de l'ensemble des règles qui composent le droit. De la même façon, notre Code civil reposant, au moins pour une partie, sur le droit canonique<sup>1409</sup>, la notion de bonne foi vient s'inscrire dans un mouvement transcendant dépassant largement le cadre du principe pour s'apparenter davantage à un concept créateur<sup>1410</sup>.

**372. Plan.** Le raisonnable, appréhendé comme fondement de la norme (**Section I**) et la bonne foi, comme fondement de la justice (**Section II**), nous empêchent de les considérer comme des directives référentielles adaptées aux standards du droit des contrats.

**SECTION I** – Le raisonnable au fondement de la norme.

**SECTION II** – La bonne foi au fondement de la justice.

---

<sup>1408</sup> RIPERT G., *op. cit.*, 1994, p. 4.

<sup>1409</sup> DURAND J.-P., « Code civil et droit canonique », *Pouvoirs* 2003/4, n° 107, p. 59 et s. ; GAUDEMET J., « Il diritto canonico nella storia cultura giuridica europea » in GAUDEMET J., *La Doctrine canonique médiévale*, Collected Studies Series CS435, Norfolk, Variorum, 1994, XVII, pp. 3-29 ; LE BRAS G., « La formation du droit romano-canonique », in ANDRIEU-GUITRANCOURT P. (dir.), *Actes du congrès de droit canonique, Cinquantenaire de la Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris (1947)*, Paris, Letouzey et Ané, 1950, pp. 335-338.

<sup>1410</sup> DIJON X., « Pour une transcendance de la bonne foi dans la légitimité du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 39, p. 167 et s.

## SECTION I

### LE RAISONNABLE AU FONDEMENT DE LA NORME

**373. Plan.** L'étude préliminaire des contours du principe du raisonnable (§1 – **Les contours d'un principe**), nous conduira à envisager sa qualification conceptuelle. Il est possible d'identifier, au-delà de sa qualification de principe, une force créatrice au fondement de la norme (§2 – **L'identification d'une force créatrice**). Le raisonnable se révèle, dès lors, inapte à singulariser les standards contractuels.

#### §1. LES CONTOURS D'UN PRINCIPE

**374. Une notion anglo-saxonne et européenne.** La notion de raisonnable est une traduction de notions d'origine anglaise que sont : « *right reason* » et « *reasonable man* »<sup>1411</sup>. Elle a été importée en France par le truchement de conventions internationales<sup>1412</sup>. Avant la réforme du droit des obligations du 10 février 2016, le « *raisonnable* » n'apparaissait qu'aux articles 1112 et 2164 du Code civil. Il était, malgré tout, de plus en plus utilisé par la jurisprudence, notamment sous l'impulsion des Principes du droit européen des contrats ou des Principes Unidroit qui en font un principe directeur<sup>1413</sup>. Le raisonnable avait, par ailleurs, trouvé une résonance dans bien des domaines du droit français tels que le droit processuel avec le délai raisonnable, le droit commercial avec le raisonnable dans les relations d'affaires<sup>1414</sup> ou encore le droit du travail au travers de la protection des salariés<sup>1415</sup>.

---

<sup>1411</sup> SCHWARZ-LIEBERMANN H.-A., « Les notions de right reason et de reasonable man en droit anglais », *APD* 1978, t. 23, *Les formes de rationalité en droit*, p. 43.

<sup>1412</sup> BAHUREL C., « Le standard du raisonnable », *RDA* févr. 2014, n° 9, p. 60 et s.

<sup>1413</sup> DUONG L., « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », *RIDC* 2008, p. 701 ; LAGELÉE-HEYMANN M., « Le raisonnable dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, n° 3, p. 473, spéc. n° 4 ; FAUVARQUE-COSSON B., « UNIDROIT, la CNUDCI et le droit international des contrats », *RDC* 2012, n° 4, p. 1355 ; FONTAINE M., « Les Principes UNIDROIT : expression de la pratique contractuelle actuelle ? », in « Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international – Réflexion sur leur utilisation dans l'arbitrage international », *Bull. Cour internationale d'arbitrage*, supplément spécial, CCI, Paris, 2002, p. 101.

<sup>1414</sup> MAINGUY D., « Le “raisonnable” en droit (des affaires) », in LE DOLLEY E. (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, « Droit et économie », 2010, p. 307.

<sup>1415</sup> FLAMENT L., « Le raisonnable en droit du travail », *D. soc.* 2007, p. 16.

**375. Une définition positive délicate.** Toujours est-il que l'on ne dispose pas, *a priori*, de définition précise du raisonnable puisque, selon certains auteurs, « *le terme est équivoque* » et sa « *polysémie est même recherchée* »<sup>1416</sup>. Le concept de *raisonnable* aurait alors pour synonyme : « *normal* », « *commun* », « *sage* », « *sérieux* », « *légitime* », « *suffisant* », « *utile* », « *ordinaire* » ou encore « *juste* »<sup>1417</sup>, tandis que *déraisonnable* renverrait à ce qui est « *excessif, déloyal, imprévisible, improbable, abusif, négligent, fou, exagéré* »<sup>1418</sup>. Les principes Unidroit proposent toutefois une définition en ce qu'ils disposent que « *doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées* »<sup>1419</sup>. Aussi le raisonnable résiste-t-il à une définition *ex-nihilo* et impose-t-il le renvoi à d'autres notions aux fins de comparaison ou de complément.

**376. Le recours obligé à une définition en creux.** Élaborer avec succès une définition matérielle du principe du raisonnable commande de le comparer, successivement, à d'autres notions qui lui sont proches : le *rationnel* d'abord, la *bonne foi* ensuite, le *bon père de famille* enfin.

**377. Le raisonnable et le rationnel.** La *raison*, du latin « *ratio* », peut être assimilée à « *l'entendement, conçu comme cette faculté essentiellement humaine (innée, mais éducable, améliorable) de raisonner et d'argumenter, ou plus largement comme la faculté d'établir des rapports entre les choses et de découvrir de l'ordre dans le monde (impliquant en général une hypothèse préjudicielle sur le caractère intelligible du monde)* »<sup>1420</sup>. La *raison* représenterait ainsi une faculté universelle, commune à tous les hommes. Elle serait la « *norme de la pensée humaine* » et le « *caractère propre, définitoire de l'homme, car les animaux ne sont pas doués de raison* »<sup>1421</sup>. Or, si le *rationnel* et le *raisonnable* ont tous deux comme racine commune la *raison*, ils ne doivent pourtant pas être confondus. En droit, le *rationnel* s'intéresse à la contrainte logique et à

---

<sup>1416</sup> BAHUREL C., *art. cit.*, RDA févr. 2014, n° 9, p. 61.

<sup>1417</sup> *Dictionnaire des synonymes*, Larousse, v. « Raisonnable ».

<sup>1418</sup> *Ibid.*

<sup>1419</sup> Principes Unidroit, art. 1302.

<sup>1420</sup> ANGENOT M., « Le rationnel et le raisonnable, sur un distinguo de Chaïm Perelman », *Discours social*, 2012, vol. 42, p. 6.

<sup>1421</sup> *Ibid.*

la cohérence du raisonnement juridique alors que le raisonnable serait lié à une marge d'appréciation qui empêcherait une application rigide du droit aux faits<sup>1422</sup>. Le *rationnel*, qui vient de « calcul », au sens de « compte », est ce qui peut être exprimé ou remplacé par des nombres entiers ou fractionnaires, autrement dit ce qui est numériquement exprimable. Il dessine un « *chemin déductif qui ajuste parfaitement les moyens à une fin au point de pouvoir être identifié avec un enchaînement de rouages* »<sup>1423</sup>. Le rationnel, c'est cette qualité parfaitement illustrée dans le *Prince*. Machiavel y commande son usage exclusif, favorisé par la maîtrise de soi, et libéré des affects et de la morale. L'Homme rationnel est ainsi capable d'atteindre un objectif après avoir calculé les effets prévisibles de son action. Si cette fin est suffisamment juste ou importante, elle justifie – au sens étymologique – les moyens d'y parvenir. Au contraire, le *raisonnable* désignerait ce qui est conforme à la raison pratique, au devoir, à la morale (du point de vue universel et non particulier). Il est soucieux de « *l'ajustement des comportements* »<sup>1424</sup> à la fois à l'universel et aux circonstances particulières et qualifie ce qui « *est bien ajusté à la réalité extérieure* » et « *à la réalité humaine* »<sup>1425</sup>. La raison, c'est cette faculté primordiale, chez Kant, impérative et universelle, qui permet à l'être humain – qui est toujours une fin et jamais un moyen – d'agir conformément à des principes appliqués à l'action. Par ailleurs, le raisonnable, s'il s'oppose à l'irrationnel, se méfie du trop rationnel puisque tout excès l'exclut irrémédiablement.

**378. Le raisonnable et la bonne foi.** Ensuite, les textes internationaux appréhendent souvent le raisonnable comme une simple application du principe de bonne foi<sup>1426</sup> tout comme, d'ailleurs, une partie de la doctrine qui définit la bonne foi comme ce qui « *détermine une application raisonnable de la règle de droit* »<sup>1427</sup>. Or, « *si être raisonnable, c'est, avant toute chose, être de bonne foi, le raisonnable ne se réduit pourtant pas à cette seule exigence* »<sup>1428</sup>. En droit des contrats, la bonne foi est un référentiel moral pour le cocontractant. Elle ne le

---

<sup>1422</sup> ANGENOT M., *art. cit.*, *Discours social*, vol. 42, 2012, p. 6.

<sup>1423</sup> LAPASSET J.L., « Rationnel/raisonnable », *Philagora*, 2010.

<sup>1424</sup> *Ibid.*

<sup>1425</sup> *Ibid.*

<sup>1426</sup> DUONG L., « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », RIDC 2008-3, p. 706, l'auteur relève que « *l'article 7-4-8 précise que, conformément au principe de bonne foi, le débiteur qui n'exécuterait pas ses obligations ne répond pas du préjudice souffert par le créancier dans la mesure où celui-ci aurait pu l'atténuer par l'adoption de moyens raisonnables* ».

<sup>1427</sup> ZOLLER E., *La bonne foi en droit international public*, LGDJ, 1975, p. 229.

<sup>1428</sup> DUONG L., *art. cit.*, RIDC 2008-3, p. 706.



sanctionne que dans l'hypothèse où son comportement serait le fruit d'intentions ou d'actes immoraux. Si l'acte raisonnable est aussi moral, puisqu'il tend au bien commun et qu'il est un compromis entre des intérêts contraires pour parvenir à « *l'optimum* »<sup>1429</sup>, il représente avant tout un acte pragmatique. En effet, l'acte raisonnable est tourné vers un but : l'équilibre, alors que l'acte moral est par essence désintéressé et n'a pour fin que lui-même. Par conséquent, le comportement raisonnable, compris comme un comportement logique, rationnel, mais aussi empreint d'une certaine éthique, sanctionne davantage que la bonne foi. Un comportement peut être jugé déraisonnable, sans que l'on ait recours au portrait psychologique de son auteur, sans que l'on évalue ses intentions.

**379. Le raisonnable et le bon père de famille.** Enfin, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, publiée au journal officiel du 5 août 2014, entendait établir « l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », notamment par la suppression de l'expression « *en bon père de famille* », dans le Code rural, le Code de la consommation, de la construction, et surtout le Code civil, dans la partie relative au droit des contrats. Le « *bon père de famille* » était issu du standard romain *bonus pater familias* et consacré par le Code civil de 1804. Le standard du bon père de famille a été remplacé par le principe du raisonnable et ses variantes, plus neutres : « *personne raisonnable* » ou « *raisonnablement* ». Mais les deux personnages, personne raisonnable et bon père de famille, ne sont pas totalement interchangeables. La différence fondamentale réside dans le degré de moralité attendu du bon père de famille ou de la personne raisonnable. Le bon père de famille incarne « *un idéal* » : il doit être « *altruiste* », « *loyal* », honnête, jusqu'à « *se vouer à l'abnégation* »<sup>1430</sup> alors que la personne raisonnable est un être normal : ni bon ni mauvais ; ni vraiment médiocre ni doué de qualités particulières. Le seuil d'exigence est alors bien inférieur. En tout état de cause, le raisonnable semble traduire la recherche d'une voie médiane entre une limite haute et une limite basse : « *l'homme raisonnable n'est ni exagérément optimiste ni exagérément pessimiste ; un prix raisonnable n'est ni manifestement dérisoire ni manifestement excessif ; un délai raisonnable n'est ni extrêmement long ni extrêmement bref, etc. Tout ce qui ne se situe pas dans cette voie médiane est*

---

<sup>1429</sup> Dictionnaire Larousse, v. « Optimum » : « État, degré de développement de quelque chose jugé le plus favorable au regard de circonstances données »

<sup>1430</sup> RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, 2009, n° 176, p. 252.

alors déraisonnable»<sup>1431</sup>. Le raisonnable serait avant tout le souci de la tempérance, du juste milieu, de la mesure.

**380. Le raisonnable, un principe juridique.** Le nombre de ses occurrences ainsi que la présence du raisonnable dans la plupart des branches du droit, fait assurément du raisonnable un principe du droit. Bien qu'une tentative de détermination des limites sémantiques du terme paraisse impensable, il est possible de mieux l'approcher en mettant en lumière le but qui semble être recherché à partir du moment où on l'invoque : atteindre l'harmonie et l'équilibre de la branche de droit au sein de laquelle il est introduit. Toutefois, en tant qu'il constitue une source de complétion et d'interprétation du droit, et parce qu'il représente une force de légitimation, il s'identifie davantage à une force créatrice qu'à un simple principe juridique (§2).

## §2. L'IDENTIFICATION D'UNE FORCE CRÉATRICE

**381. Le raisonnable source de complétion du droit des contrats : une force créatrice.** Alors que l'interprétation explicative<sup>1432</sup> a pour finalité de restaurer l'utilité du contrat et de rendre effective sa force obligatoire en redonnant un signifié clair aux clauses obscures, l'interprétation complétive<sup>1433</sup> a pour fonction, plus que de déterminer le contenu obligationnel du contrat<sup>1434</sup>, de découvrir les suites du contrat<sup>1435</sup>.

---

<sup>1431</sup> DUONG L., *art. cit.*, RIDC 2008-3, p. 706

<sup>1432</sup> L'interprétation explicative des clauses obscures ou ambiguës constitue pour le juge à la fois un pouvoir et un devoir. En effet, le juge, lorsqu'il s'adonne à cet exercice, est soumis à deux règles : s'abstenir d'expliquer des clauses claires sous peine de se voir reprocher une dénaturation du contrat par la Cour de cassation (Le contrôle de la dénaturation par la Cour de cassation remonte à l'arrêt : *Veuve Foucauld et Coulombe Pringalt*, Civ., 15 avril 1872, CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y., *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 2008 n° 161, p. 156) sur le fondement de la force obligatoire notamment (Civ. 2<sup>e</sup>, 18 nov. 2010, pourvoi n° 09-13.265 : *Bull. civ.* II, n° 188) et tenter de privilégier la recherche de la commune intention des parties. L'interprétation subjective, suivant la volonté des parties, devrait primer sur l'interprétation objective. La réforme du droit des obligations entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016 a modernisé et réduit le nombre des dispositions relatives à l'interprétation des contrats. En effet, les anciens articles 1158 à 1160, 1163 et 1164 du Code civil ont été abrogés. Si, comme l'article 1156 ancien du Code civil, l'article 1188 dans son alinéa premier donne la primeur à la recherche de la commune intention des parties, le législateur, avec davantage de pragmatisme, a objectivé cette recherche au sein de l'alinéa 2 au travers de la notion de « *personne raisonnable* ».

<sup>1433</sup> JACQUES PH., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 361, n° 179 et s.

<sup>1434</sup> ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, n°4, p. 771 et s.

<sup>1435</sup> Sur l'insuffisance du contenu contractuel et la création d'effets obligatoires nouveaux v. DRAPIER S., *Les contrats imparfaits*, thèse, Université Aix-Marseille, 2001, p. 315 et s.

**382. Le raisonnable et l'interprétation complétive : source complète.** Aux côtés de la bonne foi<sup>1436</sup>, source de complétion originale<sup>1437</sup>, le raisonnable se révèle, pour trois raisons, susceptible de constituer un fondement satisfaisant à l'interprétation créatrice. Le raisonnable est une notion particulièrement large qui embrasse toutes les sources de détermination des suites contractuelles. Aussi a-t-il été démontré que les trois sources de l'article 1194 nouveau du Code civil ont un dénominateur commun : la rationalité<sup>1438</sup>, entendue ici comme synonyme de raisonnable<sup>1439</sup>. Dès lors, l'équité, l'usage et la loi permettraient tous trois d'instaurer « *des prolongements raisonnables au contrat* » dans la mesure où « *l'équité vise à obtenir une suite juste* » ; « *l'usage se présente comme le prolongement habituel, attendu, d'une certaine nature d'obligation* »<sup>1440</sup> ; et que « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Nous avons convenu que le raisonnable ne se réduisait pas à l'exigence de bonne foi<sup>1441</sup>. C'est pourquoi il semble possible d'affirmer que le raisonnable, du fait de la malléabilité et de la largesse même de sa définition, englobant toutes les sources connues de détermination des suites du contrat, est un instrument complet et suffisant permettant au juge d'interpréter le contrat de façon à y introduire des obligations non expressément prévues, mais utiles, voire indispensables, à la réalisation des attentes des parties contractantes.

**383. Plan.** Au-delà de sa capacité à opérer comme une source de complétion du droit, le raisonnable fait office de légitimation universelle, et ce, qu'il s'agisse d'une norme ordonnant ou sanctionnant un comportement. Parce qu'il sanctionne le déraisonnable, tout comme le normal condamne le pathologique, le raisonnable est une force créatrice inhérente au droit. Le droit ayant pour office de sanctionner, à une époque donnée, ce qui est conçu comme anormal ou excessif, le raisonnable constitue donc, avant tout, une force fédératrice de sanctions (**A – Une force fédératrice de sanctions**). Lorsqu'il promet, sous

---

<sup>1436</sup> V. *infra* n° 400 et s.

<sup>1437</sup> RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *th. cit.*, n° 49 et s, p. 64 et s.

<sup>1438</sup> MOULY-GUILLEMAUD C., Retour sur l'article 1125 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel, LGDJ, 2006, n° 226, p. 220.

<sup>1439</sup> Bien qu'en réalité, l'on puisse considérer que le rationnel concerne davantage la connaissance et « l'investigation technique », alors que le raisonnable s'attache aux « fins de l'action », « à ce qui est sensé » : RICOT J., chron. audio, « Le rationnel se confond-il avec le raisonnable ? » : <http://m-editer.izibookstore.com/store/post/100>, consulté le 30 sept. 2021.

<sup>1440</sup> MOULY-GUILLEMAUD C., *th. cit.*, n° 219, p. 221

<sup>1441</sup> MAGNON X., « Qu'est-ce que le droit peut faire du raisonnable », in *Le raisonnable en droit administratif*, Éditions l'Épilogue – Lextenso, 2016, p. 24 ; DUONG L., *art. cit.*, RIDC 2008 p. 701.

l'égide indiscutable de la Raison, les comportements normaux et raisonnables, il est alors constitutif d'une force de légitimation (**B – Une force créatrice de légitimation**). Parce que la finalité du raisonnable opère à la fois en amont du droit et dans un souci de systématisation de la norme, il ne peut être conçu comme la directive référentielle appropriée à la circonscription des standards.

#### A. UNE FORCE FÉDÉRATRICE DE SANCTIONS

**384. La sanction des comportements et des clauses déraisonnables.** Le concept du raisonnable, à l'instar de l'idée de normalité, n'impose pas une solution unique, il « implique une pluralité de solutions possibles »<sup>1442</sup>. Il y a, toutefois, « une limite à cette tolérance, et c'est le déraisonnable qui n'est pas acceptable »<sup>1443</sup>. Si le raisonnable est de plus en plus expressément intégré dans les normes, il apparaît en droit français encore davantage sous sa forme négative : celle du *déraisonnable*<sup>1444</sup>. Dans la plupart des cas, le juge « impose le modèle du raisonnable indirectement, en sanctionnant à la fois les comportements qui lui semblent déraisonnables »<sup>1445</sup> et les clauses déraisonnables. En tout état de cause, le droit, lorsqu'il promeut le raisonnable, régit, en quelque sorte, par défaut. Aucun comportement ou aucune action spécifique ne sont requis. À l'instar de la normalité, le raisonnable vient donc combler les lacunes des normes précises, à la fois par l'interprétation et la création<sup>1446</sup>.

**385. Plan.** À rebours d'une loi rigide qui poserait une liste limitative d'interdits, le raisonnable permet au juge de sanctionner tous les actes nuisibles, même ceux qui n'auraient pu être envisagés *a priori*. La puissance créatrice du raisonnable et le pouvoir de délégation qu'il offre au juge obscurcissent la relation de complémentarité et le rapport d'application qu'il pourrait entretenir avec le standard juridique. En effet, si le raisonnable constitue une directive susceptible de faire office de référentiel aux standards du droit des contrats, il n'apporte pas un éclairage spécifique sur le contenu du standard contractuel. La directive du raisonnable est bien trop générale pour servir à une classification

---

<sup>1442</sup> PERELMAN CH., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, 1984, p. 12.

<sup>1443</sup> *Ibid.*

<sup>1444</sup> PERELMAN CH., « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in PERELMAN CH., VANDER EST R., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 133.

<sup>1445</sup> BAHUREL C., « Le standard du raisonnable », *RDA* févr. 2014, n° 9, p. 60.

<sup>1446</sup> V. *supra* n° 382 et s.

particulière des standards en considération des autres notions juridiques. C'est dire que de l'incohérent (1 – **Un outil général de sanction de l'incohérent**) à l'excessif (2 – **Un fédérateur de l'excessif**), le raisonnable représente une force de sanction.

## 1. UN OUTIL GÉNÉRAL DE SANCTION DE L'INCOHÉRENT

**386. Des notions d'incohérence et de raison.** L'incohérence peut être définie, de manière générale, comme ce qui « *manque de cohérence* » ou comme le « *caractère* », l'« *état de ce qui est incohérent* »<sup>1447</sup>. Concernant plus spécifiquement un comportement, l'incohérence est « *l'absence de continuité, de logique, de raisonnement* », « *le manque de suite* », la « *contradiction* », le « *désordre dans les pensées* » ou encore « *le défaut de rationalité* », « *de coordination entre la pensée et l'expression, les actes* »<sup>1448</sup>. Ce qui est *incohérent* est ce qui agit en contrariant les principes intellectuels de la logique. Si la raison et, par extension, le raisonnable, ne se réduisent pas à la logique et/ou au rationnel<sup>1449</sup>, ils les englobent et en ont l'exigence. Le lien entre les notions s'établit par leurs négatifs : si ce qui est incohérent peut s'apparenter à ce qui est illogique et/ou irrationnel, un comportement incohérent peut alors être entendu, en tout état de cause, comme un comportement déraisonnable. Le raisonnable permettrait, dès lors, de coordonner les expressions de l'incohérence en droit des contrats.

**387. Les expressions de l'incohérence en droit des contrats.** Un auteur a distingué « *l'exigence de cohérence avec le contrat* », de « *l'exigence de cohérence avec soi-même* »<sup>1450</sup>. La première commande au cocontractant cohérent qu'il respecte ses engagements<sup>1451</sup>. Les exemples les plus congruents d'incohérence du contractant envers le contrat résident dans

---

<sup>1447</sup> *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., Fayard, 2005, v. « Incohérent ».

<sup>1448</sup> *Ibid.*, v. « Incohérence ».

<sup>1449</sup> V. *supra* n° 377.

<sup>1450</sup> HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, p. 578.

<sup>1451</sup> FAGES B., *Le comportement du contractant*, PUAM 1997, p. 322.

la condition<sup>1452</sup> et l'exécution du contrat<sup>1453</sup>. La seconde implique du contractant de ne pas faire preuve d'incohérence par rapport à lui-même, et surtout de ne pas se contredire au détriment d'autrui. S'il n'y a pas lieu de sanctionner l'incohérence en elle-même, il s'agit de la sanctionner lorsqu'elle cause un préjudice à autrui ou au contrat dans son ensemble. C'est une traduction du principe « *d'estoppel* »<sup>1454</sup>. L'incohérence est, toutefois, en droit des contrats, majoritairement sanctionnée par le biais de la *bonne foi*.

**388. La concurrence du raisonnable et de la bonne foi dans la sanction de l'incohérent.** Le principe de cohérence a été rattaché par la jurisprudence à la bonne foi au même titre que le devoir de loyauté ou de coopération<sup>1455</sup>. Ce rattachement a

---

<sup>1452</sup> LATINA M., *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, 2009. En effet, l'article 1304-3 nouveau du Code civil dispose que « la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement », et que, de même, « la condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt ». Or, cet article sanctionne bien un comportement incohérent, contradictoire, dans la mesure où la partie qui a conclu le contrat, fait pourtant tout pour en empêcher l'efficacité. Ainsi, par exemple en matière de contrat de vente conclu sous condition suspensive d'obtention d'un prêt, la condition sera réputée accomplie et le contrat efficace si la non-obtention d'un prêt est imputable à l'acquéreur. L'acquéreur est donc tenu d'adopter un comportement cohérent puisqu'est mis à sa charge une obligation de « *faire son possible* » pour obtenir un prêt : il doit formuler une demande de prêt et surtout faire une demande réaliste, c'est-à-dire ne pas exiger un taux d'emprunt excessivement bas. En cas de non-respect de ces conditions, la condition suspensive sera réputée accomplie ; v. notamment : Civ. 3<sup>e</sup>, 27 févr. 2013, n° 12-13.796 : *Bull. civ.* III, n° 33.

<sup>1453</sup> Lorsque le créancier détient un droit du fait du contrat, mais qu'il adopte un comportement qui l'empêche d'être satisfait, alors il est en situation d'incohérence avec le contrat. En effet, l'exemple typique est celui d'un employeur qui ne paie pas son salarié alors même qu'il a besoin du travail de ce dernier pour que l'entreprise fonctionne. La Cour de cassation a jugé, qu'en pareil cas, si une rupture intervient, elle doit s'analyser en un licenciement, puisque l'employeur a rendu « *impossible pour le salarié la poursuite du contrat de travail et l'a contraint à démissionner* » (Soc. 22 sept. 1988, *RTD civ.* 1989. 74, obs. MESTRE J.). De plus, comme le relève Monsieur Houtcieff, la Cour de cassation avait en l'espèce sanctionné l'employeur pour « *avoir fait obstacle à l'exécution de son contrat* » et non pas pour n'avoir pas « *rempli ses obligations contractuelles* » in HOUTCIEFF D., *th. cit.*, n° 1230, p. 906.

<sup>1454</sup> V. FAUVARQUE-COSSON B., (dir), *La confiance légitime et l'estoppel*, Droit privé comparé et européen, vol. 4, 2007. Fort utilisé en droit anglais, l'application en France du principe d'estoppel comme principe général a fait l'objet de davantage de réticences. Toutefois, par un arrêt du 20 septembre 2011 (Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888, *Bull. civ.* IV, n° 132), la chambre commerciale de la Cour de cassation au visa du « *principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui* », a censuré l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en énonçant que : « *la société (C) qui avait elle-même formé et instruit le pourvoi contre l'arrêt du 15 décembre 2005 ayant abouti à la cassation partielle de cet arrêt, ne pouvait, sans se contredire au détriment de la société (A), se prévaloir devant la Cour de renvoi de la circonstance qu'elle aurait été dépourvue de personnalité juridique lors des instances ayant conduit à ces décisions* ». Certains auteurs, analysant la jurisprudence de la Cour de cassation, et notamment un arrêt très récent du 15 mars 2018, relèvent « *qu'aucun principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui n'a été consacré par la Cour de cassation* » (GUERLIN G., « *L'estoppel estompé* », *LEDC* 2018, n°5, p. 5). L'obligation de loyauté en droit civil imposerait aux contractants de ne pas brutalement modifier leur attitude, « *que ce soit dans la formation du contrat* » concernant les offres notamment, ou « *dans l'exécution du contrat* » : FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., Thémis, PUF, 2021, p. 113.

<sup>1455</sup> TISSEYRE S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012, p. 93 et s.

notamment été effectué dans deux arrêts de la troisième chambre civile des 28 janvier et 25 mars 2009<sup>1456</sup>. En l'espèce, une assurance avait défendu, dans un premier temps, une position, se prévalant de la nature décennale d'un désordre, puis, dans un second temps, avait contesté la garantie correspondante. La Cour de cassation a sanctionné l'incohérence du cocontractant au visa de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil ancien<sup>1457</sup>, concernant l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat.

Ainsi, la notion de bonne foi connaîtrait en droit français deux acceptions : la bonne foi dite « *subjective* », qui est un « *état d'esprit* » : « *être de bonne foi* »<sup>1458</sup>, et la bonne foi dite « *objective* », c'est-à-dire une « *façon d'agir et de se comporter* » : « *agir de bonne foi* »<sup>1459</sup>. Quoiqu'il en soit, les juges, en matière contractuelle, imposent aux cocontractants, au nom de la bonne foi, une obligation de probité et d'honnêteté. Selon une expression du doyen Ripert, il s'agit alors, par le truchement de la bonne foi, de faire « *pénétrer la morale dans le droit positif* »<sup>1460</sup>. Or, si la bonne foi du cocontractant est une vertu morale dont il doit faire montre, la cohérence ne peut pas y être réduite, car il est possible que l'incohérence soit le fruit de la mauvaise foi du cocontractant, donc d'une « *incohérence préméditée* »<sup>1461</sup>, ce n'est pas toujours le cas. De fait, une simple légèreté, voire une passivité du cocontractant en matière de condition suffit à matérialiser la contradiction<sup>1462</sup>. De longue date, la Cour de cassation avait considéré que la contradiction et l'incohérence ne nécessitaient pas une « *volonté délibérée* »<sup>1463</sup>. Est seul recherché un « *comportement objectivement contradictoire consistant à empêcher l'accomplissement de la condition* »<sup>1464</sup>. L'incohérence du cocontractant est sanctionnée, qu'il y ait, ou non, mauvaise foi de sa part. Dès lors, si la *bonne foi* peut fonder la sanction de l'incohérence lorsqu'elle est teintée d'une intention de nuire, elle est insuffisante lorsque le comportement est incohérent dans la seule mesure où il contrevient

---

<sup>1456</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 28 janv. 2009, n° 07-20891: *Bull. civ.* III, n° 22.

<sup>1457</sup> C. civ. ancien art. 1134 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». C. civ. nouvel art. 1104 : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».

<sup>1458</sup> FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 95 et s.

<sup>1459</sup> *Ibid.*

<sup>1460</sup> RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949.

<sup>1461</sup> BEHAR-TOUCHAIS M., « Les autres moyens d'appréhender les contradictions légitimes en droit des contrats » in BEHAR-TOUCHAIS M. (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université de Paris V le 13 janvier 2000, *Economica*, p. 85.

<sup>1462</sup> En ce sens, v. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *th. cit.*, p. 290 et s.

<sup>1463</sup> Civ., 6 août 1866, *DP.* 1866. 1. 3730.

<sup>1464</sup> HOUTCIEFF D., *th. cit.*, n° 1123, p. 845.

à l'exigence intellectuelle, au bon sens. La *bonne foi*, référentiel moral du cocontractant, ne peut alors permettre de sanctionner l'incohérence qu'en tant qu'elle est le fruit d'un acte ou d'une intention immorale : « *la mauvaise foi* ». Or, comme nous l'avions indiqué en amont<sup>1465</sup>, si l'acte raisonnable est aussi moral, puisqu'il représente un compromis visant à concilier les intérêts contraires des cocontractants dans le but de parvenir au bien commun, « *l'optimum* »<sup>1466</sup>, il est avant tout un acte pragmatique. En effet, l'acte raisonnable poursuit un but, celui de réaliser un équilibre rationnel et logique alors que l'acte moral est par essence désintéressé. Dès lors, le comportement raisonnable, compris comme un comportement sensé mais aussi empreint d'une certaine éthique, permettrait de sanctionner le comportement incohérent, que l'auteur soit de bonne foi ou non. Il s'agit donc de sanctionner l'incohérence dans la mesure où elle est déraisonnable, indépendamment de la psychologie de son auteur. La bonne foi et la cohérence doivent d'ailleurs être distinguées puisque « *l'exigence de cohérence n'a pas à être saisie dans le for interne de l'agent. Par définition, elle s'apprécie de l'extérieur, par comparaison avec ce qu'un homme rationnel aurait fait* »<sup>1467</sup>.

Quoi qu'il en soit, la concurrence du raisonnable et de la bonne foi dans la sanction de l'incohérent porte en filigrane la problématique de ces référentiels au regard de la définition du standard juridique.

**389. La problématique des principes de bonne foi et de raisonnable au regard des standards contractuels.** Les discussions doctrinales quant à la source de complétion la plus propice à la découverte des suites du contrat ou bien quant à la source de la sanction de l'incohérence marquent bien la confusion qui entoure la délimitation et la qualification de ces deux concepts. La bonne foi et le raisonnable ont un champ d'application si vaste qu'ils peuvent faire office, tous deux, de source normative. En ce sens, ils n'offrent pas aux standards du droit des contrats un paradigme particulier et adapté à la matière contractuelle. Constitutifs de la substance même du droit, porteurs de ses valeurs et de ses exigences, les plus larges et les plus fondamentales, ils ne peuvent s'ajuster à la fonction précise de principes référentiels des standards juridiques.

---

<sup>1465</sup> V. *supra* n° 378.

<sup>1466</sup> Dictionnaire Larousse, v. « Optimum » : « État, degré de développement de quelque chose jugé le plus favorable au regard de circonstances données ».

<sup>1467</sup> STOFFEL-MUNCK M., L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n° 219.



**390.** De la même façon, le raisonnable est un outil fédérateur de la sanction de l'excessif (2).

## 2. UN FÉDÉRATEUR DE L'EXCESSIF

**391. Du raisonnable à l'excessif : le déraisonnable.** Lorsqu'un pouvoir ou un droit est accordé à une personne, de droit privé ou de droit public, cette dernière sera sanctionnée si elle les exerce de manière abusive ou excessive. Cet usage non admissible du droit peut être qualifié de diverses façons : abus de droit, excès ou détournement de pouvoir, iniquité, mauvaise foi, violation de dispositions légales, etc. Toutefois, cette étude s'est donné pour objectif de démontrer que, peu important les catégories juridiques spéciales invoquées, tout comportement peut être censuré s'il dépasse les limites de l'acceptable, du normal, de la mesure, et donc du raisonnable. Un comportement peut, en somme, être sanctionné chaque fois qu'il s'avère déraisonnable, tout comme le comportement anormal, dans la mesure où « *le droit civil s'érige en censeur des comportements anormaux* »<sup>1468</sup>. Le raisonnable, en tant qu'il peut être envisagé comme un droit commun de l'excessif, n'est donc pas une directive pertinente pour définir le standard contractuel.

**392. L'utilisation du déraisonnable comme fédérateur de l'excessif.** L'utilisation du raisonnable comme fédérateur de toutes les sources sanctionnant l'excessif permettrait peut-être de redonner de la cohérence à l'ensemble des règles relatives au droit des contrats. Néanmoins, l'abstraction et la généralité en seraient renforcées là où l'étude des standards implique un effort de circonscription. Dans l'optique d'une généralisation de l'usage du raisonnable, il s'agirait de remplacer tous les termes relatifs à ce qui est au-delà du raisonnable par la notion de déraisonnable, entendue comme le caractère commun d'une échelle de l'excessif, de la démesure. En effet, le raisonnable, et son antonyme, le déraisonnable, ont pu apparaître comme le standard de référence dans la sanction des comportements du cocontractant dans la mesure où il ne se « *différencie pas de la normalité propre au standard* »<sup>1469</sup>. C'est là que le bât blesse : si raisonnable et normalité ne peuvent

---

<sup>1468</sup> CHASSAGNARD S., *La notion de normalité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2000, t. 1, p. 287, n° 579.

<sup>1469</sup> MAGNON S., *art. cit.*, p. 27.

être différenciés<sup>1470</sup>, comment peuvent-ils venir en renfort de la compréhension d'une notion aussi floue que le standard? Si l'on suppose que la *raison* – valeur essentielle du raisonnable – se fonde dans la normalité, c'est-à-dire dans « *la vision collective de ce qui est communément admis* »<sup>1471</sup>, alors cette « *proximité entre raisonnable et normal* »<sup>1472</sup> empêche toute singularisation du standard par le moyen de ces notions. De fait, à supposer que le système juridique se développe dans une société raisonnable, c'est-à-dire une société qui fonctionne à partir de la valeur « raison », alors la majorité des règles de droit renverraient au raisonnable puisque la règle, au sens « *d'équerre* », est un instrument de mesure qui s'appuie sur le raisonnable comme critère d'interprétation<sup>1473</sup>.

**393. L'utilisation du raisonnable, une insécurité manifeste.** À l'instar de l'idée de normalité, la notion de raisonnable serait capable, pour certains auteurs<sup>1474</sup>, de regrouper en son sein tous les standards contractuels. Le raisonnable, comme la normalité, avant de constituer des règles du droit des contrats, peuvent être considérés comme des pierres angulaires du droit lui-même<sup>1475</sup>. Dès lors, tous les standards pourraient être envisagés à l'aune du déraisonnable. Cette classification impliquerait donc que les standards du *manifestement excessif ou dérisoire*, du *déséquilibre significatif* ou encore du *suffisamment grave* ne soient différenciables que par la quantification de la démesure ou de l'excès invoqué. Rallier tous les standards au raisonnable réduirait ces derniers à la constitution d'une échelle du déraisonnable. Or, cette identification des standards par l'excessif contribuerait à une augmentation de l'insécurité juridique. Donner au juge une échelle permettant d'appréhender la notion de déraisonnable sous toutes ses formes, allant du seuil excédant juste l'acceptable à l'absolument déraisonnable, n'aboutirait qu'à faire du standard un instrument doté d'une fonction unique : sanctionner le déraisonnable. C'est ici précisément que le serpent se mord la queue, car sanctionner le déraisonnable n'est-il pas le propre du

---

<sup>1470</sup> Madame Chassagnard-Pinet indique, de la même façon, que le raisonnable est « *souvent confondu avec le normal* ». L'auteur considère néanmoins que les deux notions ne sont pas identiques dans la mesure où le raisonnable est étranger à la notion de rationalité. Or, la normalité, selon cette dernière « *revendique aussi la logique et la cohérence de la rationalité* », CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 121, n° 254, également p. 628, n° 962. Néanmoins, nous considérons que si la normalité ne se fonde pas dans le raisonnable, plus circonscrit, le raisonnable peut, quant à lui, se fondre dans la normalité.

<sup>1471</sup> AARNIO A., *Le rationnel comme raisonnable, La Justification en droit*, LGDJ, Montchrestien, 1992, p. 230.

<sup>1472</sup> MAGNON X., *art. cit.*, p. 24.

<sup>1473</sup> *Ibid.*

<sup>1474</sup> *Ibid.*

<sup>1475</sup> Sur la normalité au fondement du droit, v. CHASSAGNARD S., *th. cit.*, p. 23, n° 34 et s.

droit ? En somme, en adoptant le raisonnable comme étant susceptible de représenter la directive référentielle de tous les standards, rassemblés par les notions de raison ou d'excès, l'on fait de tous les instruments normatifs les répliques indifférenciées d'une même idée maîtresse et l'on n'aboutit qu'à l'éloignement de notre objectif définitoire.

**394.** Par ailleurs, si la tentative de faire se recouper la notion de standard en droit des contrats et le raisonnable est vouée à l'échec, c'est également parce que le raisonnable est bien plus qu'un principe, il est une force créatrice qui légitime la norme et le droit de façon universelle (B).

## B. UNE FORCE CRÉATRICE DE LÉGITIMATION

**395. Le raisonnable comme force de légitimation.** Nous l'avons évoqué<sup>1476</sup>, il ne suffit pas qu'une norme soit respectée par ses destinataires pour pouvoir prétendre à l'efficacité<sup>1477</sup>. Elle doit être aussi légitime, c'est-à-dire « *dictée, justifiée, explicable par le bon droit, le bon sens, la raison* »<sup>1478</sup>. Néanmoins, pour qu'une norme puisse être acceptable et acceptée, encore faut-il qu'elle soit accessible au justiciable. Or, lorsque le droit renvoie au raisonnable, « *il offre au regard extérieur le soin d'apprécier ce qui est raisonnable* »<sup>1479</sup>. La norme applicable au contrat serait d'autant plus acceptable – donc légitime – lorsqu'elle renvoie au raisonnable puisqu'elle se « *soumet à la vision collective de ce qui est communément admis* »<sup>1480</sup>.

**396. Le renvoi au communément admis.** Par l'utilisation du raisonnable, « *le droit crée les conditions de son acceptabilité par ceux qu'il oblige* »<sup>1481</sup>. Max Weber<sup>1482</sup> opposait la légalité à la légitimité en définissant la première comme le « *caractère de ce qui est conforme aux lois positives et au droit positif dans son ensemble* »<sup>1483</sup> et la deuxième comme « *l'état de ce*

---

<sup>1476</sup> V. supra n° 36 : « *L'efficacité ne saurait être réduite à l'effectivité, elle la comprend et la dépasse, dans la mesure où une norme efficace n'est pas seulement une norme qui produit des effets, mais qui produit « les effets qu'on attendait d'elle ».*

<sup>1477</sup> *Ibid* : « *Il faut, en outre, qu'elle produise l'effet recherché, qui ne se limite pas à son application* » L'effet recherché par le législateur, lorsqu'il introduit une norme dans l'ordre juridique, dépend amplement du contexte social, politique et économique dans lequel l'étude est réalisée.

<sup>1478</sup> CNRTL, v. « Légitime ».

<sup>1479</sup> MAGNON X., *art. cit.*, p. 27.

<sup>1480</sup> *Ibid.*

<sup>1481</sup> *Ibid.*

<sup>1482</sup> WEBER M., *Economie et société*, Tübingen, 1922.

<sup>1483</sup> *Dicophilo*, v. « Légalité ».

*qui est accepté par l'ensemble du peuple* »<sup>1484</sup>. La norme doit donc être en quelque sorte *justifiée* ou *ressentie comme juste* par un consensus de la collectivité dont elle régule les comportements. La légalité sans légitimité opprime et l'absence d'adhésion à la loi fait vaciller la démocratie. Ce phénomène de ratification silencieuse de la norme est complexe. Toujours est-il qu'il se produit dans un mouvement qui part de la conscience et de l'inconscient collectifs vers le droit lorsque l'accord avec la valeur qui sous-tend la règle est manifeste. La norme doit ainsi parler en termes les plus universels possibles et dégagés des croyances et des opinions clivantes<sup>1485</sup>. La notion de raisonnable peut donc être considérée comme un principe du droit en ce qu'elle représente une directive transcendante se référant à une valeur métajuridique et qu'elle fonde un corpus de règles positives. Toutefois, puisqu'elle se réfère à la valeur « raison », valeur primaire constitutive de l'essence de l'homme, par opposition à l'animal, dominé par son instinct naturel, le raisonnable est davantage qu'un simple principe juridique.

**397. Le raisonnable, davantage qu'un principe, une référence à l'universalité de la valeur-raison.** Le raisonnable est une force créatrice au fondement de la norme. La *raison* serait ainsi, selon Kant, le premier don fait à l'homme, puisqu'en dotant l'homme de la raison et non d'un instinct, « *la nature a voulu non seulement qu'il invente son existence, mais aussi qu'il se donne des fins relatives à sa nature d'être libre* »<sup>1486</sup>. En effet, si l'homme a, comme tous les êtres vivants, une finalité naturelle – la satisfaction de ses besoins, le bien-être, le bonheur –, cette dernière « *n'épuise pas le sens de sa vie* »<sup>1487</sup>. En somme, en qualité « *d'être raisonnable* » « *l'homme a à se donner une fin spécifique* »<sup>1488</sup>, « *à savoir une fin éthique* »<sup>1489</sup>. Sa vocation est « *moins d'être heureux que de se rendre digne de l'être* »<sup>1490</sup>. La *Raison* serait alors une valeur universelle dans la mesure où même si un homme décide de s'en affranchir, il est – s'il est saint d'esprit – conscient de s'en affranchir. Lorsque Kant formule son

---

<sup>1484</sup> GAVINI C., « L'efficacité des normes, enquête en contrepoint », *FIP* nov. 2006, p. 42.

<sup>1485</sup> V. supra n° 40 : « Une norme devrait répondre à l'exigence d'acceptabilité rationnelle, c'est-à-dire satisfaire à la fois des conditions procédurales de rationalité, et des conditions substantielles d'acceptabilité. À ces deux exigences répondent de façon exemplaire deux notions : le rationnel pour la première et le raisonnable pour la seconde ».

<sup>1486</sup> KANT E., *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, 1784, Bordas, 1993, Troisième proposition.

<sup>1487</sup> *Ibid.*

<sup>1488</sup> *Ibid.*

<sup>1489</sup> *Ibid.*

<sup>1490</sup> *Ibid.*

impératif catégorique : « *agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle* »<sup>1491</sup>, il veut signifier que si évidemment l'on peut se donner pour maxime personnelle de mentir, on ne saurait vouloir que le mensonge devienne une loi et que l'ensemble des hommes mente. Quel intérêt à mentir dans un monde où chacun ment, puisque l'on ne serait jamais cru ? L'Homme déraisonnable aurait bien connaissance de l'universalité du devoir et de la *Raison*, mais refuserait, simplement, de s'y plier pour nourrir, égoïstement, ses intérêts personnels. Le raisonnable, en ce qu'il se réfère à la valeur-raison, valeur essence de l'homme, semble donc pouvoir légitimement faire office de justificatif de la norme.

### ***Conclusion Section I***

**398. Un référentiel inadapté.** Loin de constituer une directive permettant d'aboutir à une définition cohérente des standards contractuels, l'utilisation du raisonnable ne fait que diluer la notion et la perdre dans une nébuleuse abstraite.

**399. Une notion insaisissable.** La notion même de raisonnable est, d'une part, source d'interrogation. La définition positive du raisonnable est d'autant plus délicate qu'il s'agit d'une notion dont la polysémie est recherchée. Le raisonnable est ainsi assimilé tantôt au légitime, tantôt au sérieux ou à la bonne foi. C'est pourquoi, il a été nécessaire d'opérer une démarche en creux pour différencier le raisonnable de certaines notions auxquelles il était assimilé, comme le rationnel ou le bon père de famille. Cette définition indirecte du concept a cependant mis en lumière son aspect fonctionnel. Le raisonnable pourrait dès lors être défini par sa finalité : apporter équilibre et harmonie à la matière dans laquelle il est introduit. La notion demeure néanmoins impossible à cerner : elle est fuyante parce que plurivoque, subjective, infiniment riche, présente dans tous les domaines qui s'intéressent à l'humain. Ses caractères nous empêchent donc de la considérer comme une directive référentielle spécifique des standards contractuels.

---

<sup>1491</sup> KANT E., *op.cit.*, Troisième proposition.

**400. Une force créatrice.** Notre examen de la notion nous a conduit, d'autre part à envisager le raisonnable comme une force créatrice supérieure au principe juridique. Au même titre que la bonne foi ou la normalité, il constitue, d'abord, une force de complétion du droit permettant de déterminer les suites contractuelles, au-delà du contenu obligationnel. Il est, ensuite, une force fédératrice de sanction : l'incohérent, comme l'excessif, peut être sanctionné par le raisonnable. Celui-ci représente, enfin, une force de justification et de légitimation de la norme au travers de l'universalité de la valeur raison. Le raisonnable est une source considérable de normativité, et à l'instar de la normalité, il constitue une force créatrice inhérente au droit. Sa charge axiologique et son champ d'influence sur le droit tout entier dépassent largement ceux du principe juridique. Il n'est donc pas cet outil de singularisation du standard juridique en général et du standard contractuel en particulier.

**401.** Dans le même sens, la bonne foi, qui remonte aux sources mêmes de la notion de *Justice*, est un référentiel inapte à la définition des standards contractuels (**Section II**).

## SECTION II

### LA BONNE FOI AU FONDEMENT DE LA JUSTICE

**402. D'une notion purement transitoire à une source normative.** Reprenant les vers du poète Soufi Basagic-Redzepasic<sup>1492</sup>, deux auteurs illustraient les méandres d'un concept insondable. La bonne foi « *scintille sur l'océan du droit et, si bien des esprits ont eu envie de capturer son étincelle, toujours elle s'éloignait, laissant son ombre derrière elle. Et nous chercherons, après d'autres et avec leur appui, à saisir son secret et à l'enserrer dans une théorie* »<sup>1493</sup>. L'étude substantielle et formelle du principe (§1 – **Les contours d'un principe**) nous permettra d'aboutir à la conclusion selon laquelle la bonne foi opère comme un concept créateur (§2 – **L'identification d'un concept créateur**) au même titre que la normalité ou le raisonnable. De la sorte, il ne saurait constituer un référentiel pertinent offrant un éclairage pratique suffisant des standards contractuels.

#### §1. LES CONTOURS D'UN PRINCIPE

**403. Plan.** Fuyante, tant au regard de son contenu que de sa qualification, la notion de bonne foi interpelle, dérange aussi bien qu'elle passionne les juristes<sup>1494</sup>. Le

---

<sup>1492</sup> « *Sur l'océan de la lumière / scintille une petite braise... / Vents, tempêtes et ouragans / se sont acharnés à l'éteindre, / mais elle scintille toujours, / brillante, comme un feu de joie... / Qui saisira ce grand secret : / d'où vient le parfum de la fleur ?* » in LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., « La bonne foi », Rép. civ. 2017, n° 1.

<sup>1493</sup> LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., *art. cit.*, Rép. civ. 2017, n° 1.

<sup>1494</sup> Pour preuve le nombre d'ouvrages ou d'articles consacrés à la notion : DESGORCES R., *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse, Paris II, 1992 ; JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 2016 ; JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, 2001 ; TISSEYRE S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012 ; VOUIN R., *La bonne foi. Notions et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939 ; ANCEL P., « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz Sirey Litec, 2011, p. 61 ; ANCEL P., « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », *Rev. Juridique Thémis* 45-1, 2011, p. 87 ; BALAT M., « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *RDA* févr. 2016, p. 59 ; BAUD J.-B., *La bonne foi depuis le Moyen Âge*, Conférence à l'École doctorale des Sciences juridiques de l'Université Paris X-Nanterre, 2001 ; BÉNABENT A., « La bonne foi dans l'exécution du contrat », in Assoc. H. Capitant, *La bonne foi*, t. XLIII, Litec, 1994 ; COHEN D., « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-1904, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, 2004, Dalloz, p. 517 ; DEROUSSIN D., « La bonne foi contractuelle (droit romain-xix<sup>e</sup> siècle) : esquisse d'une évolution », in OPHÈLE C., REMY PH. (dir.), *Traditions savantes et codifications*, Faculté de droit de Poitiers, LGDJ, 2007, p. 83 ; DE FONTMICHEL M., « La bonne foi dans l'arbitrage », *RDA* févr. 2016, p. 104 ; HAUTEREAU-BOUTONNET M., « La bonne foi en droit de l'environnement », *RDA* févr. 2016, p. 75 ;

contenu substantiel de la notion de *bonne foi* en droit des contrats semble pouvoir être appréhendé assez aisément, bien qu'une tentative de définition unitaire de ses fonctions soit vaine (**A – Le contenu de la bonne foi**). En revanche, sa qualification conceptuelle (standard, principe juridique, notion-cadre) contraint le juriste à une épreuve théorique redoutable (**B – Le principe de bonne foi**). Celle-ci semble néanmoins revêtir une importance capitale pour la théorie du droit. La place de la bonne foi dans le droit des contrats, sa capacité à innover le droit positif<sup>1495</sup> doivent pouvoir être traduites dans la terminologie conceptuelle qui lui est associée. Or, standard n'est pas principe. C'est tout l'enjeu de notre étude que de trouver le juste qualificatif des notions traitées. Le concept de la bonne foi constitue, à ce titre, un exercice d'application particulièrement délicat.

## A. LE CONTENU DE LA BONNE FOI

**404. Un contenu protéiforme.** L'importance de la bonne foi transparaît dans son contenu protéiforme. Plus exactement, la bonne foi est double<sup>1496</sup> : c'est, d'une part, « *la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière* » (**1 – La bonne foi croyance sincère ou légitime**). Il s'agit ici d'*être* de bonne foi. C'est, d'autre part, une norme exigeant un comportement *a minima* normal et au mieux, loyal et coopératif<sup>1497</sup> (**2 – La bonne foi norme de comportement**). Il est ici question d'*agir* de bonne foi<sup>1498</sup>. Ses contours

---

JARROSSON C., « La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales », *in* (coll.), *L'éthique dans les relations économiques internationales, en hommage à Philippe Fouchard*, 2006, Pedone, p. 185 ; LAITHIER Y.-M., « La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi », *D.* 2015, p. 746 ; MAINGUY D., « Le contractant, personne de bonne foi ? » *in* ALBIGÈS C., NÉRON E. (dir.), *La réforme du droit des contrats*, Publications de la faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 83 ; MAYER P., « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », *in Études Pierre Lalive*, 1993, Helbing et Lichtenhahn, p. 543 ; LATINA M., « Contrats – Généralités - La bonne foi », *Rép. civ.* mai 2017, n° 151 et s. ; MEKKI M., « La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 » : Consultable sur le site de l'auteur ; PINSOLLE PH., *Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international*, *JDI* 1998. 905 ; TALLON D., *Le concept de bonne foi en droit français du contrat*, Conferenze e seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto, Rome, 1994 ; TREPOZZ E., « Bonne foi et méthode conflictuelle », *RDA* févr. 2016, p. 97.

<sup>1495</sup> LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., *art. cit.*, *Rép. civ.* janv. 2017, n° 1.

<sup>1496</sup> RANIERI V.-F., « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *RID comp.* 1998. 1055, spéc. p. 1062 et s. ; BAUDOUIN J.-L., *Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois*, *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du xx<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 29.

<sup>1497</sup> LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., *art. cit.*, *Rép. civ.* janv. 2017, n° 1.

<sup>1498</sup> FABRE-MAGAN M., *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis Droit, 2021, n° 132.



interrogent puisqu'il s'agit d'une notion polysémique par juxtaposition, c'est-à-dire que les deux acceptions de la notion n'ont que peu de rapports entre eux<sup>1499</sup>.

## 1. LA BONNE FOI CROYANCE SINCÈRE OU LÉGITIME

**405. La bonne foi passive ou l'indulgence du droit envers l'ignorance.** La première facette de la bonne foi s'analyse comme l'indulgence du droit envers un justiciable qui aurait légitimement pu croire en son bon droit, au vu des apparences, lesquelles se révèlent néanmoins trompeuses<sup>1500</sup>. Plus précisément, c'est une « *disposition de l'intelligence caractérisée par l'état d'esprit d'une personne qui croit en une certaine apparence des choses, qu'il s'agisse d'un droit subjectif ou d'une règle légale* »<sup>1501</sup>. C'est la version passive du concept de bonne foi<sup>1502</sup>. Cette première acception est largement répandue en droit des biens. La bonne foi – croyance légitime<sup>1503</sup> – vise notamment, dans cette matière, à réguler les liens sous-jacents entre détenteur précaire, possesseur et propriétaire<sup>1504</sup>.

**406. La croyance légitime en droit des contrats.** La bonne foi, synonyme de croyance légitime<sup>1505</sup> ou sincère, n'avait pas beaucoup de vigueur dans le Code de 1804. Cet aspect s'est néanmoins développé grâce à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations<sup>1506</sup>.

Par exemple, l'article 1198, alinéa 2 du Code civil dispose que : « *lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi* ». La loi octroie ainsi, grâce à la bonne foi, une préséance. Cette solution vient contrer une

---

<sup>1499</sup> BAUDOUIN J.-L., *op. cit.*, p. 29.

<sup>1500</sup> CORNU G., *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, Paris, *Les cours du droit*, 1977 n° 289 : « *Un état psychologique, une croyance ou, par revers, la connaissance d'un fait* ».

<sup>1501</sup> LYON-CAEN G., « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* p. 1946, n° 98.

<sup>1502</sup> LE TOURNEAU PH., POUMAREDE., *art. cit.*, *Rép. civ.* janv. 2017, n° 3.

<sup>1503</sup> TISSEYRE S., *th. cit.*, p. 155, n° 197.

<sup>1504</sup> MALLET-BRICOUT B., *La bonne foi en droit des biens*, *RDA* févr. 2016, p. 51

<sup>1505</sup> La bonne foi a pu être définie, en droit québécois, comme : « *la juste opinion et croyance ferme qu'a le possesseur qu'il a acquis le domaine de propriété de la chose qu'il possède ; c'est l'ignorance du droit d'autrui (...) c'est la croyance légitime (...) c'est une croyance pleine et entière de l'acquéreur dans le droit de propriété à lui transmis (...) c'est la conviction, découlant de l'ignorance de tout droit contraire* » in RODYS W., *Traité de droit civil du Québec*, t. 15, Montréal, Wilson et Lafleur, 1958.

<sup>1506</sup> Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

jurisprudence qui ne prenait plus en compte l'ignorance de bonne foi<sup>1507</sup>. La Cour de cassation avait, en effet, consacré, en matière immobilière, la condition d'ignorance de l'existence d'un premier contrat translatif de propriété par le second contractant ayant procédé aux formalités foncières<sup>1508</sup>. Or, dans un arrêt du 12 janvier 2011, elle avait abandonné cette jurisprudence, remettant ainsi en cause « *l'équilibre fondamental entre titre et possession* »<sup>1509</sup>. Cet abandon de la condition de bonne foi permettait au second contractant d'obtenir injustement la propriété d'un bien alors même qu'il connaissait l'existence d'un premier acte translatif.

Par ailleurs, la croyance légitime opère en matière de représentation. Dès lors, si un acte a été accompli par un représentant sans pouvoirs ou au-delà de ces derniers et que le tiers contractant l'ignorait, il peut en demander la nullité. C'est, en substance, ce que prévoit l'article 1156, alinéa 2 nouveau du Code civil disposant que « *lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité* ». La Cour de cassation avait déjà consacré cette solution dès 1962, estimant que « *le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs* »<sup>1510</sup>. Ainsi, la Cour avait pu juger, en revanche, que « *le mandat apparent ne peut être admis pour l'établissement d'un acte par un notaire instrumentaire avec le concours d'un confrère, les deux officiers publics étant tenus de procéder à la vérification de leurs pouvoirs respectifs* »<sup>1511</sup>.

**407.** Si la croyance légitime ou sincère trouve un écho en droit des contrats, c'est avant tout l'acception positive ou active de la bonne foi, comme norme de comportement, qui irrigue ce dernier (2).

---

<sup>1507</sup> REVET TH., « *Un revirement fâcheux : l'abandon de la condition d'ignorance, par le second contractant ayant procédé le premier aux formalités de publicité foncière, de l'existence d'un premier contrat translatif* », *RTD civ.* 2011 p. 369 ; V. également : Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 2010, n° 09-15.891, *RTD civ.* 2011. p. 369, obs. REVET TH ; Civ. 3<sup>e</sup>, 19 juin 2012, n° 11-17.105, *D.* 2013. 391, obs. AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M. ; *JCP* 2013, 302, obs. COHET-CORDEY F.

<sup>1508</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1968, Juritext000006976321 : *Bull. civ.* III, n° 129, *D.* 1968. 412, note MAZEAUD D. ; *JCP* 1968, II, 15587, note PLANCQUEEL I. ; *RTD civ.* 1968. 546, obs. BREDIN J.-D. ; Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1972, 71-11.393 : *Bull. civ.* III, n° 300.

<sup>1509</sup> REVET TH., *art. cit.*, *RTD civ.* 2011, p. 369.

<sup>1510</sup> Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569 : *Bull. AP*, n° 2.

<sup>1511</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 2013, n° 12-11.567 : *Bull. civ.* I, n° 50.

## 2. LA BONNE FOI NORME DE COMPORTEMENT

**408. La bonne foi, obligation positive.** Cette deuxième facette de la bonne foi ne concerne pas l'indulgence du législateur vis-à-vis de l'ignorance du contractant, mais au contraire, la nécessité pour ce dernier d'adopter un certain comportement<sup>1512</sup>. Au-delà des obligations contractuelles stipulées dans le contrat, le cocontractant est soumis, par la loi, à l'obligation de bonne foi comme norme de comportement positive, c'est-à-dire comme référentiel moral. Il s'agit d'une « exigence qualitative de la prestation du débiteur »<sup>1513</sup>. Un auteur a ainsi démontré que la bonne foi « impose aux parties des attitudes et des manières d'être et d'agir bien précises »<sup>1514</sup>, à savoir, notamment, « un comportement loyal et un comportement coopératif »<sup>1515</sup>. Cette seconde acception « domine »<sup>1516</sup> le droit des contrats, et ce, de façon encore plus prégnante depuis la réforme du droit des obligations qui a consacré à la bonne foi un article à part entière et étendu son champ légal d'application : « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi »<sup>1517</sup>. Cette disposition est d'autant plus importante qu'elle est « d'ordre public »<sup>1518</sup>, donc soustraite à la volonté des parties. Avant sa consécration par la réforme, la jurisprudence avait déjà construit un système complexe autour de la notion, faisant découler de cette norme de comportement quatre obligations accessoires : l'obligation d'information, l'obligation de sécurité, l'obligation de loyauté et, enfin, dans certains cas particuliers, l'obligation de coopération<sup>1519</sup>. En tout état de cause, la bonne foi oblige à une conduite honnête et loyale<sup>1520</sup> qui permet au juge de sanctionner

---

<sup>1512</sup> FAGES B., *th. cit.* ; MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295 ; JALUZOT B., *th. cit.*, p. 67, n° 240 ; JABBOUR R., *th. cit.*, p. 116, n° 129 ; TISSEYRE S., *th. cit.*, p. 43 et s.

<sup>1513</sup> LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., *art. cit.*, *Rép. civ. janv.* 2017, n° 4.

<sup>1514</sup> FAGES P., *th. cit.*, p. 300, n° 552.

<sup>1515</sup> *Ibid.*

<sup>1516</sup> LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., *art. cit.*, *Rép. civ. janv.* 2017, n° 4.

<sup>1517</sup> C. civ. art. 1104.

<sup>1518</sup> *Ibid.*

<sup>1519</sup> PICOD Y., « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2007.

<sup>1520</sup> GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 231 et s. ; AYNES L., « L'obligation de loyauté », *APD* 2000, n° 44, p. 198 ; VOUIN R., *th. cit.*, p. 89 ; LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., *art. cit.*, *Rép. civ. janv.* 2017, n° 4 ; PICOD Y., « Exécution de bonne foi des conventions », *J.-Cl. civ.* art. 1134 et 1135, 2013, n° 5 ; LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., « De la loyauté dans le contentieux administratif des contrats », *Contrats, marchés publ.* 2012, n° 2 : « l'obligation de loyauté est l'autre nom que l'on donne à l'obligation d'exécution de bonne foi des obligations contractuelles consacrée par l'article 1134 du code civil ».

le comportement déloyal par l'octroi de dommages et intérêts<sup>1521</sup>. La bonne foi représenterait, en ce sens, un instrument de promotion de la justice contractuelle<sup>1522</sup>.

**409.** Cette brève présentation du contenu substantiel de la notion de bonne foi suffit, en réalité, à nous éclairer sur sa qualification conceptuelle de principe juridique **(B)**.

## **B. LE PRINCIPE DE BONNE FOI**

**410. La bonne foi ou le casse-tête de la pluri qualification.** La bonne foi – étendue par la réforme du droit des contrats<sup>1523</sup> en ce qu'elle gouverne aujourd'hui quasiment l'ensemble de la matière contractuelle à savoir la négociation, la formation, jusqu'à l'exécution du contrat – est une notion complexe et dont la qualification juridique pose question. Un auteur a d'ailleurs relevé qu'elle « *signifie, tantôt un principe général de droit, tantôt un standard, tantôt un fait juridique* »<sup>1524</sup>. Si la plupart des auteurs utilisent instinctivement la qualification de principe pour décrire la bonne foi – « *le principe de bonne foi* »<sup>1525</sup> – cette dernière est pourtant fréquemment décrite comme le standard le plus courant et le plus typique dans les études relatives aux standards juridiques<sup>1526</sup>.

---

<sup>1521</sup> Sur le « forçage du contrat » par la notion de bonne foi, v. JOSSERAND L., « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génay*, t. 2 : *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1934, p. 333 et s.

<sup>1522</sup> LATINA M., *art. cit.*, *Rép. civ.* janv. 2017, n° 151 ; JOURDAIN P., « Rapport français », in *La bonne foi*, Trav. Assoc. Henri Capitant, Travaux Louisiana 1992, Litec, 1994, p. 122 ; Monsieur Cadiet déclarait à ce titre que « *le principe de bonne foi (offre) encore de multiples ressources au contrôle juridictionnel de la justice contractuelle* » : CADIET L., « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, pp. 177-199, spéc. p. 180, n° 2.

<sup>1523</sup> L. n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>1524</sup> KOLB R., *La bonne foi en droit international public : Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Graduate Institute Publications, 2000, p. 101 et s.

<sup>1525</sup> MALAURIE PH., AYNES L., STOFFEL-MUNCK PH., *Droit des obligations*, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p. 257 ; LEFEBVRE B., « La justice contractuelle, mythe ou réalité ? », *Les cahiers de droit*, vol. 37, n° 1, 1996, p. 19 ; MESTRE J., « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *Revue Lamy Droit civil*, n° 58, 1<sup>er</sup> mars 2009 ; AZER-ZOUARI M., *Le principe de bonne foi en droit international de l'investissement*, thèse, Carthage, 2018, p. 19 et s.

<sup>1526</sup> AL SANHOURY A., « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génay*, t. II, Paris, 1935, p. 145 ; V. également MALAURIE PH., AYNES L., STOFFEL-MUNCK PH., *op. cit.*, p. 248.

**411. Une triple acception : subjective, semi-objective, objective.** Au sens juridique, la bonne foi présente trois acceptions : un sens subjectif<sup>1527</sup> – « *la bonne foi désigne un état d'esprit consistant en une fausse représentation de faits juridiquement pertinents et qui se manifeste dans l'ignorance d'un défaut de ceux-ci au regard de la norme juridique dont l'application est réclamée* »<sup>1528</sup>, un sens semi-objectif<sup>1529</sup> – parfois le terme de bonne foi est utilisé dans un sens non technique synonymique de « *raisonnable* » ou de « *loyauté* » ; un sens objectif<sup>1530</sup> – un principe général du droit reposant sur trois aspects positifs : la cohérence, la coopération et la loyauté –. La bonne foi, au sens semi-objectif, serait un standard, alors qu'au sens objectif, il serait un principe juridique<sup>1531</sup>.

**412. La bonne foi : principe juridique.** Nul doute que la bonne foi peut être considérée, de prime abord, comme un principe juridique. La bonne foi constitue bien une directive d'ordre métajuridique, exprimant un *devoir être* et régissant un certain nombre de règles qui en découlent. Un auteur relevait à ce titre que « *la théorie des obligations préconventionnelles ; l'interdiction de priver une transaction de son objet et de son but (par exemple dans les négociations) ; la primauté de l'esprit sur la lettre dans l'interprétation ; l'obligatorité des actes juridiques unilatéraux ; la doctrine de l'acquiescement normatif ; l'estoppel ; la théorie de l'apparence ; l'interdiction de l'abus de droit ; la maxime que nul ne peut profiter de son propre tort ; la doctrine des préavis raisonnables ; l'interdiction de la perfidie dans le droit de la guerre* »<sup>1532</sup> ne sont en réalité que des concepts permettant la réalisation du principe juridique de bonne foi, et qui en découlent. Ainsi, le nouvel article 1104 du Code civil qui dispose que les « *contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* », consacre l'étendue du principe, qui, dans une certaine mesure, dirige et oriente le droit des contrats. De cette norme provient effectivement toute une série d'autres règles qui en réalisent l'application, notamment l'octroi de dommages et intérêts en cas de rupture abusive des pourparlers<sup>1533</sup>.

---

<sup>1527</sup> À noter que puisque cet aspect de la bonne foi relève des faits, il s'agit pour nous davantage d'une bonne foi objective.

<sup>1528</sup> KOLBR., *th. cit.*, p. 101 et s.

<sup>1529</sup> À noter toutefois que, dans la mesure où cet aspect de la bonne foi relève des faits, mais qu'il constitue un instrument de mesure du *devoir être*, il s'agit pour nous davantage d'une bonne foi semi-objective.

<sup>1530</sup> À noter enfin que puisque cet aspect de la bonne foi relève du *devoir être*, de la subjectivité des valeurs, il s'agit pour nous davantage d'une bonne foi subjective.

<sup>1531</sup> KOLBR., *th. cit.*, pp. 81-176.

<sup>1532</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>1533</sup> V. notamment : Com., 20 juin 2000, n° 96-16.497 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 1998, n° 95-19.199 : *Bull. civ. I*, n° 7 ; Com., 11 juill. 2000, n° 97-18.275 ; Com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, *Bull. civ. IV*, n° 208, p. 176.

Il en va de même pour l'article 1112 du Code civil<sup>1534</sup> qui dispose que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Cependant, la bonne foi est aussi, souvent, considérée comme un standard juridique<sup>1535</sup>.

#### **413. La bonne foi standard et principe : une double qualification contestable.**

La bonne foi peut donc être qualifiée de façon qui semble, à première vue, tout à fait pertinente, tour à tour de principe et de standard. N'est-ce pas tout simplement parce que la notion est à la fois un principe et un standard et que l'expression du principe de bonne foi recouvre celle du standard de bonne foi ?<sup>1536</sup> Aussi a-t-on pu estimer qu'« *une réflexion plus poussée conduirait également à se pencher sur la distinction entre le "principe" et le "standard"* »<sup>1537</sup>. La norme qui introduit la notion de bonne foi – ayant pour synonyme raisonnable ou loyal par exemple – semble ainsi reposer elle-même sur le principe de bonne foi. La sous-directive d'application du principe de bonne foi serait traduite par le standard de bonne foi lui-même. Celle-ci ne se situerait plus au niveau abstrait du concept, mais entre le concret des faits et l'abstrait du principe. Elle constituerait un « *pont jeté* »<sup>1538</sup> entre l'un et l'autre.

Nous en venons toutefois à contester cette analyse au regard de la définition du standard en tant qu'instrument de mesure. Un auteur a constaté, à ce propos, que l'« *on rencontre souvent, dans le droit, des termes non pas artificiels ou inauthentiques, mais, simplement, trop peu explicités quant à leur mode d'emploi effectif. Il en est ainsi de termes – tels que la bonne foi – dont l'application est livrée à l'appréciation du juge* ». Il poursuivait, se demandant quels sont les critères « *dont dépend la constatation de ce qu'une clause contractuelle est contraire à la bonne foi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ?* »<sup>1539</sup>. Il apparaît délicat de voir dans la bonne foi un

---

<sup>1534</sup> Modifié par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

<sup>1535</sup> V. récemment : BOFFA R., MEKKI M., « Droit des contrats », *D.* 2022, p. 310.

<sup>1536</sup> MAINGUY D., « Le contractant, personne de bonne foi ? », in ALBIGÈS C., NÉGRONE E. (dir.), *La réforme du droit des contrats et des obligations*, Publications de la faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 83 : « *la formule, souvent employée, d'obligation de bonne foi, n'a aucun sens : la bonne foi est un standard juridique sur la base duquel des obligations ou des comportements s'imposent en fonction des interprétations dégagées par le juge* ».

<sup>1537</sup> LAITHIER Y.-M., « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé » *RDC* 2013, n° 1, p. 410, spéc p. 410.

<sup>1538</sup> Reprise stylistique de l'expression de Carbonnier.

<sup>1539</sup> VISSER'T HOOFT H.-PH., « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *APD* 1972, t. XVII, *L'interprétation dans le droit*, Paris, p. 283.

véritable instrument de mesure, caractéristique pourtant essentielle du standard<sup>1540</sup>. Un contractant agit ou n'agit pas de bonne foi, tout comme il est ou n'est pas de bonne foi. Il s'agit d'un jugement de valeur porté sur les faits par le prisme d'un *devoir être* : la loyauté et l'honnêteté. La bonne foi ne constitue donc pas un instrument de mesure quantitatif, concrétisable et chiffrable permettant de mesurer un degré de loyauté ou de déloyauté. **La bonne foi est la référence, et non la mesure de cette référence.**

**414. La bonne foi : simple notion indéterminée.** Enfin, la bonne foi peut également fonctionner en tant que simple notion indéterminée sans caractères propres. D'ailleurs, certains auteurs considèrent qu'il s'agit là de l'identité même de la notion et que la bonne foi n'existerait en réalité que sous cette forme<sup>1541</sup>. Par exemple, l'article 550 du Code civil dispose que : « *le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire en vertu d'un titre translatif dont il ignore les vices* ». Ici, la bonne foi est intrinsèquement liée à la connaissance par un individu de faits particuliers. Elle ne renvoie nullement au principe juridique premier de bonne foi. Elle ne se situe plus au niveau abstrait du concept, mais au niveau concret des faits.

**415. Conclusion.** En définitive, si la bonne foi est un concept si difficile à classer juridiquement c'est parce qu'elle constitue, selon nous, un principe de la vie sociale, lequel, au même titre que *l'équité*, *le raisonnable* ou encore la *normalité*, se trouve à l'origine d'un nombre incalculable de règles juridiques. Elle ne constituerait donc, en droit des contrats spécialement, ni une simple notion indéterminée, ni un standard, ni un principe juridique<sup>1542</sup>, mais bien un concept créateur (§2).

---

<sup>1540</sup> V. *supra* n° 88 et s.

<sup>1541</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, 1980, p. 102-3 ; ZOLLER E., *La bonne foi en droit international public*, Paris, éd., A. Pedone, 1977, p. 336 et s.

<sup>1542</sup> Il ne s'agit en revanche pas de revenir sur le fait que dans certaines matières, notamment en droit des biens ou en droit du surendettement, la bonne foi constitue seulement une notion indéterminée purement factuelle, v. *supra* n° 275.

## §2. L'IDENTIFICATION D'UN CONCEPT CRÉATEUR

**416. Plan.** À la manière du raisonnable ou de la normalité, le concept de bonne foi agit, en droit des contrats, comme une force créatrice, en ce sens qu'il apparaît à la fois comme une source de normativité (**A – Une source de normativité**) et comme un fondement justificatif (**B – Un fondement justificatif**).

### A. UNE SOURCE DE NORMATIVITÉ

**417. Les fondements classiques de l'interprétation complétive et des suites du contrat.** Fort du constat qu'il fallait, pour que la finalité du contrat soit atteinte, accroître le contenu de ce dernier, encore a-t-il été nécessaire pour le juge de trouver un fondement juridique à cette interprétation complétive<sup>1543</sup>. Les deux fondements classiques qui ont permis au juge de réaliser cette interprétation sont le recours à la bonne foi (ancien art. 1134 alinéa 3 du Code civil) et à l'ancien article 1135 du Code civil<sup>1544</sup> qui disposait que « *le contrat oblige non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation d'après sa nature* » devenu l'article 1194<sup>1545</sup> à la suite de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016.

**418. La bonne foi, source de l'interprétation créatrice.** La jurisprudence a utilisé l'expression « *bonne foi* », en « *s'inspirant du sentiment de justice que suscite la référence* »<sup>1546</sup>, afin de déterminer des suites contractuelles sous la forme d'obligations accessoires, notamment de sécurité<sup>1547</sup> ou d'information envers le cocontractant. Ces obligations accessoires n'ont cessé de se répandre dans les contrats spéciaux<sup>1548</sup>. La bonne foi serait également fondatrice du devoir de loyauté et de coopération, desquels découlent d'autres devoirs. Il est possible

---

<sup>1543</sup> JACQUES PH., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 361, n° 179 et s.

<sup>1544</sup> *Ibid.*

<sup>1545</sup> C. civ. art. 1194 : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ».

<sup>1546</sup> LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., *art. cit.*, *Rép. civ.* janv. 2017, n° 73.

<sup>1547</sup> LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., *J.-Cl. civ.* art. 1136 à 1145, fasc. 30 ; HALPÉRIN J.-L., « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. pal.* 1997. 2. doctr. 1176.

<sup>1548</sup> DELEBECQUE PH., « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », *Gaz. pal.* 1997. 2. doctr. 1184.



de citer, pêle-mêle, le devoir de persévérance, de vigilance, de transparence, de fidélité, de facilitation de l'exécution du contrat, de prise en compte des intérêts du contractant voire d'ingérence<sup>1549</sup>.

La bonne foi constitue donc une directive référentielle dogmatique. Elle oriente le droit des contrats *via* les décisions jurisprudentielles qui lui sont afférentes. Elle permet de sanctionner, comme l'a récemment révélé la Cour de cassation dans un arrêt du 8 juillet 2021, « *tout comportement déloyal* » et non uniquement des manœuvres qui seraient dolosives<sup>1550</sup>. De la sorte, comme le raisonnable pour l'excessif, la bonne foi constitue un fédérateur des sanctions de la déloyauté. D'ailleurs, le contrôle, par la Cour, de l'utilisation et de la motivation de la notion de bonne foi par les juges du fond indique bien qu'il s'agit d'une notion de droit mêlée de valeurs juridiques et non pas d'une simple notion indéterminée factuelle. Aussi se détache-t-elle de la qualification de standard juridique, lequel, constitutif d'une règle factuelle, n'est pas contrôlé par la Cour de cassation. Cette dernière est ainsi venue réaffirmer l'appréciation souveraine des juges du fond du standard du « *délai raisonnable* », dans un arrêt du 5 janvier 2022<sup>1551</sup>.

**419.** La source de normativité que représente la bonne foi, et surtout l'amplitude des devoirs et des obligations qui lui sont rattachés, en font un instrument bien trop polyvalent et à la plurivocité bien trop conséquente pour constituer un dénominateur commun pertinent des standards contractuels. De la même façon, à l'image du raisonnable ou de la normalité, la bonne foi opère comme un fondement justificatif (**B**).

---

<sup>1549</sup> MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, 1990, p. 603 ; D'ailleurs, la Cour de cassation avait jugé qu'un organisme HLM devait vérifier, au regard de son devoir d'exécuter le contrat de bonne foi, que le distributeur d'énergie lui avait bien facturé les prestations fournies et, à défaut, l'en avertir : Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 1996, n° 93-21.414 : *Bull. civ. I*, n° 36, *CCC* 1996. 76, obs. LEVENEUR L. ; *D.* 1997. 571, note SOUSTELLE PH ; *RTD civ.* 1996, p. 898, obs. MESTRE J.

<sup>1550</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juill. 2021, n° 20-10.803.

<sup>1551</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv. 2022, n° 20-18.918, PB (1<sup>er</sup> moyen), *Lexbase, le Quotidien* du 13 janv. 2022, obs. MICHEL C.A ; *JCP G* 2022, 231, note MIGNOT M. ; *LEDC* févr. 2022, n° DCO200q4, obs. MOLINA L. ; *Constr.-Urb.* 2022, comm. 37, obs. SIZAIRE V. ; *D.* 2022. 501, note TISSEYRE S.

## B. UN FONDEMENT JUSTIFICATIF

**420. La bonne foi, justificatif extra juridique de la norme.** Nous l'avons déjà relevé, une norme n'est efficace que lorsqu'elle est acceptée par le justiciable<sup>1552</sup>. Or, une norme n'est acceptée par le justiciable que parce qu'elle a été édictée à partir de concepts extrajuridiques reconnus et assimilés et par la société dans son ensemble et par les individus qui la composent. Une règle fondatrice du droit ne peut donc, à l'origine, qu'être une règle sociale. Un auteur considérait à ce titre que « *la règle de l'ordre juridique (est) donc une règle de conformité sociale* »<sup>1553</sup>. Il avait d'ailleurs consacré son étude à la démonstration du fait que la règle fondatrice et légitimante du droit ne serait autre que « *l'idée sociale de bonne foi* »<sup>1554</sup>. Si la bonne foi représente une force de légitimation, c'est avant tout parce qu'elle constitue un impératif moral – synonyme d'honnêteté ou de sincérité ayant une portée altruiste –, et un concept philanthropique devenu concept juridique.

**421. La bonne foi, concept philanthropique.** L'un des « *phénomènes les plus saisissants de l'évolution contemporaine du droit des contrats* »<sup>1555</sup> est sans conteste la recherche du juste<sup>1556</sup> et de l'équité<sup>1557</sup>. Et dans cette exigence, c'est la notion de bonne foi qui occupe la première place au rang des notions philanthropiques<sup>1558</sup>, faisant de cette dernière – au moins symboliquement – un principe directeur<sup>1559</sup>. En effet, le principe de bonne foi, découvert tardivement par la jurisprudence<sup>1560</sup>, est « *venu de la nuit des temps juridiques* »<sup>1561</sup>. *La richesse de cette notion « aux limites incertaines »*<sup>1562</sup> en fait un concept contradictoire tant la

---

<sup>1552</sup> V. *supra* n° 40 et s.

<sup>1553</sup> VOLANSKY A., *th. cit.*, p. 159, n° 75.

<sup>1554</sup> *Ibid.*

<sup>1555</sup> MALAURIE PH., « Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 187.

<sup>1556</sup> VILLEY M. *Philosophie du droit*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1986, p. 50.

<sup>1557</sup> JABBOUR R., *th. cit.*, p. 1.

<sup>1558</sup> *Ibid.*

<sup>1559</sup> CHANTEPIE G., LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 31, n° 37.

<sup>1560</sup> L'article 1134, alinéa 3 du Code civil était une simple disposition annonçant l'article 1135. En effet, les articles 1134 et 1135 du Code civil dans l'esprit des rédacteurs dudit Code, n'avaient pour fonction que de marquer « *l'abandon de la catégorie romaine des contrats de droit strict, d'interprétation étroitement littérale, au profit des contrats de "bonne foi", d'interprétation plus souple* » : FLOUR, AUBERT ET SAVAUX, *Les obligations*, 16<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, p. 399, note. 2. Ces dispositions ne portaient donc pas de règles substantielles.

<sup>1561</sup> JALUZOT B., *th. cit.*, p. 31.

<sup>1562</sup> *Ibid.*

perplexité des juristes face à son essence<sup>1563</sup> jure avec l'étendue de son recours<sup>1564</sup>. Prenant, en revanche, le contrepied des auteurs qui ont consacré leurs travaux à l'étude des nombreux aspects de la bonne foi<sup>1565</sup>, un autre a conclu à la vacuité de la notion la réduisant à une idée « *dépourvue d'effets juridiques propres* »<sup>1566</sup>. Ce semblant d'inconsistance serait, à notre avis, la conséquence du caractère extrêmement général et abstrait du devoir de bonne foi. Ce sont ces caractéristiques qui lui permettent, justement, de revêtir la fonction de notion justificatrice du droit qui se trouve au cœur même de sa définition.

**422. La bonne foi, au-delà du principe.** Si la notion effraie toujours autant les juristes, et surtout les praticiens, c'est qu'elle se situe aux fondations de la définition du droit lui-même, à l'instar du raisonnable et de la normalité. Un auteur, recherchant une définition expressive du droit, avait décelé sa clé de lecture dans « *l'idée de bonne foi* »<sup>1567</sup>. Il expliquait en effet que Cicéron lui-même avait trouvé « *le fondement de la justice dans la bonne foi* »<sup>1568</sup> entendue comme « *la sincérité dans les paroles et la fidélité aux engagements* ». Plus précisément, il estimait qu'il existe une « *identité de signification* » entre la justice, la bonne foi et l'honnêteté, gravitant autour de la « *conformité morale* »<sup>1569</sup>, mais que la bonne foi pouvait seule être considérée comme fondatrice de la notion de justice<sup>1570</sup>. De fait, la justice ayant pour but « *d'assurer la société des hommes entre eux et la vie commune* » est une notion « *spécifiquement sociale* »<sup>1571</sup>. La bonne foi est elle-même une notion éminemment sociale – on est de bonne foi par rapport à autrui, et non par rapport à soi-même –. Elle peut donc constituer un fondement adéquat à la notion de justice<sup>1572</sup>. L'auteur soulevait par ailleurs que le droit est, « *dans toutes les langues (...) le symbole de l'honnêteté* »<sup>1573</sup>. L'analyse étymologique du mot « *droit* », notamment en sanscrit, confirmerait alors sa proximité avec

---

<sup>1563</sup> Madame Jabbour déclare même que : « *la quête de son essence résonne comme un perpétuel recommencement* » : JABBOUR R., *th. cit.*, p. 5.

<sup>1564</sup> *Ibid.*

<sup>1565</sup> GORPHE F., *Le Principe de la Bonne foi*, LGDJ, 1928 ; VOLANSKI A., *Essai d'une définition expressive du droit, basée sur l'idée de bonne foi*, thèse, L. Chauny et L. Quinsac, 1930.

<sup>1566</sup> VOUIN R., *th. cit.*, p. 22 et s.

<sup>1567</sup> VOLANSKY A., *th. cit.*, p. 159, n° 75.

<sup>1568</sup> *Ibid.*

<sup>1569</sup> *Ibid.*

<sup>1570</sup> Il rejoint ici les propos de Cicéron.

<sup>1571</sup> CAPITANT R., *L'illicite*, t.1, *L'impératif juridique*, 1929, p. 174, n° 1.

<sup>1572</sup> VOLANSKY A., *th. cit.*, p. 159, n° 77 et 82.

<sup>1573</sup> *Ibid.*

la notion de justice et de bonne foi, puisque le droit désigne « *un état de conformité morale* »<sup>1574</sup>. Néanmoins, cet état s'est peu à peu transformé en un « *état de conformité à des règles établies* »<sup>1575</sup>. En revanche, il ne faudrait pas en conclure que le droit aurait changé de nature, autrement dit, considérer que la conformité objective (la conformité à la règle) se serait affranchie de l'exigence morale et se serait mise à fonctionner au sein d'un système propre et totalement indépendant du terreau originel. Non, car il y a identité de racine entre « *rectus* », droit, honnête, et « *regula* » : règle ; c'est dire que la morale est l'ADN de la règle, laquelle est porteuse de son esprit et de son aspiration ; elle a donc – tout au moins jusqu'à preuve du contraire – une présomption de moralité en sa faveur, et la conformité objective en bénéficie<sup>1576</sup>. Il ajoutait que « *la conformité à la règle, ce n'est donc que la conformité morale établie d'une manière sociale, car, en cette matière, la subjectivité est de nature individuelle et l'objectivité est de nature sociale. L'état de conformité sociale, voilà donc l'état du droit* »<sup>1577</sup>. L'idée de bonne foi est la source même du droit parce qu'elle désigne « *l'état d'esprit qui conforme la conduite sociale au devoir de réciprocité* ». La notion de bonne foi, qui est le critère de la conformité sociale, est dans le même temps le « *critère ou la notion spécifique du droit* »<sup>1578</sup>. En ce sens, la bonne foi constituerait, avant tout, un concept justificatif et légitimant de la norme juridique.

## ***Conclusion Section II***

### **423. L'étude substantielle de la bonne foi, entre polysémie et protéiformité.**

L'étude substantielle de la notion de bonne foi est marquée par la pluralité de ses acceptions. L'originalité de cette polysémie se traduit par l'absence ou la fragilité des liens entre les différents sens, mise à part, sans doute, son inspiration morale très explicite ainsi introduite dans le domaine juridique. La bonne foi concerne, d'une part, un état d'être : le contractant croit en son bon droit, alors qu'il est dans l'erreur. Cette croyance erronée doit toutefois être suffisamment compréhensible, légitime, pour que le droit accorde sa protection. C'est le cas, notamment, en cas de mandat apparent en matière de

---

<sup>1574</sup> VOLANSKY A., *th. cit.*, p. 159, n° 77 et 82.

<sup>1575</sup> *Ibid.*

<sup>1576</sup> *Ibid.*, n° 86.

<sup>1577</sup> *Ibid.*

<sup>1578</sup> *Ibid.*

représentation. Il s'agit de la conception passive de la bonne foi. Elle concerne, d'autre part, une norme de comportement. La notion de bonne foi n'est plus passive, mais positive et exige du contractant qu'il fasse preuve de qualités comportementales particulières telles que la loyauté, l'honnêteté ou encore la coopération. La difficulté de l'appréhension de la bonne foi comme notion unitaire au regard de son contenu se manifeste également au regard de sa qualification.

**424. L'étude conceptuelle de la bonne foi : une triple qualification insatisfaisante.** L'étude substantielle de la bonne foi a suscité bien plus de discussions et la production de bien davantage d'écrits que l'étude de sa qualification. La difficulté de la classification de la bonne foi dans une catégorie de technique législative a pourtant été soulignée, à nouveau, lors des travaux de réformes du droit des contrats. La question qui se posait alors était celle de savoir si la bonne foi pouvait bien constituer, ou non, un principe directeur. Néanmoins, la qualification de principe général, fondamental, directeur ou de simple principe juridique n'est pas le cœur de notre préoccupation. En effet, si la bonne foi est, le plus souvent, qualifiée de principe, elle est quasiment toujours qualifiée de standard dans les études qui lui sont consacrées. À cette double qualification s'ajoute une troisième, celle de la bonne foi comme notion purement factuelle, présente essentiellement en droit des biens. Cette triple qualification présente le mérite de mettre en lumière la capacité de la bonne foi à être modelée à toutes les convenances. Tant et si bien que le contenu et le contenant de la bonne foi, en suscitant des analyses doctrinales aussi diverses que pertinentes, semblent ne pas s'adapter à ces catégories prédéterminées. La bonne foi est une notion présente et active à différents niveaux du droit parce qu'elle l'inspire depuis ses sources. Elle participe au jeu des luttes et des influences multiples qui concourent à l'élaboration du droit dont elle constitue une force créatrice. Force créatrice de normativité d'une part, et de légitimité, d'autre part.

**425. La bonne foi comme force créatrice : une source de normativité.** L'étude substantielle et conceptuelle de la bonne foi semble subsidiaire au regard de la puissance créatrice qu'elle représente. La bonne foi est utilisée avant tout comme source de complétion des législations lacunaires, ayant permis de découvrir, en droit des contrats notamment, des suites contractuelles telles que l'obligation de sécurité ou d'information. C'est une source de création donc, dans la mesure où elle assied une certaine justice morale

dans le droit par l'intermédiaire de la jurisprudence. Cette dernière a pu « découvrir », par son biais, certains devoirs, jusqu'à celui d'ingérence du cocontractant. La bonne foi, source de normativité, est également une force créatrice de légitimation.

**426. La bonne foi comme force créatrice : une source de légitimation.** Le concept de bonne foi, à l'instar de la normalité et du raisonnable, est constitutif de la norme. Bien que le processus de construction de la légalité soit particulièrement long et d'une autonomie relative, force est de constater qu'il existe des notions, proches de la légalité qui, sans y être réduites, se lient dans une relation d'interdépendance. Il existe ainsi entre la légalité, le raisonnable, la normalité et la bonne foi, un ballet incessant des unes vers les autres, créant, *in fine*, ce corpus de règles qu'est le droit. La bonne foi constitue dès lors ce concept philanthropique, au fondement de la justice, propre et nécessaire à la légitimation et à l'acceptabilité du droit par les justiciables.

**427. L'inaptitude de la bonne foi à systématiser les standards contractuels.** L'étude de la bonne foi révèle, en dernière analyse, à la fois l'amplitude et la vacuité de son contenu. Elle constitue un réceptacle métajuridique susceptible de fonder et d'expliquer les normes juridiques. Tant et si bien qu'elle représente, pour le théoricien et le praticien, une nébuleuse aussi captivante qu'hasardeuse. Le risque d'arbitraire et la source de créativité qu'elle représente rendent la bonne foi illégitime et inapte à la systématisation et à la singularisation des standards contractuels. Le standard contractuel, par essence indéterminé, nécessite un référentiel bien plus précis et directeur que la bonne foi.



## CONCLUSION

### CHAPITRE PREMIER

*« Que tout doive être raisonnable est une évidence, de la même façon que l'on concevrait mal que le contrat puisse être formé et exécuté de mauvaise foi et, plus généralement, que le droit soit aveugle à toute éthique ou morale minimale dans les affaires. Ces choses sont tellement banales qu'on peut se demander s'il fallait bien prendre la peine de les dire »<sup>1579</sup>.*

**428. Le paradoxe de l'évidence.** Choisir, pour directive commune aux standards contractuels, les concepts aussi axiomatiques que la normalité, le raisonnable ou encore la bonne foi, revient à faire du standard une notion générique. Certes, ces concepts sont à même d'expliquer ou de systématiser les standards et de les regrouper sous la lumière de leur précepte, mais ceci seulement dans la mesure où les premiers se situent au fondement du droit et où les seconds sont inclus dans des règles. Mais l'évidence ne sied pas toujours à la démonstration. La systématisation des standards ne saurait s'opérer au gré d'une généralisation excessive. Leur compréhension nécessite, en revanche, l'identification d'une directive précise *indiquant clairement la finalité de leur mesure*. Or, la bonne foi et le raisonnable sont des directives générales au contenu bien trop ample pour que l'on puisse, grâce à elle, mener à bien un exercice de définition satisfaisant. Forces créatrices davantage que principes directeurs, la bonne foi et le raisonnable font office de justificatifs universels de la norme rendant acceptable la contrainte normative pour le justiciable.

**429. La proposition de l'équilibre contractuel comme directive des standards contractuels.** Le recours aux notions de bonne foi ou de raisonnable par la jurisprudence était, avant la réforme du droit des contrats, un impératif de justice<sup>1580</sup>. En effet, « *le droit classique* »<sup>1581</sup> était dépourvu d'instruments législatifs propres à corriger l'injustice

---

<sup>1579</sup> ROUVIÈRE F., « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n° 3, p. 600, n° 4.

<sup>1580</sup> V. en plus : STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, thèse, Aix-marseille, 1999.

<sup>1581</sup> Selon l'expression du Doyen Carbonnier : CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4 : *Les obligations*, PUF, 1998, n° 78.



contractuelle. Or, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats met en exergue une « *nouvelle culture contractuelle* »<sup>1582</sup> qui consacre les pouvoirs du juge sur le rétablissement de l'équilibre contractuel en corrigeant « *les déséquilibres contractuels excessifs et abusifs qui n'ont d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire ou qu'un bouleversement des circonstances économiques* »<sup>1583</sup>. « *Ne porter de tort à personne, neminem laedere, c'est comme un axiome, venu du droit romain. Si un contractant est lésé par le contrat, il devrait pouvoir réclamer justice* »<sup>1584</sup>. C'est en ce sens qu'il convient d'effectuer une analyse approfondie du principe de l'équilibre contractuel (**Chapitre II**) dans l'optique de notre recherche du référentiel spécifique aux standards contractuels. Il représentera, de fait, le référentiel approprié à ces derniers.

---

<sup>1582</sup> MAZEAUD D., *art. cit.*, p. 603, spéc. n° 17. Cette culture de l'équilibre contractuel n'est cependant pas nouvelle : « *La philosophie de la justice contractuelle a ses racines chez Aristote* » : CARBONNIER J., *op. cit.*, n° 80.

<sup>1583</sup> MAZEAUD D., *art. cit.*, Dalloz, PUF et éd., du jurisclasser, 1999, p. 603, spéc. n° 36.

<sup>1584</sup> CARBONNIER J., *op. cit.*, n° 78.

## CHAPITRE SECOND

### LA DÉTERMINATION DU PRINCIPE D'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

---

**430. Notions d'équilibre et standards contractuels.** Si le recours à la bonne foi, à la normalité ou au raisonnable ne satisfait pas à la caractérisation du standard en droit des contrats, l'émergence dans le droit commun d'un principe d'équilibre contractuel<sup>1585</sup> met en revanche à notre disposition une nouvelle voie pour aboutir à l'objectif proposé. Le concept d'équilibre, ou « *état de ce qui est soumis à des forces qui se compensent* », « *juste proportion entre des choses opposées* »<sup>1586</sup> semble revêtir un intérêt capital en matière juridique et, plus spécifiquement, en droit des contrats. Le contrat, instrument de l'échange économique par excellence<sup>1587</sup>, a longtemps été conçu comme le fondement d'une « *coopération antagoniste* »<sup>1588</sup>. La pratique du contrat implique ainsi de faire le deuil d'un idéalisme exacerbé et d'une « *conception idyllique d'un monde sans conflit* »<sup>1589</sup>. Coopération antagoniste n'est cependant pas synonyme de domination et d'exploitation de l'autre à son unique profit<sup>1590</sup>. Entre pur solidarisme et pur individualisme-profit, protection de la partie faible et efficacité économique<sup>1591</sup>, le droit des contrats doit trouver une position juste : un équilibre.

Il existe néanmoins deux points d'achoppement. D'une part, la qualification de l'équilibre contractuel de « principe » ne va pas de soi et, d'autre part, son abstraction constitue un frein pour son application directe dans le droit positif.

Toujours est-il que le principe d'équilibre contractuel, à la fois descriptif et normatif, représenterait, selon les définitions contemporaines, « *d'un point de vue statique, l'état d'harmonie du contenu du contrat apprécié dans sa globalité et caractérisé par sa diversité* »<sup>1592</sup> ; d'un

---

<sup>1585</sup> FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, p. 140 et s., n° 195 et s. ; LEMAY P., *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014, p. 317, n° 225 et s. ; LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit des contrats*, LGDJ, Bibliothèque de Droit privé, t. 335, 2000, p. 308 et s.

<sup>1586</sup> Dictionnaire de l'académie française, 9<sup>e</sup> éd., 2005, v. « Équilibre ».

<sup>1587</sup> GHESTIN J., « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, p. 81 et s. ; V. aussi : POUGHON J.-M., *L'histoire doctrinale de l'échange et du contrat*, LGDJ, 1985.

<sup>1588</sup> *Ibid.*

<sup>1589</sup> *Ibid.*

<sup>1590</sup> BROUSSEAU E., « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises », in RAVIX J.-L. (dir.), *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, éd. CNRS, 1996, p. 23 et s.

<sup>1591</sup> Enjeux proclamés par la réforme, v. Rapport au président de la République.

<sup>1592</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 140 et s., n° 195 et s.

point de vue dynamique, « *la stabilité relative de ce même contenu caractérisé par sa fragilité* »<sup>1593</sup>. L'équilibre contractuel aurait ainsi un champ d'application restreint au contenu contractuel. Appréhendé sous l'angle du droit positif, nous considérerons que l'équilibre contractuel s'applique plutôt à deux champs distincts : le contenu contractuel – équilibre interne – et le droit des contrats – équilibre externe –.

En tout état de cause, cette notion occupait, déjà dans les années 2000, « *une place (...) considérable dans l'ordre juridique* »<sup>1594</sup>, permettant, par exemple « *de définir la notion de clause abusive ou de déterminer le champ d'application de certaines règles de droit comme en cas de révision pour imprévision* »<sup>1595</sup>. La systématisation des standards contractuels sous l'égide du principe d'équilibre contractuel tendra donc à favoriser une meilleure compréhension de la notion en évitant l'ajout d'une strate supplémentaire au millefeuille de ses attributions et de ses caractéristiques. L'utilisation de la notion d'équilibre, d'ores et déjà largement pratiquée dans le droit positif<sup>1596</sup>, ne ferait dès lors que prêter « *main-forte* »<sup>1597</sup> à une réalité émergente<sup>1598</sup>.

**431. Retour sur la notion de sous-directive dépendante et référée, fondement du rapport d'application.** Nous avons<sup>1599</sup> défini le standard juridique en considération de sa relation de complémentarité et du rapport d'application qu'il entretient avec des notions qui lui sont proches, mais auxquelles il ne peut être assimilé : le principe et la notion-cadre. Nous avons établi, dans cette optique, l'existence d'une pyramide statique de référence : le principe juridique forme le référentiel extérieur indispensable à la caractérisation du standard juridique. Ce dernier a dû, dès lors, être entendu comme une technique législative de mesure des faits, c'est-à-dire de l'*être*. Parce qu'il se réfère aux valeurs extrajuridiques

---

<sup>1593</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 140 et s., n° 195 et s.

<sup>1594</sup> *Ibid.*

<sup>1595</sup> *Ibid.*

<sup>1596</sup> Notamment au travers des expressions employées par la Cour de cassation telles que « *équilibre général du contrat* » : Com. 7 juin 2016, n° 14-17.978: JurisData n° 2016-011198, *D.* 2016. 2042, note BAUGARD D., BORGA N. ; *Ibid.* 2365, obs. HALLOUIN J.-C., LAMAZEROLLES E., RABREAU A. ; *Ibid.* 2017. 375, obs. MEKKI M. ; *AJCA* 2016. 391, obs. COUPET C. ; *Sociétés* 2017. p. 85, note MARJAULT Y. ; *RTD civ.* 2016, p. 614, obs. BARBIER H.

<sup>1597</sup> Selon l'expression de Madame LE GAC-PECH, « *Bâtir un droit des contractants vulnérables* », *RTD civ.* 2014, p. 581.

<sup>1598</sup> L'équilibre contractuel étant devenu, « *ces dernières années, (...) une préoccupation centrale du droit des contrats* », in BARBIER H., « *De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège des contreparties en tous genres* », *RTD civ.* 2018, p. 102.

<sup>1599</sup> V. *supra* n° 173 et s.

contenues dans ces référentiels extérieurs, leur *devoir-être*, il constitue une sous-directive **référée**. Par ailleurs, puisqu'il est dénué de matérialité *per se*, nous avons démontré qu'il puise son contenu, en termes de *devoir être*, dans le principe qu'il applique. En cela, il est une sous-directive **dépendante**. Cette relation de référence et de dépendance est, en ce sens, constitutive d'une relation de complémentarité, c'est-à-dire d'**interdépendance** entre le standard juridique et le principe juridique. Le standard juridique représente, à ce titre, une technique législative d'application et de conciliation des directives supérieures. Cette redéfinition du standard juridique et des notions qui l'accompagnent, appliquée à notre présent propos, ouvre la voie d'une redéfinition à la fois du principe d'équilibre contractuel et des standards du droit des contrats qui lui sont afférents. Appréhender l'interdépendance des standards contractuels et du principe d'équilibre contractuel implique, d'abord, de déterminer les contours de ce référentiel, dans l'abstrait, par le biais de ses origines et de sa finalité.

**432. Origines et finalité de l'équilibre contractuel.** Le principe juridique, conçu comme une norme première et originaire, ne devrait, théoriquement, pas être défini par déduction des règles secondaires. Le principe d'équilibre contractuel présente donc, *a priori*, une relative indépendance vis-à-vis des standards qui l'appliquent. Une tentative de définition du principe d'équilibre contractuel, dans l'abstrait, paraît, dès lors, concevable, tant en considération de son origine que de sa finalité. Si certains auteurs ont pu fonder le principe d'équilibre contractuel sur la *bonne foi*, le recours à la *justice contractuelle* paraît bien plus légitime. La bonne foi commanderait effectivement, pour appliquer l'équilibre contractuel, qu'un manquement à son exigence soit rapporté, c'est-à-dire, notamment, une violation des obligations de sécurité ou un comportement déloyal ou abusif. Or, cette vision de l'équilibre contractuel restreint inutilement son application à une intention malhonnête.

**433. Plan.** La justice contractuelle constitue, dans cette perspective, un fondement *probable* de l'équilibre contractuel qu'il convient d'appréhender (**Section I**). Cependant, l'étude de l'origine de l'équilibre contractuel ne permettra pas de le déterminer de façon satisfaisante puisque ce dernier constitue, avant tout, un principe finaliste. L'équilibre contractuel a pour objet la sanction des déséquilibres patents. La portée de

l'équilibre contractuel pourra ainsi être mise en évidence par le recours à une autre notion, l'harmonie, entendue comme la finalité *probante* de l'équilibre contractuel (**Section II**).

**SECTION I** – La justice contractuelle, fondement probable.

**SECTION II** – L'harmonie contractuelle, finalité probante.

## SECTION I

### LA JUSTICE CONTRACTUELLE, FONDEMENT PROBABLE

**434. Le renouvellement de la philosophie traditionnelle du contrat.** La réflexion autour de la justice contractuelle et de ses implications a connu un renouveau certain après l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations<sup>1600</sup>. Le rapport au Président de la République faisait clairement état de la nécessité, pour le droit commun, de protéger la partie faible au contrat<sup>1601</sup>. L'intégration dans le Code civil de mécanismes protecteurs issus des droits spéciaux, tels que les clauses abusives et le contrat d'adhésion aux articles 1171 et 1110 du Code civil, traduisait sans doute cette volonté. Portalis revendiquait déjà avec force cet impératif dans son discours, lorsqu'il déclarait qu'il « *faut de la bonne foi, de la réciprocité et de l'égalité dans les contrats* »<sup>1602</sup>. Il est donc sans doute faux de penser que les rédacteurs du Code civil de 1804 avaient ignoré le principe d'équilibre contractuel<sup>1603</sup>. Simplement, ceux-ci n'en avaient consacré qu'une vision subjective<sup>1604</sup> par le biais de la commutativité subjective des engagements, fondée sur l'ancien article 1104 du Code civil<sup>1605</sup>. La réforme du droit des contrats réalise, toutefois, un renouvellement de cette philosophie traditionnelle. L'édiction de règles visant à autoriser une correction du contrat en dépit de la volonté des parties incarnerait, peut-être, l'émergence d'un certain équilibre objectif du contrat<sup>1606</sup>. En tout état de cause, la justice contractuelle est à l'origine

---

<sup>1600</sup> PENIN O., « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », CCC, n° 8-9, Août 2017, étude 9, n° 1.

<sup>1601</sup> Rapp. au Président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO, 11 févr. 2016.

<sup>1602</sup> PORTALIS J.-E.-M., « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviôse an IX », in *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, d'après le facsimilé de l'édition de Paris : Joubert, 1844, éd. du Juris Classeur 2004.

<sup>1603</sup> D'ailleurs Monsieur Molfessis relevait que la liberté contractuelle est garante de la justice contractuelle : MOLFESSIS N., « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », Dossier : « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », in *Colloque organisé par le CEDAG, Paris V, Petites affiches* n° 117, 30 sept. 1998, n° spécial, p. 21 s. spéc. n° 2 : « *Loi de desservir la justice et le respect de la proportionnalité, la liberté contractuelle et avec elle la force obligatoire du contrat, en seront bien les meilleurs garants* » ; PENIN O., « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », CCC n° 8-9, août 2017, étude 9, n° 1.

<sup>1604</sup> *Ibid.*

<sup>1605</sup> PENIN O., *art. cit.*, CCC n° 8-9, août 2017, étude 9, n° 1.

<sup>1606</sup> Monsieur Mazeaud témoignait déjà de ce nouvel ordre contractuel, MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, n° 1, pp. 295-322, spéc. p. 325 : « *Chimère purement doctrinale, diagnostic manifestement partisan, regard excessivement partiel, on imagine d'ores et déjà les réactions que susciteront l'affirmation et la promotion d'un nouvel ordre contractuel... Pourtant, si l'on essaie de dresser le bilan de l'évolution du droit des contrats depuis une trentaine d'années, il apparaît que la matière a fait l'objet d'une mutation progressive, profonde et irréversible, à tel point*

de l'équilibre contractuel (§1 – **L'origine de l'équilibre contractuel**) qui se présente, depuis la réforme, comme un principe émergent du droit des contrats (§2 – **L'émergence d'un principe**).

## §1. L'ORIGINE DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

**435. Principes premier et subséquent.** Le mouvement de justice contractuelle qui aurait irrigué le droit des contrats à partir du XX<sup>e</sup> siècle serait à l'origine du principe d'équilibre contractuel. Ce mouvement implique la détermination de la justice contractuelle comme principe premier (**A – Le principe premier de justice contractuelle**), fondant un principe subséquent, celui de l'équilibre contractuel (**B – Le principe subséquent d'équilibre contractuel**).

### A. LE PRINCIPE PREMIER DE JUSTICE CONTRACTUELLE

**436. Qui dit contractuel dit juste ?** Selon la formule d'Alfred Fouillée, « *qui dit contractuel dit juste* »<sup>1607</sup>. Les parties sont ainsi considérées comme les mieux à même de faire respecter leurs intérêts<sup>1608</sup>. Le contrat, en 1804, était envisagé comme reposant uniquement sur la rencontre des consentements, autrement dit sur « *l'autonomie de la volonté* » kantienne<sup>1609</sup>. Les contractants étaient donc réputés être et demeurer, sur un pied d'égalité<sup>1610</sup>. Ils n'étaient donc susceptibles que d'instaurer des relations contractuelles équilibrées<sup>1611</sup>. Cet équilibre était, *a fortiori*, gravé dans le marbre par le principe de *force*

---

*qu'il n'est donc pas outrancier de prétendre que s'est édifié un nouvel ordre contractuel dont, avant d'exposer, sans souci d'exhaustivité, les principales manifestations, il importe de recenser les causes* ».

<sup>1607</sup> FOUILLÉE A., *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880, p. 410 ; V. également : GHESTIN J., « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p. 1.

<sup>1608</sup> AUBERT J.-L., DUTILLEUL F., *Le contrat, droit des obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017, p. 81 : « Les sujets sont irréfragablement présumés égaux en droits et en pouvoirs ».

<sup>1609</sup> KANT E., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, p. 128 ; Sur ce point, v. également : FABRE-MAGNAN M., *Le droit des contrats*, PUF, « Que sais-je ? », Paris, 2018, p. 103 et s. ; CHÉNEDÉ F., *De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité*, Droit et philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey, Dalloz, 2012, 4, p. 160.

<sup>1610</sup> V. notamment, ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis droit, 2013, p. 416 et s. ; RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Série Sciences historiques, n° 12, PUF, 1980, p. 44 et s.

<sup>1611</sup> Aristote indique sans ambiguïté que c'est aux parties de déterminer ce qui est juste dans leur relation car : « *il n'est pas possible, de subir l'injustice volontairement* » : ARISTOTE., *Éthique à Nicomaque*, trad. TRICOT J., Paris, Vrin, 1997, vol. 12, cité également par : CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 171.

*obligatoire* qui commande que le contrat, *intangibile*, ne puisse être modifié unilatéralement et que le juge doive se borner à la police du contrat<sup>1612</sup>.

**437. Détournement de la maxime.** Toujours est-il que le XX<sup>e</sup> siècle a dévoilé du monde un autre visage : le développement d'une économie de masse, l'avènement de la mondialisation, de la globalisation<sup>1613</sup> et, par là même, l'intensification des relations déséquilibrées. Sont apparues, dès lors, de fortes asymétries de pouvoir, d'information et de moyens<sup>1614</sup>. C'est dans ce contexte que la question de la justice contractuelle<sup>1615</sup> s'est posée. Or, le droit des contrats, tel qu'il était construit, ne permettait pas – ou seulement de façon détournée grâce à la jurisprudence<sup>1616</sup> – de restaurer l'équilibre économique et l'équilibre de pouvoirs entre les parties. La raison de cette lacune résidait notamment dans le fait que la maxime d'Alfred Fouillée, porte-drapeau de la doctrine de l'autonomie de la volonté juridique, avait été dévoyée<sup>1617</sup>. En effet, selon l'auteur lui-même, un contrat n'était pas forcément juste parce qu'il était *contrat*, encore fallait-il que ce dernier ait été conclu dans des circonstances qui lui permettaient de l'être<sup>1618</sup>.

**438. L'édiction de normes protectrices hors du droit commun des contrats.** En tous cas, le législateur, placé devant l'impératif de corriger ces inégalités flagrantes, avait, dans un premier temps, privilégié la mise au point d'un mécanisme de protection par le

---

<sup>1612</sup> Sur le principe de force obligatoire v. MALAURIE P., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK PH., *Droit des obligations*, 11<sup>e</sup> éd., 2020, p. 252, n° 451 et s.

<sup>1613</sup> V. notamment : BROUSSEAU R., *L'économie des contrats, technologie de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993 ; LITTY O., *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésions usuels*, Paris, LGDJ, 1999.

<sup>1614</sup> Ce constat était d'ailleurs déjà fait par Portalis au moment de la rédaction du *Code civil*, Loqué, t. XIV, p. 69.

<sup>1615</sup> CHAZAL J.-P., « Justice contractuelle », *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1 et s.

<sup>1616</sup> La jurisprudence a pu, par exemple, développer des obligations de sécurité, d'information, de conseil, de déconseil sur le fondement de la Bonne foi : FABRE MAGNAN M., *op. cit.*, p. 103 et s.

<sup>1617</sup> CADIET L., « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XX<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, pp. 177-199, spéc. p. 178.

<sup>1618</sup> Monsieur Spitz révèle à cet égard qu'« il faudrait donc établir qu'ils sont conclus dans un contexte qui possède les caractéristiques nécessaires pour que l'on puisse considérer les contrats qui y sont passés comme légitimes, et en particulier que les différents contractants y disposent de pouvoirs de négociation au moins relativement équivalents. En d'autres termes, il faut avoir démontré le caractère équitable du contexte avant de pouvoir démontrer le caractère équitable des contrats qui y sont conclus, en sorte que les relations entre les contractants ne sont pas équitables parce qu'elles sont volontaires, mais qu'elles sont volontaires - ou libres, ou consenties - donc justes, parce qu'elles sont équitables : c'est parce que les partenaires étaient placés dans un contexte équitable que l'on est en droit de considérer que les accords qu'ils ont passés sont d'authentiques contrats, qu'ils sont authentiquement voulus et qu'ils préservent leur liberté » : SPITZ J.-F., « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007, p. 281.



moyen d'une législation spéciale<sup>1619</sup>, ayant généralement pour vocation d'assister une catégorie de personnes<sup>1620</sup>. Instaurer une protection intégrée au droit commun des contrats aurait ainsi supposé, de la même façon, une « *référence à la qualité de cocontractant* »<sup>1621</sup>. Il se serait agi de soutenir et de rectifier, à la fois la faiblesse inhérente au cocontractant – sa vulnérabilité – et celle relative aux cocontractants – l'avantage économique d'un contractant sur l'autre –<sup>1622</sup>. Cependant, la mise en place d'un tel droit commun n'était pas sans soulever des difficultés structurelles et axiologiques, notamment celle de l'articulation de ce dernier avec les législations spéciales comme le droit de la consommation ou encore le droit commercial. Malgré ces obstacles, l'ordonnance du 10 février 2016 a renforcé, au sein du droit commun des contrats, la protection des parties faibles au travers de multiples dispositions qui semblent tendre vers une forme de promotion de la justice contractuelle<sup>1623</sup>. Or, la nécessité d'une consécration de la justice contractuelle constitue, pour certains, et ce depuis longtemps, une évidence. Il y a déjà près de dix ans, un auteur s'interrogeait en ce sens : « *est-ce parce qu'il est trop évident que le principe de justice n'est jamais affirmé par les juristes ? On aimerait le penser. Mais puisque ce qui va sans dire va mieux en le disant, le principe de justice contractuelle pourrait opportunément être un principe directeur du droit des contrats (...)* »<sup>1624</sup>. Une telle inclusion avait d'ailleurs déjà été réalisée par l'Allemagne dans « *une interprétation renouvelée du principe de liberté contractuelle* »<sup>1625</sup>. Bien que non consacrée textuellement dans les codes, en France, la justice contractuelle pourrait trouver un fondement explicatif au sein de deux théories principales.

---

<sup>1619</sup> AUBERT J.-L., DUTILLEUL F., *op. cit.*, p. 81 « *L'égalité effective des contractants n'est pas posée - est-ce concevable ? - en exigence fondamentale du contrat. Ordinairement, les contractants nouent leurs relations en vertu d'une égalité théorique, sans que l'on se soucie, dès lors que les conditions légales de la formation du contrat sont satisfaites, des déséquilibres que les talents de l'un ou les faiblesses de l'autre ont pu engendrer* ». C'est pourquoi, la législation consumériste est venue forcer le rééquilibrage du contrat ; TALLON D., « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223 ; v. également CHASSAGNARD-PINET S., « La protection de la partie faible dans le nouveau droit des contrats français », in CHANTEPIE G. (dir.), LATINA M. (dir.), OHSAWA A. (dir.), *Le renouveau du droit des obligations : perspectives franco-japonaises*, L'Harmattan, pp. 55-76.

<sup>1620</sup> Par exemple, le consommateur avec le Code de la consommation promulgué en 1993.

<sup>1621</sup> NOBLOT C., *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ, 2002, n° 22 ; LE GAC-PECH S., *art. cit.*, *RTD civ.* 2014, p. 581 ; TALLON D., *art. cit.*, *RTD civ.* 1994, p. 223.

<sup>1622</sup> GONTAINE M., « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels », in GHESTIN J., FONTAINE M. (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, n° 2.

<sup>1623</sup> Dans le même sens : FABRE-MAGNAN M., « Un projet à refaire », *RDC* 2016, n° 04, p. 782.

<sup>1624</sup> FABRE-MAGNAN M., « Avantages et inconvénients des principes directeurs », *RDC* 2012, n° 04, pp. 441 - 430.

<sup>1625</sup> *Ibid.*, Aussi : CHEREDNYCHENKO O., *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party, Études juridiques européennes*, vol. 5, 2007, p. 27.

**439. À l'origine du mouvement de justice contractuelle : l'équité et le solidarisme.** Il se dégage du paysage juridique français deux principales théories de la justice contractuelle : l'équité, d'une part et le solidarisme, d'autre part. Nonobstant leurs différences, les deux théories impliquent l'intervention du juge pour rétablir la justice dans le contrat. Dans cette perspective, le juge ne saurait plus être « *le spectateur passif de la querelle contractuelle* »<sup>1626</sup>. Il se fait alors « *l'artisan de la justice contractuelle* », mission qui lui octroie un pouvoir d'intervention, comme si, « *de tiers, le juge devenait partie au contrat* »<sup>1627</sup>.

L'équité, entendue comme un juste milieu, emporte l'exigence, au sein d'un contrat, qu'une partie doive recevoir l'équivalent de ce qu'elle a donné<sup>1628</sup>. Or, dans cette vision, le juste, c'est bien l'égal. Cette équité aristotélicienne a été reprise par des auteurs jusnaturalistes comme Domat, Pothier, Pufendorf ou encore Grotius. De même, Portalis déclarait dans son *Discours préliminaire* sur le projet du Code civil que « *la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* »<sup>1629</sup>.

Le solidarisme, doctrine développée en partie à l'encontre du dogme de l'autonomie de la volonté, exige de faire « *prévaloir, dans le droit des contrats, le collectif sur l'individuel, la coopération sociale sur l'égoïsme particulier, la solidarité sur la liberté* »<sup>1630</sup>. Ainsi, selon Demogue, le contrat ne représenterait plus un simple outil d'échange économique mais se constituerait avant tout comme « *une petite société, un microcosme, où chacun doit travailler dans un but commun* »<sup>1631</sup>. Le solidarisme nourrit des exigences morales plus marquées que celles que réclame l'équité dans la mesure où plus qu'une sanction des déséquilibres et des abus, cette école prône la coopération fraternelle et l'amitié entre cocontractants<sup>1632</sup>.

**440. Les deux niveaux d'appréciation positive de la justice contractuelle.** Aujourd'hui, si une grande partie de la doctrine s'accorde sur l'existence et la croissance d'une certaine justice contractuelle en droit des contrats, les avis divergent à propos de

---

<sup>1626</sup> CADIET L., « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 42.

<sup>1627</sup> *Ibid.*

<sup>1628</sup> CHAZAL J.-P., « Justice contractuelle », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1 et s. ; GHESTIN J., *Traité de droit civil, Les obligations, La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, p. 228, n° 253 et s.

<sup>1629</sup> *Ibid.*, p. 1 et s.

<sup>1630</sup> CHAZAL J.-P., *art. cit.*, p. 1 et s.

<sup>1631</sup> DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. 6, A. Rousseau, Paris, 1932, p. 3.

<sup>1632</sup> LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges en l'honneur de Pierre Didier, Economica*, 2008, p. 264 : « *Personne ne soutient plus que le contrat serait une rencontre d'individus égaux et désincarnés, laquelle conduirait nécessairement à l'équilibre* ».

l'intensité avec laquelle il faudrait l'intégrer. Partant du constat que la jurisprudence faisait peser sur les contractants, et surtout sur la partie la plus forte, de nouveaux devoirs<sup>1633</sup>, par exemple l'obligation de renégociation contractuelle<sup>1634</sup>, une partie de la doctrine a entendu faire prévaloir le souci de justice contractuelle sur celui de la liberté. Si cette vision morale du contrat a pu être à l'origine de certaines dispositions consacrées par le législateur, c'est une conception plus circonspecte, voire plus réaliste, de la justice contractuelle qui a été promue par la réforme du droit des contrats. Ainsi « *parler d'amour, d'amitié ou de fraternité à propos des rapports contractuels, c'est, d'une part, galvauder des sentiments nobles et élevés et, d'autre part, se méprendre sur la nature réelle des liens qui se nouent entre contractants. Comment ne pas voir que contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire des affaires* »<sup>1635</sup>. Le contrat, instrument essentiel de l'échange économique, ne peut donc pas, sans contradiction, s'analyser seulement comme un instrument social : le contrat reste le creuset d'intérêts antagonistes qu'il convient de canaliser pour aboutir à une finalité commune. Quelle que soit la position adoptée, la justice contractuelle représente une réalité positive et peut recouvrir quatre acceptions.

**441. La quadruple acception du principe de justice contractuelle.** La justice contractuelle véhicule, à n'en pas douter, des valeurs morales et sociales lorsqu'elle incite à la loyauté, à l'honnêteté, à la coopération<sup>1636</sup> (1). Elle est porteuse, ensuite, d'idées comme l'égalité dans l'échange, la sauvegarde de l'équivalence objective des prestations et se fait alors justice commutative ou corrective<sup>1637</sup> (2), système créé par Aristote afin de réguler les échanges entre les individus de manière conforme au principe d'égalité arithmétique<sup>1638</sup>. La justice contractuelle peut recouvrir, en outre, la notion de justice distributive<sup>1639</sup> (3), qui, à l'inverse de la justice commutative, repose sur la proportionnalité,

---

<sup>1633</sup> CHAZAL J.-P., « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN C., MAZEAUD D., (dir), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 121.

<sup>1634</sup> AYNÈS L., « Le devoir de renégocier », *RJ com.* 1999, n° spéc., p. 11

<sup>1635</sup> CHAZAL J.-P., *art. cit.*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 121.

<sup>1636</sup> SMORTO G., *art. cit.*, *RIDC* 2008, vol. 60, n° 3, p. 587.

<sup>1637</sup> FINNIS J.-M., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, cité in SMORTO G., *art. cit.*, *RIDC* 2008, vol. 60, n° 3, p. 587.

<sup>1638</sup> ARISTOTE., *op. cit.*, vol. 1132b, pp. 13-21 ; vol. 1133a, p. 25 et s.

<sup>1639</sup> SMORTO G., *art. cit.*, *RIDC* 2008, vol. 60, n° 3, p. 586.

ou l'égalité géométrique<sup>1640</sup>. La notion de justice contractuelle est, enfin, liée à la notion d'efficacité (4). De fait, si la justice et l'efficacité sont souvent opposées dans la mesure où elles reflètent des ambitions parfois divergentes, force est de constater qu'un contrat juste est aussi un contrat efficace. L'utilitarisme fait de l'efficacité le but ultime d'un système<sup>1641</sup>. Alors, en ce sens, « *la correction des échecs de marché n'est autre que la réponse en termes de justice contractuelle d'une certaine vision de l'utilitarisme* »<sup>1642</sup>.

**442.** L'étude des origines et de la définition de la justice contractuelle était nécessaire à notre objet : l'analyse de l'équilibre contractuel. En effet, l'équilibre contractuel apparaît comme l'un des principes subséquents de la justice contractuelle. La justice contractuelle serait au fondement de l'équilibre et celui-ci, à son tour, ferait office de directive et de fondement à certaines normes contractuelles (**B**).

## **B. LE PRINCIPE SUBSÉQUENT D'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL**

**443. L'équilibre contractuel et la justice commutative.** Une partie de la doctrine a fondé l'équilibre contractuel sur la justice contractuelle entendue comme justice commutative<sup>1643</sup>. La justice commutative, qui constitue l'une des acceptions de la justice contractuelle, a, en effet, pour finalité de « *préserver les motifs initiaux de l'échange* »<sup>1644</sup>, autrement dit, l'équilibre contractuel<sup>1645</sup>. La justice commutative suppose alors que le contrat ne « *détruit (pas) l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines* »<sup>1646</sup>. De fait, ce dernier est d'abord conçu comme l'instrument de protection des contractants vis-à-vis

---

<sup>1640</sup> C'est, selon Aristote : « *la première espèce de la justice particulière qui s'exerce dans la distribution des honneurs ou des richesses ou des autres avantages qui peuvent être répartis entre les membres d'une communauté politique* » : ARISTOTE., *Politique*, Livre III, IX, 1280 a 16 - 22 ; Livre III, XII, 1282 b 24 - 34.

<sup>1641</sup> Voir sur ce point la théorie de l'analyse économique du droit, ou Law and economics : COASE R., « The problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, vol. 3, n° 1, 1961 ; CALABRESI G., « Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », *Yale Law Journal*, vol. 70, n° 4, 1961, p. 499 et s. ; POSNER R., *The Economics of Justice*, 1983 ; MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Paris/Montréal, Dalloz Sirey, éd. Thémis, 2008, pp. 14-17.

<sup>1642</sup> SMORTO G., *art.cit. RIDC* vol. 60, n° 3, 2008, p. 586.

<sup>1643</sup> THIEBERGE C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 380, n° 29.

<sup>1644</sup> *Ibid.*

<sup>1645</sup> CADIET L., « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, pp. 177-199, spéc p. 180.

<sup>1646</sup> GHESTIN G., *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, n° 253.

de « *modifications injustifiées* » du contrat<sup>1647</sup>. L'équilibre contractuel aurait ainsi pour objectif premier de rétablir la cohérence initiale et interne du contrat. De la sorte, l'équilibre contractuel se réduirait à un contrôle externe des motifs du contrat<sup>1648</sup>. En tout état de cause, issu de la justice commutative, l'équilibre contractuel se substituerait, dans le débat positif, aux principes anciens du droit canonique tels que « *l'équivalence des prestations* » ou encore la théorie romaine de Dioclétien du « *juste prix* » introduisant la *laesio enormis*<sup>1649</sup>.

**444. De la justice commutative à la justice contractuelle.** Néanmoins, l'équilibre contractuel, en droit positif, se détache d'une vision égalitariste de la justice commutative. L'équilibre contractuel se rapproche davantage de la justice contractuelle aristotélicienne conçue comme le juste milieu<sup>1650</sup>. C'est un fondement bien plus adapté à la société et aux forces contradictoires sur lesquelles repose le droit des contrats du XXI<sup>e</sup> siècle. Cette justice contractuelle ne fait pas fi des nécessités économiques ainsi que de l'impossibilité de parvenir à une égalité absolue des prestations. Elle a dès lors pu être définie comme « *le fondement permettant de garantir un juste milieu entre des intérêts opposés* »<sup>1651</sup>. Cette acception de la justice contractuelle, plus souple, constitue un fondement satisfaisant de l'équilibre contractuel.

**445. La justice contractuelle, fondement d'un équilibre contractuel diversifié.** L'équilibre contractuel, nous le verrons<sup>1652</sup>, a pour champ d'application premier le contenu contractuel<sup>1653</sup>. Or, celui-ci peut être extrêmement diversifié. C'est pourquoi l'équilibre contractuel doit reposer sur un fondement suffisamment souple et large afin de sanctionner les déséquilibres les plus patents, quelle que soit leur origine. Par ailleurs, cette acception de la justice contractuelle offre à l'équilibre contractuel une assise plus objective dans la mesure où elle oriente le contrôle non pas sur les parties, mais sur la valeur du patrimoine<sup>1654</sup>. L'équilibre contractuel fait le lien entre l'idée directrice de la théorie

---

<sup>1647</sup> GHESTIN G., *op. cit.*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, n° 253.

<sup>1648</sup> *Ibid.*

<sup>1649</sup> DIOCLÉTIEN, *Constitution*, CJ, 4. 44.2 et 8.

<sup>1650</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 444, n° 628.

<sup>1651</sup> *Ibid.*

<sup>1652</sup> *Ibid.*, n° 629.

<sup>1653</sup> L'équilibre contractuel a deux champs d'application, le contenu contractuel (équilibre interne) et le droit contractuel (équilibre externe). Sur ces points, v. *infra* n° 495 et s.

<sup>1654</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 444, n° 629.

générale du contrat et le droit contractuel positif<sup>1655</sup>, gagnant ainsi « *en légitimité théorique* »<sup>1656</sup>.

**446. L'équilibre contractuel et la partie faible au contrat.** Au-delà de ces considérations, la notion d'équilibre contractuel, davantage que celle de justice, est appelée en renfort de la compréhension des mécanismes de protection de la partie faible : rééquilibrer le contrat c'est, avant toute chose, rééquilibrer une relation asymétrique entre les contractants<sup>1657</sup>. Bien loin de l'idée selon laquelle les contractants seraient seuls maîtres de leurs intérêts, plusieurs voix s'élèvent pour une systématisation et une intégration de l'équilibre contractuel au sein du droit commun des contrats<sup>1658</sup>. De fait, placer au même plan l'équilibre contractuel et la force obligatoire n'aboutirait pas à des excès, mais au contraire, à une correction définitive du dogme de l'autonomie de la volonté, laquelle, en dépit de ses lettres de noblesse philosophiques, a fait l'objet de vives critiques<sup>1659</sup>.

**447.** La fraction de la doctrine appelant de ses vœux un droit plus juste et plus social a eu gain de cause. Si le droit des contrats, nouvelle mouture, peut ressembler à celui qu'il a toujours été, les bouleversements engendrés par certaines dispositions nouvelles forcent à y voir un changement de paradigme. L'équilibre contractuel peut désormais être considéré comme un principe émergent du droit des contrats<sup>1660</sup> (§2).

---

<sup>1655</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 445, n° 630.

<sup>1656</sup> *Ibid.*

<sup>1657</sup> La chancellerie a ainsi affirmé son désir de : « *renforcer la protection de la partie faible* » : LE GAC-PECH S., « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? » *LPA* 2015, n° 191, p. 4.

<sup>1658</sup> LE GAC-PECH S., *art. cit.*, *LPA* 2015, n° 191, p. 4.

<sup>1659</sup> À propos des trois arrêts de la chambre sociale du 10 juillet 2002 concernant l'absence de contrepartie d'une clause de non-concurrence, ns° 00-45135, 00-45387, 99-43334, Madame Rochfeld déclarait que « *bien plus qu'une simple contamination par les droits de l'homme ou par des formules européennes, la fondamentalisation du droit des contrats privés, à l'œuvre dans les décisions présentes, marquerait alors un certain abandon de la conception libérale du contrat, là où elle est niée par les situations de fait, ainsi que la considération de ce qu'il peut être : un lieu de soumission et de pouvoir. Il n'en demeure pas moins que le droit civil des contrats reste applicable... et que de nouveaux conflits, ceux des deux approches concurrentes, sont à même d'émerger* » : ROCHFELD J., « Contrat et libertés fondamentales », *RDC* 2003, n° 1, pp. 17-26, spéc. p. 26.

<sup>1660</sup> En ce sens : LEMAY P., *th. cit.*, p. 317, n° 225 et s. ; LE GAC-PECH S., *th. cit.*, p. 308 et s.

## §2. L'ÉMERGENCE D'UN PRINCIPE

**448. Le principe de non-sanction de la lésion.** Si les notions de justice contractuelle et d'équilibre contractuel sont de plus en plus employées par la Cour de cassation pour approuver l'argumentaire des juges du fond<sup>1661</sup>, il pouvait apparaître délicat, à première vue, d'élever l'équilibre contractuel au rang de principe. Le nouvel article 1168 du Code civil indique, en effet, que « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Le législateur a donc entendu maintenir l'absence de sanction de la lésion<sup>1662</sup>. De même, l'ancien article 1118 du Code civil disposait que « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section* ». Dans la majeure partie des cas<sup>1663</sup>, la liberté contractuelle implique que c'est aux parties « *de décider de l'équilibre de l'échange auquel elles veulent procéder* »<sup>1664</sup>. Toujours est-il que la réforme du droit des contrats<sup>1665</sup> opère une évolution significative qui mérite d'être remarquée.

---

<sup>1661</sup> CA, Versailles, 12<sup>e</sup> chambre, 2<sup>e</sup> section, 17 oct. 2017, n° 17/03770 : « *cette clause ne revêtait au demeurant, aucun caractère potestatif au sens d'un arbitraire qui aurait pour effet de porter atteinte au concept plus général d'équilibre contractuel entre les parties en prenant en compte de nombreux paramètres constitués par le contenu contractuel* » ; CA, Rouen, ch. civ et com, 24 mars 2016, n° 16/04126 : « *La détermination du caractère potestatif ou non d'une clause ou d'une condition, et la portée de la supposée potestativité, doivent être appréciées non pas au seul regard de la stipulation contractuelle d'une option réservée à une seule des parties à une convention mais en prenant en considération l'existence ou non d'un arbitraire qui aurait pour effet de porter atteinte au concept plus général d'équilibre contractuel entre les parties et ce en prenant en compte de nombreux paramètres constitués ainsi par le contenu contractuel, les données économiques, le comportement des parties, le degré d'exécution des obligations ou encore la nature des sanctions* » ; CA Paris, Pôle, 27 févr. 2019, n° 17/14839 : « *Ainsi, il ressort clairement des contrats de sous-traitance et de location de camions et des échanges entre les parties qu'ils étaient interdépendants, ce que ne contestent d'ailleurs pas les parties, et que l'équilibre contractuel de leurs rapports commerciaux ne se limitait pas au seul contrat de sous-traitance, mais, globalement, au regard également des contrats de location de camions. Si deux types de contrats ont été signés de manière séparée entre les parties, les rapports contractuels entre elles forment un tout indivisible et une seule opération économique* ». Également : Com. 7 juin 2016, n° 14-17.978: JurisData n° 2016-011198, D. 2016, p. 2042 ; Sociétés 2017, p. 85, note MARJAULT Y.

<sup>1662</sup> BAMDÉ A., « La lésion, le régime juridique », 23 mars 2017 : <https://aurelienbamde.com/2017/03/23/la-lesion-regime-juridique/> ; ANDRONESCO D., *L'inégalité des prestations dans les contrats*, thèse, Paris, 1922, p. 11 ; ARTIGOLLE J., *Justice commutative et droit positif*, thèse, Bordeaux, 1955, p. 94.

<sup>1663</sup> La lésion est sanctionnée de façon exceptionnelle lorsque la loi le prévoit : par exemple en matière de vente d'immeuble (C. civ. art. 1676) ou en matière de partage (C. civ. art. 889).

<sup>1664</sup> FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 103 et s, voir également : MALAURIE P., et AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK PH., *op. cit.*, p. 354, n° 606 et s.

<sup>1665</sup> L. n° 2018-287, 20 avril 2018 ; Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

**449. L'équilibre contractuel comme fondement explicatif des normes protectrices.** Le législateur, depuis la réforme du droit des contrats, fait une utilisation de plus en plus « *décomplexée* »<sup>1666</sup> de la notion d'équilibre contractuel. Aussi, le droit des contrats devient-il le siège d'une protection de droit commun des déséquilibres contractuels les plus évidents. Au travers de nombreuses dispositions, reprenant la jurisprudence constante ou consacrant des solutions nouvelles, le législateur fait la part belle aux normes protectrices du contrat et du contractant. Un auteur expliquait notamment l'émergence du principe d'équilibre contractuel par l'assouplissement du principe de force obligatoire et un réajustement de ses finalités<sup>1667</sup>. Il indiquait ainsi qu'en « *permettant aux parties de modifier ou de rompre la relation contractuelle, l'on reconnaît implicitement l'inégalité des parties* ». <sup>1668</sup> Il ajoutait que « *toutefois, bien que la reconnaissance de pouvoirs contractuels ne caractérise pas ipso facto une montée en puissance de l'arbitraire, cette inégalité entraîne malgré tout un réel déséquilibre contractuel. Par conséquent, il semble nécessaire de contrebalancer ce déséquilibre par la création, au sein de la théorie générale du contrat, d'un principe d'équilibre contractuel (...) qui aurait alors comme fonction d'en gommer les déséquilibres excessifs* »<sup>1669</sup>.

Si l'étude approfondie de ces normes fera l'objet de développements futurs<sup>1670</sup>, il est d'ores et déjà possible de dresser la liste des règles fondées sur l'équilibre contractuel. Au début des années 2000, une partie de la doctrine démontrait déjà le lien indéfectible entre la protection des clauses abusives, la lésion, l'obligation essentielle ou encore l'abus de puissance économique et le principe d'équilibre contractuel<sup>1671</sup>. La réforme du droit des contrats nous propose un corpus de dispositions tel qu'il sera désormais d'autant plus légitime d'affirmer leur dépendance au principe d'équilibre contractuel. Ainsi, chronologiquement, l'article 1112-1 du Code civil, généralisant l'obligation d'information, promeut la protection du contractant en état d'asymétrie d'information tout en opposant au contractant des limites opportunes au regard des impératifs économiques du contrat

---

<sup>1666</sup> BARBIER H., « De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège des contreparties en tout genre », *RTD civ.* 2018, p. 102.

<sup>1667</sup> LEMAY P., *th. cit.*, p. 317, n° 226 : « Avec l'abandon de la conception traditionnelle du principe de la force obligatoire, il semble que la théorie générale du contrat puisse s'enrichir du principe d'équilibre contractuel. Absent de l'ordre juridique classique, l'apparition d'un tel principe s'avère en revanche particulièrement opportune à l'occasion du renouvellement du principe de la force obligatoire ».

<sup>1668</sup> *Ibid.*

<sup>1669</sup> LEMAY P., *th. cit.*, p. 317, n° 226.

<sup>1670</sup> V. notamment : FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 134 et s., n° 189 et s.

<sup>1671</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 134 et s., n° 189 et s.



conçu comme instrument d'échange. De la même manière, les articles relatifs au délai raisonnable<sup>1672</sup>, dans l'offre ou l'exécution forcée, peuvent être, nous le verrons, rattachés au principe d'équilibre contractuel<sup>1673</sup>. Ensuite, les articles relatifs aux vices du consentement, et notamment à la violence, tels que les articles 1143<sup>1674</sup> et 1141<sup>1675</sup> du Code civil procèdent à une restauration effective d'un déséquilibre rompu. De la même façon, la lésion<sup>1676</sup> constitue, pour mémoire, dans une conception objective, non pas un vice du consentement<sup>1677</sup>, mais un déséquilibre contractuel<sup>1678</sup>. En effet, depuis 1932, la jurisprudence fonde la lésion sur un déséquilibre objectif et non pas sur les circonstances qui l'entourent ou qui en sont à l'origine<sup>1679</sup>. La sanction exceptionnelle de la lésion repose donc sur la justice commutative<sup>1680</sup> (qui suppose une égalité purement arithmétique<sup>1681</sup>), et non sur la justice distributive<sup>1682</sup> (qui repose sur une égalité géométrique, de « proportion », de « mérite »). La lésion constitue, dès lors, « *une disproportion effective entre les prestations réciproques des parties* »<sup>1683</sup>. L'article 1169 du Code civil dispose ensuite, qu'« *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ». Certes, un équilibre arithmétique n'est pas requis, mais le déséquilibre le plus manifeste, c'est-à-dire la quasi-inexistence de ce pour quoi un

---

<sup>1672</sup> C. civ. art. 1116, 1117 et s. ; C. civ. art. 1221 et s.

<sup>1673</sup> V. *infra* n° 554 et s.

<sup>1674</sup> C. civ. art. 1143 : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

<sup>1675</sup> C. civ. art. 1141 : « *La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif* ».

<sup>1676</sup> V. CHANTEPIE G., *La lésion*, LGDJ, 2006.

<sup>1677</sup> Contrairement à l'opinion de la doctrine volontariste du début du XX<sup>ème</sup> siècle qui présente la lésion comme un vice particulier du consentement : VERRIER L., *La lésion dans les contrats*, thèse, Caen, 1900, p. 11 et s. ; MAURY J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1920, p. 174 et s. ; LAROMBIÈRE M.-L., *Théorie pratique des obligations*, 1857, t.1, p. 94 : « *la lésion énorme implique donc un double vice du contrat, vice personnel du consentement et vice réel de cause* ».

<sup>1678</sup> La conception objective de la lésion se fonde alors sur la notion de juste prix : DE TARDE A., *L'idée du juste prix*, thèse, Paris 1906, p. 17 et s.

<sup>1679</sup> Dans un arrêt de la chambre des Requêtes du 28 décembre 1932, le rapport Dumas indique « *que la lésion légalement constatée est par elle-même et à elle seule une cause de rescision, indépendamment des circonstances qui ont pu l'accompagner ou lui donner naissance* » : Req. 28 déc. 1932, Gaz. pal. 1933, I, 287 ; S. 1933, I, 377, note TORTAT R., D. 1933, 87, Rapport Dumas. De la même façon, la Cour de Paris avait jugé que « *le déséquilibre objectif entre la valeur de l'immeuble et le prix étant le seul fondement de la rescision pour cause de lésion* » : CA Paris, 8 juin 1963, D. 1964, somm 19.

<sup>1680</sup> FABRE-MAGNAN M., *Le droit des contrats*, PUF, « Que sais-je ? », Paris, 2018, p. 103 et s.

<sup>1681</sup> ARISTOTE., *op. cit.*, vol. 7, 1132 a.

<sup>1682</sup> Voir par exemple, FORSÉ M., et PARODI M., « Justice distributive, la hiérarchie des principes selon les européens », *Revue OFCE* 2006/3, n° 98, p. 213 et s.

<sup>1683</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 139, n° 194.

contractant s'engage, est sanctionné. En outre, l'article 1171 indique que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». Cet article permet, en substance, de rééquilibrer les droits et les obligations des parties, autrement dit, le contrat lui-même. Enfin, le nouvel article 1195 du Code civil, consacrant l'imprévision, autorise le juge, si les conditions sont remplies, et après tentative de renégociation, à réviser le contrat. Cette révision conduira ainsi à la restauration de l'équilibre d'un contrat qui péchait par un excès d'onérosité au détriment de l'une des parties. Plus d'une dizaine de dispositions contractuelles, d'importance significative au regard de la théorie contractuelle, témoignent, dès lors, d'une émergence réelle de l'équilibre contractuel dans notre droit positif.

**450. Un principe juridique descriptif.** Le principe juridique préexiste aux règles qu'il applique, chronologiquement et matériellement, il les domine. Il possède, en outre, une charge morale, en ce qu'il exige un *devoir-être* particulièrement prégnant<sup>1684</sup>. Il convient également de rappeler qu'un principe peut être un concept (le concept est entendu comme le résultat abouti d'une réflexion portant sur une réalité) ou une notion (qui, quant à elle, témoigne, à l'inverse, de l'inachèvement d'une réflexion ou d'un désaccord doctrinal qui ne lui permet pas d'accéder au rang de concept du droit<sup>1685</sup>). La notion d'équilibre contractuel semble, aujourd'hui, bien répondre aux différents critères du principe juridique. De fait, ce n'est pas parce que la notion d'équilibre contractuel peut soulever des désaccords, tant philosophiques, politiques que juridiques qu'il ne s'agit pas, pour autant, d'un principe émergent du droit commun des contrats. En effet, la notion d'équilibre contractuel véhicule, sans nul doute, une assignation morale importante. Rechercher un équilibre, une justice dans le contrat, témoigne d'un idéal, philosophique et politique. De plus, la notion d'équilibre contractuel est à l'origine de certaines règles du Code civil : toutes celles que nous avons énoncées<sup>1686</sup> tendent au rétablissement d'un certain équilibre

---

<sup>1684</sup> Sur le principe juridique : DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Paris, Le seuil, 2016, p. 131 ; DUPICHOT P., « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC* 2013, n°1, p. 387 ; LEFEBVRE B., « La justice contractuelle, mythe ou réalité ? », *Les cahiers de droit*, vol. 37, n° 1, 1996, p. 19 ; MESTRE J., « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *Revue Lamy Droit civil*, n° 58, 1<sup>er</sup> mars 2009 ; DE BÉCHILLON M., *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998, p. 221 et s.

<sup>1685</sup> DE BÉCHILLON M., *th. cit.*, p. 221 et s.

<sup>1686</sup> C. civ. art. 1169, 1170, 1171 et 1195.

contractuel, ou bien, *a minima*, à la sanction des déséquilibres du contrat. La notion d'équilibre contractuel apparaît bien comme une directive explicative des règles sus-citées. Il permet leur organisation, leur compréhension et leur systématisation. L'équilibre contractuel ne constitue donc pas une simple notion indéterminée, purement abstraite, mais en définitive, précisément, un principe juridique qui porte une injonction d'ordre éthique, un devoir-être, dominant un certain groupe de règles destinées à appliquer le principe au sein du droit des contrats.

**451.** La pluralité d'acceptions que peut revêtir l'équilibre contractuel fondé sur la justice n'offre cependant pas une définition suffisamment précise pour permettre son application concrète. En contrepartie, l'étude de sa finalité, qui repose sur l'harmonie, se révèle éclairante et parvient à en donner une définition *a priori* satisfaisante (**Section II**).

## SECTION II

### L'HARMONIE CONTRACTUELLE, FINALITÉ PROBANTE

**452. Une notion à réalité multiple.** L'équilibre contractuel présente, *a priori*, une infinité d'acceptions. Son caractère indéterminé implique, en effet, une certaine malléabilité de son contenu. Toutefois, le souhait de classer les standards sous la référence de l'équilibre contractuel suppose de lui donner une définition précise, selon les instruments de la méthodologie juridique. Si l'on s'en réfère à la définition de l'équilibre, en général, celui-ci doit être compris comme « *l'état de ce qui est soumis à des forces qui se compensent* » et se traduit par un « *état d'harmonie ou de stabilité qui en résulte* »<sup>1687</sup>. La finalité de l'équilibre contractuel est donc celle de l'harmonie. Néanmoins, l'équilibre qui nous intéresse n'est ni absolu ni général, il est l'équilibre appliqué au domaine du contrat : l'équilibre contractuel.

**453. Plan.** Cette harmonie doit, dès lors, être envisagée selon un champ d'application précis. Notre étude consiste à démontrer que l'équilibre contractuel transpose deux réalités : l'harmonie du contenu du contrat (§1 – **L'équilibre interne : l'harmonie du contenu du contrat**) et l'harmonie du droit des contrats (§2 – **L'équilibre externe : l'harmonie du droit des contrats**). L'équilibre contractuel envisagé propose alors deux faces complémentaires : l'équilibre interne au contrat, relatif à son contenu et l'équilibre externe au contrat, c'est-à-dire des normes qui le régissent.

#### §1. L'ÉQUILIBRE INTERNE : L'HARMONIE DU CONTENU DU CONTRAT

**454. La finalité de l'équilibre contractuel : le rapport harmonieux entre les droits et obligations du contrat.** L'équilibre contractuel devrait, selon certains, être circonscrit au contenu contractuel<sup>1688</sup>. Il ne s'applique pas au rapport entre les parties, qui relèverait davantage de la notion d'égalité, reposant sur le dogme de l'autonomie de la

---

<sup>1687</sup> *Dictionnaire Le Robert*, v. « Équilibre ».

<sup>1688</sup> LEBRETON S., *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, thèse, Paris II, 1998, n° 133 ; FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, p. 156, n° 224.

volonté, aujourd'hui dépassé. Aussi « *l'équilibre contractuel s'entend(-il), aujourd'hui, non de la personne des cocontractants, mais du contrat lui-même, du contenu des droits et des obligations des parties au sein de celui-ci* »<sup>1689</sup>. L'équilibre contractuel admettrait ainsi pour finalité celle d'assurer une composition harmonieuse du contrat. Cette quête d'harmonie est double. Elle consiste, d'une part, en une « *composition particulière du contenu du contrat* »<sup>1690</sup> et d'autre part, en une « *juste position des éléments du tout* »<sup>1691</sup> puisque l'équilibre est compris comme « *l'état de stabilité relative de ce tout* »<sup>1692</sup>. L'équilibre contractuel porte, dès lors, sur le contenu du contrat entendu comme un ensemble, c'est-à-dire un système.

**455. Le champ d'application de l'équilibre contractuel : le contenu du contrat comme système.** Le contenu du contrat, représentant l'ensemble des droits et obligations organisés en fonction d'un but, l'opération économique, peut être conçu comme un système. Le contenu du contrat est susceptible d'être examiné sous deux angles : les droits et obligations, d'une part et l'échange économique, d'autre part<sup>1693</sup>. Ce contenu contractuel est extrêmement diversifié puisqu'il s'entend à la fois de l'échange conclu en une fraction de seconde, comme celui de l'achat d'une baguette ou bien celui d'un contrat international entre professionnels, dans lequel les obligations se cumulent et s'entremêlent<sup>1694</sup>. Seule une notion complexe pourrait englober cette diversité. La notion d'équilibre contractuel est ainsi capable d'assurer une appréciation globale du contenu du contrat<sup>1695</sup>. La protéiformité du contenu contractuel que l'équilibre contractuel a vocation à régir suppose d'en élaborer une définition non unitaire. C'est pourquoi l'équilibre contractuel repose sur une pluralité de critères.

**456. La nécessité d'une multiplicité de critères.** Madame Fin-Langer a mis en lumière la complexité du contenu contractuel et la nécessité de lui associer une notion tout aussi complexe, celle d'équilibre contractuel. L'équilibre contractuel étant une notion

---

<sup>1689</sup> LEBRETON S., *th. cit.*, n° 133.

<sup>1690</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 156, n° 224.

<sup>1691</sup> *Ibid.*

<sup>1692</sup> *Ibid.*

<sup>1693</sup> *Ibid.*, p. 157, n° 227.

<sup>1694</sup> *Ibid.*

<sup>1695</sup> *Ibid.*, p. 159, n° 229.

indéterminée abstraite, puisqu'il s'agit d'un principe juridique<sup>1696</sup>, un critère unique ne permettrait pas d'aboutir à une définition satisfaisante. C'est pourquoi, dans la théorie analysée, l'auteur a choisi de définir la notion au travers de quatre critères, chacun nécessaire, mais non suffisant en lui-même. Chaque facteur, pris isolément, est inapte à décrire l'équilibre contractuel dans toutes ses dimensions. Les critères annoncés sont donc cumulatifs, mais surtout complémentaires. Chaque élément vient, ainsi, moduler le précédent, pour aboutir à une conception théoriquement satisfaisante de l'équilibre contractuel. Il s'agit de la réciprocité, de la commutativité, de l'équivalence et de la proportionnalité<sup>1697</sup>. Il est nécessaire de s'attarder sur chacun de ces paramètres pour une meilleure compréhension de la notion globale.

**457. Les quatre critères de l'équilibre contractuel.** En premier lieu, l'équilibre contractuel commande de vérifier qu'il existe bien une obligation *réciproque* à la charge de l'autre contractant ou encore une clause prévoyant un droit pour chacun d'eux<sup>1698</sup>. C'est l'équilibre économique qui est avant tout recherché ici. La réciprocité se rattache à l'équilibre contractuel en tant qu'il est constitutif, au même titre que l'équivalence, de la notion de justice commutative<sup>1699</sup>. En considération de cette première condition, le déséquilibre se manifesterait par l'absence de réciprocité dans le contenu du contrat ou dans son exécution<sup>1700</sup>. Dans une affaire récente, une clause réservait à l'un des deux contractants seulement, la société Locam, la faculté de se prévaloir d'une résiliation de plein droit pour des causes ne correspondant pas à des hypothèses de manquements contractuels de la société locataire. La Cour d'appel de Lyon a donc considéré que la société Green day invoquait à bon droit une absence de réciprocité et un déséquilibre significatif, permettant de réputer non écrite la clause litigieuse sur le fondement de l'article 1171 nouveau du Code civil<sup>1701</sup>. Ce critère est cependant impuissant à caractériser, seul, l'équilibre contractuel. D'ailleurs, la Cour de cassation est venue censurer l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon indiquant que le défaut de réciprocité de la clause résolutoire de plein droit se justifiait « *par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les*

---

<sup>1696</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 218, n° 328.

<sup>1697</sup> *Ibid.*

<sup>1698</sup> *Ibid.*, p. 216, n° 326.

<sup>1699</sup> *Ibid.*

<sup>1700</sup> *Ibid.*

<sup>1701</sup> CA Lyon, 3<sup>e</sup> ch. A, 27 fév. 2020, 18/08225.

*parties* »<sup>1702</sup>. C'est dire que le défaut de réciprocité ne saurait, considéré isolément, commander un correctif judiciaire. L'équilibre doit être apprécié eu égard à l'ensemble des clauses et des obligations prévues par les parties. Il est donc nécessaire, en second lieu, de vérifier l'élément de *commutativité*.

La commutativité suppose effectivement une appréciation subjective de la valeur de la prestation : les parties s'engagent à quelque chose qui est estimé comme l'équivalent de ce à quoi s'engage l'autre partie. Finalement, l'existence d'une contrepartie dans son principe suffit à créer un équilibre, quelle que soit la valeur de celle-ci<sup>1703</sup>. Néanmoins, l'équilibre contractuel ne saurait être réduit à la seule vérification de l'existence d'une contrepartie. Un contrat peut mettre en œuvre deux contreparties, mais dont l'une a une valeur tellement dérisoire que le contrat est, en réalité, déséquilibré<sup>1704</sup>. La valeur des prestations doit donc faire partie intégrante du contrôle de l'équilibre contractuel. C'est ainsi, en troisième lieu, que le critère de l'*équivalence* doit entrer en considération.

Contrairement à la commutativité et à la réciprocité, le critère d'équivalence implique une mise en balance « *de la valeur d'échange et d'usage respectif des obligations* »<sup>1705</sup>. De la sorte, l'équilibre qualitatif peut être contrôlé, au même titre que l'équilibre quantitatif, puisqu'il est nécessaire que les valeurs d'échange soient quasiment identiques. Toutefois, cette vision absolue de l'équivalence ne sied pas à la recherche de l'équilibre contractuel. L'équivalence doit simplement être un outil de comparaison des valeurs respectives<sup>1706</sup>.

En dernier lieu, l'équilibre contractuel suppose un contrôle de *proportionnalité*, entendu, non pas comme un simple rapport mathématique, ni comme la proportion raisonnable au regard des facultés de chacun des contractants, mais comme un rapport de « *convenance ou d'adéquation entre deux éléments* »<sup>1707</sup>. En tout état de cause, c'est par l'organisation de ces différents critères que l'équilibre contractuel peut être valablement évalué.

---

<sup>1702</sup> Com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782, F-B, v. notamment : TISSEYRE S., « Clauses abusives : application de l'article 1171 du Code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun », *D.* 2022, p. 539.

<sup>1703</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, n° 328.

<sup>1704</sup> *Ibid.*

<sup>1705</sup> *Ibid.*

<sup>1706</sup> *Ibid.*, p. 220 et s.

<sup>1707</sup> *Ibid.*, p. 225.

**458. La définition de l'équilibre contractuel.** Madame Fin-Langer a, dès lors, proposé la définition suivante : « *l'harmonie du contrat apprécié dans sa globalité existera lorsque sur le plan quantitatif l'équilibre pourra se constater grâce à la réciprocité ou la commutativité et quand, au niveau qualitatif, les prestations réciproques ou commutatives pourront être qualifiées d'équivalentes ou proportionnées* ». <sup>1708</sup> La réciprocité ainsi que la commutativité forment l'appréciation quantitative de l'équilibre tandis que la proportionnalité et l'équivalence proposent une appréciation qualitative de celui-ci.

La définition de l'équilibre contractuel pourrait, en somme, être appréhendée indépendamment du standard, c'est-à-dire de la technique législative qui l'applique. Le principe d'équilibre contractuel constituerait, dès lors, une notion conceptuelle théoriquement aboutie. Néanmoins, cette conception substantielle de l'équilibre au regard de ces quatre critères, détachée de la technique formelle du standard, est source d'incertitudes pratiques.

**459. Les difficultés d'appréciation et de mise en œuvre des quatre critères cumulatifs.** Soumettant « *l'application combinée* » <sup>1709</sup> des critères à l'équilibre contractuel, l'auteur indiquait que le défaut de l'équilibre contractuel et donc sa sanction ne posaient guère de difficulté dans la mesure où il n'y aurait « *ni réciprocité (...) ni aucune équivalence des prestations en l'absence de contrepartie, ni proportionnalité* » <sup>1710</sup>. De la même façon, l'équilibre contractuel serait atteint si tous les critères se voyaient réunis. En revanche, dans la majeure partie des cas, l'analyse de l'équilibre ou du déséquilibre contractuel serait beaucoup plus délicate à partir de ces quatre critères. En présence d'un déséquilibre ou d'un équilibre partiel, ces quatre critères ne suffisent plus à conditionner une éventuelle sanction <sup>1711</sup>. Comme l'indiquait très justement l'auteur, les quatre critères cumulatifs doivent « *être adaptés à la situation représentée par la notion d'équilibre contractuel* » <sup>1712</sup>. Les deux étapes consistant, d'une part, à l'analyse de l'équilibre quantitatif et, d'autre part, à l'analyse qualitative de l'équilibre contractuel doivent, en pratique, être complétées par la précision « *du seuil au-delà duquel le droit doit intervenir* » <sup>1713</sup>. En effet, « *cette combinaison (...) n'offre pas*

---

<sup>1708</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 237, n° 357.

<sup>1709</sup> *Ibid.*, p. 233, n° 351.

<sup>1710</sup> *Ibid.*

<sup>1711</sup> *Ibid.*

<sup>1712</sup> *Ibid.*

<sup>1713</sup> *Ibid.*



*au juge une solution immédiate au problème de la qualification, mais bien une démarche méthodique pour déterminer l'existence ou l'absence de l'équilibre contractuel* »<sup>1714</sup>.

C'est pourquoi nous considérerons, dans le deuxième temps de cette étude, que *l'équilibre contractuel et les standards contractuels s'épanouissent dans une relation d'interdépendance*<sup>1715</sup>. De fait, les standards, par le respect du seuil de gravité élevé que leur expression commande, participent de l'objectivation de principe d'équilibre contractuel.

**460.** Au-delà du contenu contractuel, l'équilibre doit être, à notre avis, recherché à l'extérieur du contrat, au sein des normes qui le régissent. L'équilibre des normes contractuelles suppose, de la même façon, de parvenir à une certaine harmonie (§2).

## **§2. L'ÉQUILIBRE EXTERNE : L'HARMONIE DU DROIT DES CONTRATS**

**461. La cohérence et l'équilibre.** La cohérence consiste, dans son acception positive, en un « *rapport étroit d'idées qui s'accordent entre elles* » et dans son sens négatif, en « *l'absence de contradiction* »<sup>1716</sup>. Quant à l'équilibre, il naît d'« *une juste proportion entre des choses opposées ; l'état de stabilité ou d'harmonie qui en résulte* »<sup>1717</sup>. L'harmonie, enfin, est un « *rapport d'adaptation, de convenance entre les éléments d'un ensemble cohérent* »<sup>1718</sup>. *Équilibre* et *cohérence* forment un couple sémantique qui réalise la composition d'une notion plus complexe : *l'harmonie*. Ces éléments sont d'une vive importance en matière juridique. En effet, la préservation de la cohérence et de l'équilibre du droit renforce sa légitimité, et ce faisant, son acceptabilité par les justiciables. La cohérence et l'équilibre étant, par ailleurs, les garanties d'une certaine sécurité juridique<sup>1719</sup>.

---

<sup>1714</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 237, n° 357.

<sup>1715</sup> V. *infra* n° 489 et s.

<sup>1716</sup> *Dictionnaire Le Petit Robert*, v. « Cohérence ».

<sup>1717</sup> *Dictionnaire Le Petit Robert*, v. « Équilibre ».

<sup>1718</sup> *Dictionnaire Le Petit Robert*, v. « Harmonie ».

<sup>1719</sup> Voir également : ANDRIEU T., « La réforme du droit des contrats ratifiée : la cohérence et la sécurité juridique préservées », *Gaz. pal.* 2018, n° 16, p. 13.

**462. La cohérence et l'équilibre en droit des contrats.** L'équilibre, ainsi que la cohérence, ne sont pas ici envisagés sous l'angle des principes juridiques<sup>1720</sup>. Il s'agit plutôt d'analyser la cohérence et l'équilibre du droit des contrats, considéré comme un corpus de règles créant un système normatif. *Un droit des contrats équilibré et cohérent, conformément aux définitions précitées, présenterait les caractéristiques d'un système normatif au sein duquel se rencontrent des enjeux, des objectifs, opérant sans contradiction fondamentale et représentés selon une juste proportion.* La cohérence du droit des contrats repose sur une harmonie entre les valeurs qui le sous-tendent, soit, schématiquement, les valeurs morales<sup>1721</sup> et les valeurs économiques<sup>1722</sup>. Souvent « *perçu comme un instrument immuable (...) le contrat est en réalité dans l'étroite dépendance des idées philosophiques et économiques qui prévalent à une époque donnée* »<sup>1723</sup>. L'identité du droit des contrats, depuis l'apparition du Code napoléonien de 1804 à nos jours, est chahutée entre « *les excès d'un libéralisme exacerbé* » et un « *dirigisme constricteur* »<sup>1724</sup>.

Des voix s'élèveront, certes, à l'encontre d'une étude axiologique du droit des contrats, contraire à un positivisme absolutiste qui ne se pose pas la question du fondement extra juridique des normes<sup>1725</sup>. Mais « *d'où vient cette habitude moderne de séparer le fait et la valeur ?* »<sup>1726</sup>. Dans la même veine qu'une partie de la doctrine qui révélait déjà « *l'impossible neutralité axiologique du droit* »<sup>1727</sup>, nous considérons que l'essence du droit des contrats transparait aussi bien dans la logique scientifique et technique que dans la compréhension des idées, politiques<sup>1728</sup>, économiques et morales de ceux qui l'ont construit. Le droit n'est pas absolument objectif puisqu'il est le fruit d'une époque, d'une société et d'individus qui en sont les auteurs<sup>1729</sup>. De fait, « *le réel du monde du droit n'est pas seulement l'autorité, la*

---

<sup>1720</sup> Étudiés par ailleurs : HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, coll. « Institut de droit des affaires », 2001 ; GRARE C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 45, 2005.

<sup>1721</sup> FENOUILLET D., *art. cit.*, *RDC* 2016, p. 589.

<sup>1722</sup> ROUVIÈRE F., *art. cit.*, *RDC* 2016, n° 3, p. 600.

<sup>1723</sup> TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., 2018, p. 32, n° 19.

<sup>1724</sup> *Ibid.*

<sup>1725</sup> KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1962, trad. EISENMANN C., p. 79 et s.

<sup>1726</sup> GRZEGORCZYK C., *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, 1982, p. 117.

<sup>1727</sup> CHAZAL J.-P., « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *APD* 2001, vol. 45, p. 303 et s.

<sup>1728</sup> SÉRIAUX A., « Le code civil entre artisanat et idéologie », PUF, *Droits* 2005/2, n° 42, pp. 119-130, spéc. p. 121 : « *Que les rédacteurs du Code civil aient obéi à des principes politiques, voilà qui est hors de doute* ».

<sup>1729</sup> JACKIEWICZ A., « Études sur l'évaluation axiologique : présentation », *Langue française* 2014/4, n° 184, p. 126 et s.

*contrainte, la sanction et le juge. Ce réel est aussi les valeurs sous-jacentes et les idées fondatrices des principes juridiques. (...) Toute science est engagée et véhicule des valeurs*<sup>1730</sup>. La démarche consistant à lire le droit des contrats à travers un prisme axiologique peut certainement être critiquée. Pourtant, cette approche nous semble dictée par un souci de lucidité : le droit des contrats, comme le droit dans sa globalité, inspire des comportements parce qu'il s'inspire d'une conception éthique des comportements dont il sanctionne les déviances<sup>1731</sup>. Chaque époque et chaque société ont mis au point des règles, modifié des normes en vigueur en fonction des exigences morales et politiques devenues incontournables et du refus de celles qui étaient devenues insoutenables. Nier l'existence de toute morale, idéologie, philosophie, éthique et politique<sup>1732</sup> au fondement du droit serait, à notre avis, constitutif d'un non-sens et symptomatique d'un aveuglement<sup>1733</sup> ou d'un parti pris. Le droit des contrats, qui régit une large part des relations économiques entre les individus, et, par conséquent, qui a la charge d'un pan de la vie politique d'un pays, ne peut échapper à cet engagement du législateur. Ainsi, réaliser une typologie des valeurs fondatrices du droit des contrats, ancien et nouveau, établira la base nécessaire à la suite de notre argumentation. Il nous semble en effet légitime de questionner ces valeurs. Sur quelle vision de l'homme et de la société des hommes reposent les normes qui composent le droit des contrats ? À quels intérêts, à quelles préoccupations majeures, permanents ou récents

---

<sup>1730</sup> SABETE W., « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit à la difficulté de jugement de fait ou suite antihumière », *APD* 2007, t. 50, *La création du droit par le juge*, p. 371.

<sup>1731</sup> v. notamment, à propos des bonnes mœurs : HOUTCIEFF D., « Pour un retour aux bonnes mœurs », *RTD civ.* 2021, p. 757, spéc. n° 25 : « *Les bonnes mœurs ne sont peut-être pas mortes. Il suffirait pour leur redonner souffle et vie que les juges veuillent s'en saisir à nouveau. Elles ne méritent pas en tout cas l'image surannée que leur prête une doctrine condescendante : elles n'ont en effet nullement vocation à étouffer les volontés individuelles sous une chape moralisatrice d'un autre âge. Réceptacles des valeurs essentielles de la société de leur époque, les bonnes mœurs varient avec leur temps : elles sont à la convention des parties ce que ces "mœurs qui font la paix au-dedans" sont au contrat social* »

<sup>1732</sup> « Les fluctuations sont (...) directement dépendantes de l'alternance politique » : BENABENT A., *op. cit.*, n° 35 et s.

<sup>1733</sup> C'est également la réflexion que menait : KENNEDY D., « Form and Substance in Private Law Adjudication », 89, *Harvard Law Review*, 1976, 1685, at 1722 et s. : « *hope is that the substantive and formal categories can help in rendering the contribution of 'policy' intelligible* ». Le but ultime, affirme Kennedy, est de briser le sentiment que l'argument juridique est autonome du discours moral, économique et politique en général ; Analysé par GOEBEL J.-P., « Rules and standards : a critique of two critical theorists », *Duquesne Law Review*, v. 31, n° 1, art. 4, 1992, p. 51, spéc. p. 70 : « *"The ultimate goal," Kennedy asserts, "is to break down the sense that legal argument is autonomous from moral, economic, and political discourse in general."* Noting that it has been a premise for generations *"that it is impossible to construct an autonomous logic of legal rules," Kennedy asserts that « [what is new in this piece is the attempt to show an orderliness to the debates about 'policy' with which we are left after abandonment of the claim of neutrality. » The constructs of individualism and altruism provide that orderliness; "the experience of unresolvable conflict" within ourselves, says Kennedy, indicates the preeminence of policy in our legal discourse and the inevitable equation of law with politics* ». Kennedy explique ainsi la prééminence de la politique dans notre discours juridique et l'inévitable équation du droit avec la politique.

obéissent-elles ? Quelles aspirations reflètent-elles ? Le droit n'est-il pas avant tout « *la science, ou plutôt, l'art, du juste et de l'injuste* »<sup>1734</sup> ? Il n'y a pas de contradiction « *à organiser le droit en science et à considérer que sa finalité est la recherche du juste, de l'équitable* »<sup>1735</sup>. Fort de cet appui théorique, nous nous efforcerons de présenter les traits plus saillants des théories principales en droit des contrats sans sacrifier à la rigueur de notre projet.

C'est dans cette perspective que doit être envisagée l'étude relative à *l'équilibre externe*. Dans cette acception, l'équilibre contractuel doit s'appliquer aux *règles* régissant le contrat. Cependant, cet équilibre contractuel externe ne peut pas être défini par analogie avec l'équilibre contractuel interne : la finalité de leur contrôle n'est pas la même. L'harmonie n'est plus à rechercher au sein même des prestations, des droits ou des obligations, mais au regard des valeurs qui irriguent le droit des contrats et participent de son évolution. *Or, ces valeurs sont véhiculées par les directives supérieures, les principes juridiques, lesquels seront, nous le verrons, conciliés et appliqués par les sous-directives que constituent les standards.*

**463. Traduction des valeurs morales et économiques en droit des contrats par les directives supérieures.** Envisager l'équilibre externe au contrat impose, dans un premier temps, de comprendre et d'identifier les valeurs et les idéologies sur lesquelles s'est construit le droit des contrats. Si nous rapportions, dans un chapitre préliminaire, le fait que les valeurs pourraient être traduites par les standards, puisque nous faisons « *l'état de l'art* » en la matière<sup>1736</sup>, nous avons conclu, *in fine*, qu'ils n'en constituaient que les sous-directives d'application. Le standard juridique, dénué de contenu matériel en soi, puise un *devoir être* impératif dans le principe supérieur qu'il applique<sup>1737</sup>. L'équilibre contractuel externe s'entend dès lors *d'une combinaison harmonieuse des différentes idéologies*<sup>1738</sup> *contractuelles aboutissant à l'expression d'un corpus de règles cohérent, à la fois suffisamment protecteur des injustices les plus flagrantes et adapté à la réalité économique dans laquelle il s'inscrit.*

---

<sup>1734</sup> CUJAS J., *Juris consultorum, Operum*, t. II, *Paratitla in libros quinquaginta digestorum*, I, I, I, De Justitia e jure, trad. et cité par CHAZAL J.-P., *art. cit.*, APD 2001, vol. 45, p. 306.

<sup>1735</sup> CHAZAL J.-P., *art. cit.*, APD 2001, vol. 45, p. 306.

<sup>1736</sup> V. *supra* n° 21 et s.

<sup>1737</sup> V. *supra* n° 215 et s.

<sup>1738</sup> Compris, notamment « *au sens de système d'idées, de philosophie du monde et de la vie* » : CHAZAL J.-P., « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? », *D.* 2015, pp. 673-676, spéc. p. 673.

**464. Plan.** L'équilibre contractuel externe constitue la combinaison harmonieuse des visions morales et économiques du contrat. Bien qu'il soit malaisé de déterminer avec exactitude et exhaustivité les rapports entre la loi contractuelle et les valeurs qu'elle recouvre, il convient de présenter les principes fondateurs de la vision économique (**A – Les principes fondateurs d'une vision économique du contrat**) et morale (**B – Les principes fondateurs d'une vision morale du contrat**) du droit contractuel afin de préciser notre définition de l'équilibre externe.

#### **A. LES PRINCIPES FONDATEURS D'UNE VISION ÉCONOMIQUE DU CONTRAT**

**465. Les valeurs économiques contractuelles.** Le droit des contrats semble reposer, en partie, sur une philosophie individualiste qui prône le libéralisme économique tel qu'appréhendé par Smith<sup>1739</sup>, Locke et Hume<sup>1740</sup>. Il ne faut pas, en réalité, confondre totalement autonomie de la volonté et libéralisme économique<sup>1741</sup>. L'autonomie de la volonté, qui a longtemps été le facteur explicatif global de la théorie générale des contrats, implique, d'une part, la reconnaissance d'une stricte égalité des individus en fait et d'autre

---

<sup>1739</sup> SMITH A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre IV, ch. 2, 1776, rééd., Flammarion, 1991, t. II, p. 42 et s. Fondateur de l'économie politique et représentant des « Lumières écossaises », Adam Smith considère l'économie comme un « ensemble régi par des lois », des « relations » qui « engendrent d'elles-mêmes leur cohérence globale ». Il est le représentant historique de l'économie libérale qui implique une limitation de l'État en faveur de la « main invisible des marchés ». « Chacun est alors conduit par une main invisible, sans en avoir l'intention et sans le savoir, à faire avancer l'intérêt de la société ». Le libéralisme n'exclut cependant pas toute action de l'État. Son rôle est celui de réguler et de sanctionner les abus, les « excès liés à la liberté individuelle » (DUBOEU F., *Introduction aux théories économiques*, La Découverte, 1999, p. 21). L'État doit offrir un cadre sain et propice à l'autorégulation du marché par l'effet des volontés individuelles. Le libéralisme économique implique ainsi « d'établir les rapports individuellement les plus justes et socialement les plus utiles » (TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 33, n° 23).

<sup>1740</sup> Avant Smith, Locke et Hume soulignaient déjà l'importance d'une libéralisation de l'économie : DANG A.-T., « Monnaie, libéralisme et cohésion sociale. Autour de John Locke », *Revue économique*, 1997, p. 761 et s. ; LOCKE J., *Écrits monétaires*, Classiques Garnier, 2011. DIATKINE D., « Hume et le libéralisme économique », *Cahiers d'économie politique*, 1989, n°16-17, p. 3 et s. ; DELEULE D., *Hume et la naissance du libéralisme économique*, Aubier, 1979.

<sup>1741</sup> Sur le rapprochement entre le droit des contrats français et le libéralisme économique : NIORT J.-F., « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléonien », *Droit et économie*, APD 1992, t. 37, p. 101 et s. V. également : TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2018, p. 33, n° 23 ; CHANTEPIE G., LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 40. Plus tard, Keynes, dans plusieurs ouvrages remettra en cause le libéralisme classique qui engendrerait crises et chômage. La théorie économique, selon Keynes, doit avoir pour finalité directe de lutter contre « le chômage et la misère » : KEYNES J.-M., *Treatise on probabilities*, 1921 ; *Treatise on Money*, 1930, *Théorie Générale de l'emploi, de l'intérêt de la monnaie*, 1936.

part, la possibilité, par le contrat, de « *se donner sa propre loi* »<sup>1742</sup>. Or, ce dogme de l'autonomie de la volonté est aujourd'hui largement dépassé. De fait, le contrat n'a pas d'existence en dehors du droit<sup>1743</sup>. Le contrat n'est formé que par autorisation de la loi et selon les conditions que fixe cette dernière<sup>1744</sup>. Le libéralisme économique n'est pas intégralement fondé sur ces postulats et permet, dans une certaine mesure, d'expliquer les choix qui ont présidé à l'édiction des règles contractuelles modernes. Il a pu être affirmé que « *le libre jeu des volontés individuelles ne peut que réaliser la justice* » et « *assure l'équilibre économique et la prospérité générale* »<sup>1745</sup>. Libéralisme n'est donc pas individualisme et autonomie pure. Le libéralisme accueille des ambitions plus sociales. De fait, il nous semble nécessaire de nuancer le propos selon lequel les « théories économiques », dont le libéralisme, constituent des sciences dures<sup>1746</sup>. Certes, dans l'imaginaire collectif, l'expression « valeurs morales » s'oppose à celle de « valeurs économiques ». L'« économie » aurait pour finalité « *la poursuite d'intérêts égoïstes* »<sup>1747</sup>, individuels ou collectifs. Cette antinomie s'explique également, en amont, parce que la morale semble devoir être cantonnée à l'espace subjectif et relever de critères abstraits tandis que l'économie constituerait l'un des mécanismes les plus puissants fonctionnant au sein des sociétés modernes. Pourtant, les théories économiques traduisent, en grande partie, les aspirations d'une société donnée et les moyens qu'elle considère légitimes pour les réaliser. En ce sens, l'économie est bien une science sociale<sup>1748</sup>. Le libéralisme repose sur une exigence absolue de liberté, suprême et inviolable, laquelle a pour corollaires des droits fondamentaux et la notion-phare de responsabilité. Ce credo se double de la contestation de la légitimité du pouvoir de l'État et un rejet de l'assujettissement de l'individu. Il constitue, en somme, une véritable philosophie, une idée de *ce que devrait être* le bon fonctionnement de la société en matière de distribution et de redistribution des richesses<sup>1749</sup>. L'économie de marché est

---

<sup>1742</sup> TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 33, n° 23 ; CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, p. 40.

<sup>1743</sup> ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, p. 113.

<sup>1744</sup> TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 37, n° 30.

<sup>1745</sup> LAMNINI A., *Notion et régulation de l'abus de puissance économique*, Mémoire, Université Sid Mohammed Be, Abdellah, Fès, DESA 2008 : [https://www.memoireonline.com/12/08/1750/m\\_Notion-et-regulation-de-labus-de-puissance-economique11.html](https://www.memoireonline.com/12/08/1750/m_Notion-et-regulation-de-labus-de-puissance-economique11.html)

<sup>1746</sup> TRANNOY A., « L'économie est-elle une science ? » in DE BOISSIEU C. (dir.), *À quoi servent les économistes*, PUF, 2010, p. 49 et s.

<sup>1747</sup> SMITH A., *La richesse des nations*, t. 1, Flammarion, 1999.

<sup>1748</sup> *Ibid.*

<sup>1749</sup> *Ibid.*

l'héritière des premiers penseurs de la démocratie (Locke), des Lumières (Montesquieu, Smith), des droits de l'homme et de la croyance en l'idée d'un progrès salvateur. On l'oublie aujourd'hui souvent tant on voit de contradictions irréductibles entre *valeurs* et *économie* qui entretiennent, pourtant, des rapports indissolubles<sup>1750</sup>.

Si le libéralisme économique ainsi que l'autonomie de la volonté ne sont pas les seuls concepts fondateurs du droit contractuel en ce qu'ils ne peuvent l'expliquer complètement, ils ont néanmoins des incidences réelles sur ce dernier. Surtout, la liberté contractuelle, la force obligatoire et l'effet relatif sont autant de principes<sup>1751</sup> véhiculant les préceptes issus du libéralisme économique.

**466. Les directives supérieures de la vision économique du contrat.** Le principe juridique, tel que nous l'avons défini, est *une technique juridique, généralement écrite, au taux d'abstraction et de généralité particulièrement élevés, qui fonde et domine un corpus de règles et exprime un devoir être par le biais d'un renvoi à des valeurs qui transcendent l'espace juridique. Le est une directive référentielle primaire.* Que la liberté contractuelle, l'effet relatif ou encore la force obligatoire soient limités n'enlève rien à leur qualification intrinsèque. Ils sont principes, car ils priment, fondent et organisent le droit des contrats. De ces règles premières découlent une multitude d'autres règles positives. Les principes économiques jouent donc un rôle fondateur et systématisant (**1 – Le rôle fondateur des principes économiques**). Par ailleurs, ils constituent des principes, car ils introduisent dans le droit un devoir être social et politique particulièrement prégnant : le libéralisme économique (**2 – La promotion du libéralisme par les principes économiques**).

## 1. LE RÔLE FONDATEUR DES PRINCIPES ÉCONOMIQUES

**467. La liberté contractuelle, supplétivité et consensualisme.** La liberté contractuelle, d'abord, est à l'origine d'un corpus de règles significatif. La supplétivité des règles contractuelles découle directement de la liberté contractuelle. En effet, seules les

---

<sup>1750</sup> FENOUILLET D., *art. cit.*, *RDC* 2016, n° 03, p. 589.

<sup>1751</sup> CHANTEPIE G., « Contrat : effets – Contenu du contrat », *Rép. civ.* 2018, n° 41 ; BOUDOT M., FAURE-ABBAD M., VEILLON D., *L'effet relatif du contrat*, LGDJ, 2015 ; DESHAYES O., « Précisions sur la nature et les fonctions de la règle de l'effet relatif des conventions », *in Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 333 ; LATINA M., « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », *Rép. civ.* 2017, n° 103.

règles impératives sont susceptibles de limiter sa liberté<sup>1752</sup>. De la même façon, la règle du consensualisme<sup>1753</sup> consacrée à l'article 1172, alinéa 1 du Code civil, provient directement de la liberté contractuelle dans la mesure où les parties sont libres de choisir la forme de leur contrat. Si, par principe, aucune formalité n'est requise pour la validité du contrat, c'est que ce dernier peut être conclu librement, « *sans entrave formelle* »<sup>1754</sup>. Ainsi, de manière substantielle, la liberté contractuelle organise la passation du contrat qui constitue « *un acte de liberté qui ne saurait être imposé* »<sup>1755</sup> ; à la naissance d'une relation contractuelle avec l'autre contractant, les parties ont le loisir de sélectionner leur contractant sans contrainte de motivation<sup>1756</sup> et de choisir le contenu obligationnel, car les parties « *sont libres de façonner le contrat à leur guise* »<sup>1757</sup>. Elle est également l'un des principes piliers du droit contractuel au fondement de l'exécution et des sanctions de l'inexécution.

**468. La force obligatoire : fondement de l'exécution et des sanctions de l'inexécution.** La force obligatoire, ensuite, est un principe fondateur du contrat<sup>1758</sup> découlant de l'accord produit par les parties contractantes<sup>1759</sup>. C'est parce que les parties ont consenti à l'accord que celui-ci détient une force obligatoire. De fait, la force obligatoire doit être formellement distinguée du contenu obligationnel<sup>1760</sup>. La force obligatoire existe alors même que le contrat n'engendrerait aucune obligation<sup>1761</sup>. En tout état de cause, la force obligatoire du contrat commande que le contrat conclu par les parties soit respecté et exécuté par les parties contractantes conformément à ce qu'elles ont voulu. La force obligatoire suppose, d'une part, que le contrat soit *intangibile*, aussi bien vis-à-vis des parties que du juge qui doit s'abstenir, en principe, de toute immixtion et, d'autre part, qu'il soit

---

<sup>1752</sup> BÉNABENT A., *Droit des obligations*, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2021, n° 35 ; PÈRES C., « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet) », *D.* 2009, p. 381, spéc. n° 2.

<sup>1753</sup> FORRAY V., *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007.

<sup>1754</sup> LATINA M., *art. cit.*, *Rép. civ.* 2017 (actu. fév. 2020), n° 106.

<sup>1755</sup> *Ibid.*

<sup>1756</sup> Ainsi, la jurisprudence considère, par exemple, qu'une association refusant le renouvellement de l'adhésion de l'un de ses membres était dans son bon droit et qu'elle n'avait pas à motiver son refus : Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2010, n° 09-66.969 : *Bull. civ.* I, n° 101 ; *D.* 2010. chron. 2178, obs. MAZEAUD D. ; *D.* 2010. 2413, note HELLERINGER G. ; *Sociétés* 2010. 511, obs. RANDOUX D. ; *LPA* 24 oct. 2011, p. 15 s., obs. LATINA M.

<sup>1757</sup> LATINA M., *art. cit.*, *Rép. civ.* 2017 (actu. fév. 2020), n° 105.

<sup>1758</sup> C. civ. art. 1103 : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

<sup>1759</sup> AMSELEK P., « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *RRJ* 1999, p. 37 s., spéc. p. 50

<sup>1760</sup> ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999. p. 771 et s.

<sup>1761</sup> LATINA M., *art. cit.*, *Rép. civ.* 2017 (actu. fév. 2020), n° 115.



*irrévocable*. Une volonté unilatérale ne saurait ainsi mettre fin au contrat<sup>1762</sup>. Au même titre que la liberté contractuelle, la force obligatoire détient sa qualification de principe juridique du fait qu'il fonde et organise un corpus de règles conséquent. Il fonde notamment les règles liées à l'exécution et les sanctions de l'inexécution<sup>1763</sup>. En effet, si le contrat est intangible et irrévocable, les parties doivent l'exécuter selon les modalités d'exécution prévues. Si tel n'est pas le cas, la partie défaillante s'exposera aux sanctions de l'inexécution des articles 1217 et suivants du Code civil. L'effet relatif, est, enfin, le troisième pilier fondateur du droit contractuel impliquant que seules les parties peuvent être débitrices et/ou créancières des obligations du contrat<sup>1764</sup>.

**469. L'effet relatif, entre opposabilité et invocabilité.** L'effet relatif constitue un principe juridique puisqu'il commande l'ensemble des règles relatives à l'*opposabilité* du contrat aux tiers et à son *invocabilité* par ces derniers. L'article 1200 du Code civil dispose que les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. La jurisprudence a notamment pu considérer, sur la base du principe de l'effet relatif des conventions, qu'un tiers pouvait engager sa responsabilité contractuelle dans la mesure où « *toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre ses obligations contractuelles commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction* »<sup>1765</sup>. L'invocabilité du contrat par les tiers suppose, en revanche, que le tiers puisse se servir du contrat comme fait juridique en matière de preuve, d'information et pour obtenir réparation d'un dommage causé par un manquement contractuel<sup>1766</sup>.

---

<sup>1762</sup> C'est le principe du *mutus-dissensus*. V. notamment SIRI A., *Le mutuus dissensus. Notion, domaine, régime*, PUAM, 2015.

<sup>1763</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>1764</sup> Le contrat constituant, au-delà d'un acte juridique, un fait social, c'est à tort que le principe de l'effet relatif est souvent présenté comme impliquant que le contrat ne produise aucun effet vis-à-vis des tiers. Sur ce point, v. notamment DESHAYES O., « Précisions sur la nature et les fonctions de la règle de l'effet relatif des conventions », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 333 et s.

<sup>1765</sup> Ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12.449, *Bull. AP.* n° 3, *RTD civ.* 2008. 485, obs. FAGES B. ; *JCP* 2008, II, 10183, note KENFACK H. ; *Gaz. pal.* 2008. 1867, avis DE GOUTTES R. ; *RDC* 2008. 1151, obs. CARVAL S.

<sup>1766</sup> L'effet relatif commande que lorsqu'un contractant a causé un dommage à un tiers, ce dernier peut lui réclamer des dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Dans l'arrêt *Bootshop*, ou *Myr'ho* (Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 : *Bull. AP.*, n° 9, p. 23, *D.* 2006, p. 2825 note VINEY G. ; *RTD civ.* 2006, p. 123 obs. JOURDAIN P.), la Cour a décidé que le tiers n'avait à rapporter que la preuve du manquement contractuel, sans avoir à démontrer l'existence d'un fait générateur de responsabilité civile délictuelle. Dès lors, les tiers bénéficiaient des avantages probatoires de la responsabilité contractuelle sans, toutefois, que les clauses du contrat puissent leur être opposées. Néanmoins, la jurisprudence n'a pas toujours repris cette solution (V. notamment : Civ. 3<sup>e</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.692 : *Bull. civ.* III, n° 160 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 15

Ces trois piliers fondateurs du droit des contrats remplissent ainsi les critères de qualification des principes dans la mesure où ils engendrent certaines règles contractuelles. Toutefois, la qualification de principe suppose également que ces concepts traduisent, dans l'ordonnancement juridique, un *devoir être* qui s'impose fortement (2).

## 2. LA PROMOTION DU LIBÉRALISME PAR LES PRINCIPES ÉCONOMIQUES

**470. La liberté contractuelle, la force obligatoire et l'effet relatif, piliers du libéralisme économique.** Si d'aucuns ont pu considérer que la vision économique du contrat avait été affaiblie<sup>1767</sup>, les valeurs économiques n'ont pas pour autant disparu de l'univers contractuel après la réforme. Les principes directeurs<sup>1768</sup> exposés dans les dispositions liminaires du Code civil font la part belle aux valeurs économiques issues du courant libéral : l'article 1102 du Code civil consacre le principe de liberté contractuelle<sup>1769</sup> et l'article 1103 celui de la force obligatoire. Aussi « *les valeurs économiques sont(-elles) présentes sous la forme d'une idéologie sous-jacente aux choix législatifs* »<sup>1770</sup> et le législateur a très certainement voulu « *mettre le droit au service de l'économie* »<sup>1771</sup>. En la matière, la réforme représentait une occasion de remettre en lumière les forces sous-jacentes à l'œuvre, de réaffirmer la philosophie d'un Code civil libéral<sup>1772</sup> plus que d'opérer de véritables modifications substantielles<sup>1773</sup>. Notamment, l'introduction des actions interrogatoires

---

déc. 2011, n° 10-17.691 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mai 2017, n° 16-11.203). L'ordonnance portant réforme du droit des contrats étant resté muette sur la question, la Cour de cassation a rendu un arrêt d'assemblée plénière, du 13 janvier 2020, dit « Bois-rouge », réaffirmant la possibilité pour le tiers de se prévaloir, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, d'un manquement contractuel. Toutefois, l'article 1234 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité délictuelle prévoit de briser cette jurisprudence, mettant fin à l'unité des fautes délictuelles et contractuelles. En effet, le tiers pourra soit agir sur le fondement contractuel pour se prévaloir du manquement contractuel, mais il se verra alors opposer les clauses prévues au contrat, soit agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle, mais il devra prouver l'existence d'un fait générateur de responsabilité délictuelle.

<sup>1767</sup> CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, p. 40. Au profit d'un certain solidarisme : MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, p. 603 ; MAZEAUD D., « Bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », in *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, Lexis-Nexis-Dalloz, 2012, p. 904.

<sup>1768</sup> Ils sont parfois également appelés « principes fondamentaux » : BENABENT A., *op. cit.*, p. 42.

<sup>1769</sup> *Ibid.* : « Les atteintes qui lui ont été portées n'ont jamais remis en cause sa fonction même de principe : la grande majorité des contrats est restée gouvernée par l'idée de liberté ».

<sup>1770</sup> ROUVIÈRE F., *art. cit.*, RDC 2016, n° 3, p. 600.

<sup>1771</sup> *Ibid.*, n° 2.

<sup>1772</sup> *Ibid.*

<sup>1773</sup> *Ibid.*

témoigne, davantage que d'un accroissement de l'idéologie économique<sup>1774</sup>, d'une réaffirmation des principes libéraux de base. En effet, l'action interrogatoire n'est autre qu'une forme de l'opposabilité qui implique qu'une personne peut se « voir opposer ses propres décisions »<sup>1775</sup>. L'introduction du principe de bonne foi, à l'article 1104 du Code civil ne contredit pas notre propos. En effet, si la bonne foi peut constituer la traduction d'une valeur morale<sup>1776</sup> en donnant au juge l'opportunité de multiplier « les devoirs contractuels »<sup>1777</sup> et qu'elle limite l'absolutisme de la volonté individuelle, elle sert également, dans une certaine mesure, la vision économique du libéralisme. Il existe, de fait, une « lecture économique de la bonne foi »<sup>1778</sup>. La bonne foi est garante de la bonne exécution du contrat puisqu'elle empêche le contractant de « tirer profit des vulnérabilités »<sup>1779</sup> de l'autre et « chacun est donc présumé vouloir stipuler telle protection si la loi ne la fournissait pas ». Un contrat économiquement utile et économiquement efficace repose donc sur la confiance que l'autre contractant exécutera correctement son obligation. L'échange économique se fonde sur ce postulat. Le contrat assure en effet « une espérance de gain à chaque partie » et la bonne foi empêche qu'une partie, « opportuniste », modifie unilatéralement la contrepartie attendue. La bonne foi, contraire radical de l'opportunisme, figurerait parmi les règles clés de l'analyse économique du droit.

**471.** Les grands principes du droit des contrats sont issus, directement ou indirectement, du libéralisme économique et du concept kantien de l'autonomie de la volonté. Ces principes imprègnent le droit de leurs « valeurs économiques » sous-jacentes : liberté, respect, lutte contre l'opportunisme. De la même façon, le droit des contrats, au regard de ses principes, peut être éclairé par une lecture morale de ses dispositions (B).

---

<sup>1774</sup> Bien que l'action interrogatoire corresponde au test de Wittman. Sur ce point : MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, n° 1333, p. 373 : « L'objectif du droit des contrats est de "minimiser la somme du coût de formulation du contrat par les parties, du coût de sa formulation par les tribunaux et du coût des comportements inefficaces résultant des contrats mal rédigés ou incomplets" ».

<sup>1775</sup> ROUVIÈRE F., *art. cit.*, RDC 2016, n° 3, p. 600.

<sup>1776</sup> MAZEAUD D., *art. cit.*, 1999, p. 603 ; MAZEAUD D., *art. cit.*, Lexis-Nexis-Dalloz, 2012, p. 904.

<sup>1777</sup> Chantepie G., Latina M., *op. cit.*, p. 103

<sup>1778</sup> MACKAAY E., LE BLANC V., KOST-DE-SÈVRES N., DARANK E., « L'économie de la bonne foi contractuelle » in *Mélanges Jean Pineau*, Thémis, 2003, p. 435

<sup>1779</sup> *Ibid.*

## B. LES PRINCIPES DIRECTEURS D'UNE VISION MORALE DES CONTRATS

**472. La place fondamentale des valeurs morales.** Si les commentateurs de la réforme peinent à s'accorder sur la liste des valeurs morales portées par celle-ci<sup>1780</sup>, elles semblent néanmoins tenir une place éminente dans ses fondations<sup>1781</sup>. Les valeurs morales qui animent le droit contractuel ne sont pas légion, mais elles sont suffisamment influentes pour que l'analyse axiologique du droit des contrats apporte un éclairage significatif à l'étude de l'équilibre contractuel externe. L'ordonnance n° 2016-31 du 10 février 2016 semble, d'ailleurs, renforcer cette approche. Davantage qu'accrues, les valeurs morales fonctionnant comme des axiomes fondateurs semblent désormais assumées. Le législateur n'est donc semble-t-il pas « resté au milieu du gué » puisqu'il a « *su penser le droit des contrats à l'aune du juste et de l'utile, de la justice sociale (...)* »<sup>1782</sup>. Qu'elles soient individuelles ou collectives<sup>1783</sup>, les valeurs morales ont été indubitablement consacrées par la réforme du droit des contrats. Plus encore, l'architecture des valeurs contractuelles fonctionnerait comme un cercle vertueux : la garantie des valeurs individuelles rend plus acceptable l'accomplissement des valeurs collectives et inversement, les valeurs collectives constituent l'assise des valeurs individuelles tant elles conditionnent leur bon fonctionnement.

**473. Les valeurs collectives au service des valeurs individuelles.** Le droit contractuel positif requiert du contractant un comportement vertueux<sup>1784</sup>. Cette exigence consiste, pour le contractant, à respecter un grand nombre de valeurs morales telles que la

---

<sup>1780</sup> MEKKI M., « Contrats préparatoires : principes et clauses contractuelles, Nouveaux textes, nouveau temps » : *JCP N* 2016, 1112, n° 2 ; MEKKI M., « L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, p. 494 ; MAZEAU D., « Droit des contrats : réforme à l'horizon », *D.* 2014, p. 291 ; BARBIER H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247.

<sup>1781</sup> FENOUILLET D., « Valeurs morales », *RDC* 2016, n° 03, p. 589. V. également : GOYARD-FABRE S., « De l'idée de norme à la science des normes », in AMSELEK P., (dir), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. « Leviathan », p. 212 : « (...) ces trois raisons cumulées masquent le problème fondamental de la normativité, qui est celui de la fondation des normes : d'où une norme tire-t-elle le statut de modèle ou de devoir impératif qui lui permet de servir de règle de mesure ou d'appréciation ? ». Bien que fervent défenseur de « la distinction du droit et de la morale » le Doyen Ripert soulignait d'ailleurs déjà l'importance de la morale dans les rapports contractuels : RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, n° 11 ; Également sur ce point : GOYARD-FABRE S., *art. cit.*, p. 220.

<sup>1782</sup> MEKKI M., *art. cit.*, *JCP N* 2016, 1112, n° 2 ; MEKKI M., SEMERE TH., « Les contrats préparatoires : un peu de consolidation, beaucoup d'innovations », *JCP* 2015, n° 47, p. 1208.

<sup>1783</sup> FENOUILLET D., *art. cit.*, *RDC* 2016, n° 03, p. 589

<sup>1784</sup> CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4 : *Les obligations*, PUF, 1998, n° 17, p. 55.

loyauté – une des obligations positives de la bonne foi étant le comportement loyal du contractant<sup>1785</sup> qui sanctionne notamment la rupture déloyale des pourparlers<sup>1786</sup> – ; la sincérité – qui réprime la réticence dolosive et fonde le devoir d’information<sup>1787</sup> et la solidarité – qui implique le bris de la jurisprudence relative au coût de l’exécution forcée<sup>1788</sup> –. De la même façon, c’est la confiance qui a acquis au sein de l’ordonnance ses lettres de noblesse : confiance entre les contractants, confiance pour et envers les tiers, confiance dans le droit des contrats lui-même. De fait, la force obligatoire devient un principe liminaire du Code civil érigeant le respect du contrat, tel qu’il a été conclu, en socle fondateur de toute relation contractuelle réussie. Par ailleurs, harmonisant les sanctions du non-respect de la promesse unilatérale et de l’offre, la valeur du contrat a été rehaussée au regard de l’acte juridique unilatéral. De même, la confiance légitime devient une des conditions de l’obtention de l’information déterminante pour l’un des contractants<sup>1789</sup>. Or, force est de constater que la promotion, par le droit des contrats, de ces deux valeurs morales – la confiance et la vertu –, permet le déploiement effectif des valeurs individuelles. En effet, si le droit peut garantir au contractant une certaine liberté et un semblant d’égalité<sup>1790</sup> c’est qu’il se doit lui-même de respecter les valeurs collectives mises en avant. Au sein de la réforme, c’est avant tout la liberté contractuelle qui a été favorisée, puisqu’elle devient un principe liminaire du Code au même titre que la force obligatoire ou la bonne foi<sup>1791</sup>. Au-delà du triptyque classique : choix du contrat, du contractant et de son contenu, c’est la liberté de révocation de l’offre ou encore des pourparlers qui a été explicitement reconnue<sup>1792</sup>. L’égalité, quant à elle, aussi bien objective que subjective, a été clairement considérée comme un objectif à atteindre. Pour ne prendre qu’un exemple topique, à chaque pouvoir unilatéral conféré à un contractant correspond

---

<sup>1785</sup> STOFFEL-MUNCK PH., *L’abus dans le contrat essai d’une théorie*, LGDJ, 2000 ; MAINGUY D., « Le contractant, personne de bonne foi ? », in *La réforme du droit des contrats*, 1<sup>re</sup> Journée Cambacérès, préc., p. 83 et s.

<sup>1786</sup> C. civ. art. 1112.

<sup>1787</sup> FENOUILLET D., *art. cit.*, *RDC* 2016, n° 22, p. 589

<sup>1788</sup> C. civ. art. 1221 et s.

<sup>1789</sup> L’art. 1112-1 al.1 du Code civil dispose que : « Celle des parties qui connaît une information dont l’importance est déterminante pour le consentement de l’autre doit l’en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. ».

<sup>1790</sup> CUBA D., DUGNE J., « L’abus de faiblesse », in *La réforme du droit des contrats*, 1<sup>re</sup> Journée Cambacérès, préc. p. 233 et s.

<sup>1791</sup> L’art. 1102 du Code civil dispose ainsi que : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ».

<sup>1792</sup> C. civ. art. 1112 et 1116.

une limitation plus ou moins importante : le créancier ne pourra décider de la rupture unilatérale du contrat que si l'inexécution est *suffisamment grave*, c'est-à-dire si la réponse par la résolution est proportionnée au manquement<sup>1793</sup>. En tout état de cause, cette vision morale du contrat est traduite et véhiculée par des directives supérieures, les principes juridiques.

**474. Les valeurs véhiculées par les directives supérieures : bonne foi, raisonnable et confiance.** Si les principes fondateurs du droit contractuel semblent transmettre, dans le droit positif, des valeurs économiques, la vision morale du contrat n'est pas en reste. En effet, trois grands principes juridiques, le raisonnable, la bonne foi et la confiance<sup>1794</sup> ont, notamment, pour finalité première de promouvoir une vision morale du droit et protectrice du contractant. Nous ne reviendrons pas sur nos développements antérieurs<sup>1795</sup>. Toutefois, il convient de rappeler que les notions de bonne foi et de raisonnable constituent, sans nul doute, des principes juridiques fondant et organisant un corpus de règles<sup>1796</sup>. Plus encore, ils agissent en tant que forces créatrices de complétion et de légitimation du droit<sup>1797</sup>. Le rapport de la bonne foi avec la vision morale du contrat n'est plus à démontrer<sup>1798</sup>. La bonne foi « *n'est pas une ignorance légitime, mais bien une exigence éthique qui pèse sur le contractant* »<sup>1799</sup>. En effet, « *la réaffirmation massive de la bonne foi et du caractère raisonnable qui doivent traverser tout le droit des contrats* »<sup>1800</sup> témoigne d'une vision moraliste du contrat portée par des notions particulièrement souples et générales<sup>1801</sup>. Enfin, le principe de confiance, s'il est moins ancré que la bonne foi ou le raisonnable dans la théorie générale du contrat, revêt une importance de plus en plus décisive. Un auteur, dans une thèse antérieure à la réforme du droit des contrats, démontrait déjà que le principe de confiance<sup>1802</sup>, comparable à la notion de *reliance* en droit anglais, correspondait à une

---

<sup>1793</sup> L'art. 1224 dispose de fait que : « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ».

<sup>1794</sup> Sur le principe de confiance : CALMES S., *Du principe de protection de de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001.

<sup>1795</sup> V. *supra* n° 428 et s.

<sup>1796</sup> V. *supra* n° 371 et s.

<sup>1797</sup> V. *supra* n° 382 et s.

<sup>1798</sup> V. *supra* n° 420 et s.

<sup>1799</sup> ROUVIÈRE F., *art. cit.*, *RDC* 2016, n° 3, p. 600, spéc. n° 4.

<sup>1800</sup> *Ibid.*, spéc. n° 1.

<sup>1801</sup> *Ibid.*, spéc. n° 4.

<sup>1802</sup> TISSEYRE S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012, p. 129 et s.

« *notion fondamentale du droit des contrats* »<sup>1803</sup>. Elle constituerait le fondement de la faute précontractuelle et de la force obligatoire du contrat. De plus, le principe de confiance opèrerait comme une directive du droit des contrats dans la mesure où il traduirait « *le passage d'une opposition d'intérêts entre les parties à l'établissement d'une véritable relation contractuelle entre partenaires* »<sup>1804</sup>. En ce sens, il serait à l'origine des devoirs de cohérence et de coopération assurant une certaine pérennité contractuelle<sup>1805</sup>. Le contrat n'est, ainsi, sans doute pas « *que l'expression de l'autonomie de la volonté* » fondée sur le libéralisme économique. Il constitue « *également la formalisation d'une relation qui (...) dépend autant sinon davantage de la façon dont elle est exécutée que du moment (...) de la rencontre des volontés individuelles* »<sup>1806</sup>. De la même façon, il a pu être estimé que « *les principes généraux du droit tirent leur (fragile) légitimité du fait qu'ils sont censés rencontrer la double exigence de rationalité mise en évidence par Max Weber, formelle (en tant qu'ils assurent la complétude et la cohérence du système juridique) et matérielle (en ce qu'ils l'ouvrent à des valeurs partagées)* »<sup>1807</sup>. En ce sens, le principe de confiance légitime paraît, pour l'auteur, « *tout en ouvrant le système juridique à une valeur déjà présente dans notre inconscient juridique collectif, pouvoir assurer la cohérence de situations existantes et œuvrer à la complétude du système, en tenant compte de la dimension relationnelle du contrat* »<sup>1808</sup>. Le principe de confiance fonderait notamment la théorie de l'imprévision « *traditionnellement rejetée en raison de l'insécurité juridique (cartésienne) qu'elle entraîne pour la partie au contrat qui souhaite s'en tenir à ses termes originaires* »<sup>1809</sup>. Il s'inscrirait, en tout état de cause, dans « *une tendance plus large qui tend à répondre à des situations de déséquilibre contractuel* »<sup>1810</sup>. De la sorte, le principe de confiance œuvre, au même titre que la bonne foi ou le raisonnable, en faveur d'un équilibre contractuel externe.

---

<sup>1803</sup> EDEL V., *La confiance en droit des contrats*, thèse, Montpellier I, 2006, Résumé ; Également : DUDEZERT F., *De l'existence d'un principe de confiance légitime en droit privé*, thèse, Université de La Rochelle, 2016, p. 27 et s. ; BÉNABOU V.-L., CHAGNY M., *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2008, p. 1 et s.

<sup>1804</sup> *Ibid.*

<sup>1805</sup> CHAGNY M., *op. cit.*, p. 1 et s.

<sup>1806</sup> VAN MERBEECK J., « Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », *RIEJ* 2016/1, vol. 76, pp. 97-118, spéc. p. 97.

<sup>1807</sup> *Ibid.*, spéc. p. 110.

<sup>1808</sup> *Ibid.*

<sup>1809</sup> *Ibid.*

<sup>1810</sup> *Ibid.*

**475. Définition de l'équilibre contractuel externe.** Selon ce raisonnement, l'équilibre contractuel externe pourrait être défini comme *la combinaison harmonieuse des principes juridiques libéraux et moraux aboutissant à une cohérence du droit contractuel, à la fois suffisamment protecteur des injustices les plus flagrantes et adapté à la réalité économique dans laquelle il s'inscrit*. Néanmoins, cette quête d'équilibre fondée sur des matériaux aussi fuyants que les valeurs paraît malaisée en pratique. Si cette définition nous donne l'objectif abstrait à atteindre, encore faut-il qu'il puisse être *concrétisé*. Par ailleurs, cette définition de l'équilibre contractuel externe est loin de pouvoir répondre à un objectif de scientificité et de méthodologie juridique pure. Discuter des valeurs sous-jacentes au droit des contrats et notamment véhiculées par la réforme induit forcément une part de subjectivité. Il semble opportun, en revanche, de traiter ces valeurs non pas selon un raisonnement purement philosophique, mais par le biais d'un raisonnement juridique suffisamment précis. Pour cela, il convient de se servir de la technique juridique. Or, le standard, comme nous l'avons vu, est une technique avant d'être un contenu. Au même titre que l'équilibre interne, l'équilibre externe devra être analysé selon un rapport d'interdépendance vis-à-vis des standards contractuels, sous-directive d'*objectivation*.



## CONCLUSION

### CHAPITRE SECOND

**476. L'impact relatif de l'origine de l'équilibre contractuel sur la définition du principe.** L'origine du principe d'équilibre a pu être recherchée dans le principe premier de justice contractuelle. Cette dernière peut revêtir quatre acceptions fondamentales, à savoir les valeurs morales et sociales de loyauté, honnêteté et coopération, la sauvegarde de l'équivalence objective des prestations, la justice commutative au sens de proportionnalité et l'efficacité utilitariste. Néanmoins, l'équilibre contractuel, en droit positif, se détache d'une vision égalitariste de la justice commutative et se rapproche davantage de la justice contractuelle aristotélicienne conçue comme le juste milieu. Cette conception de la justice contractuelle assure une assise pertinente à l'équilibre contractuel dans la mesure où elle est adaptée à la société contemporaine et aux forces contradictoires sur lesquelles repose le droit des contrats. Cette acception sous-tend, de fait, la conscience de l'impossibilité de parvenir à une égalité absolue des prestations. En ce sens, l'équilibre contractuel, reposant sur le fondement de la justice contractuelle, représente une égalité relative des prestations. Néanmoins, la description de l'équilibre contractuel à travers la seule évocation de son origine reste lacunaire. À partir de ce qui rend raison de la notion, il s'est avéré indispensable d'en parfaire la définition en allant questionner, à l'autre extrémité, la mission qu'elle est destinée à remplir.

**477. La nécessité de définir l'équilibre contractuel au regard de sa finalité.** L'équilibre, dans son acception courante, est défini, comme « *l'état de ce qui est soumis à des forces qui se compensent* » et se traduit par l'« *état d'harmonie ou de stabilité qui en résulte* »<sup>1811</sup>. La finalité de l'équilibre réside effectivement dans cette harmonie. Il a donc paru opportun de transposer cette finalité à l'équilibre contractuel. Si Madame Fin-Langer considérait que l'équilibre contractuel avait pour champ d'application unique le contenu du contrat, nous avons en revanche démontré que ce principe avait également pour finalité l'harmonie du droit des contrats, entendu comme équilibre externe. L'équilibre interne, d'une part, au regard de la définition de Madame Fin-Langer repose alors sur quatre critères cumulatifs

---

<sup>1811</sup> Dictionnaire Le Robert, v. « Équilibre ».

que sont la réciprocité, la commutativité, l'équivalence et la proportionnalité. L'équilibre externe, d'autre part, devait être défini en considération des forces et des valeurs sous-jacentes à la construction du droit contractuel. Il a ainsi pu être analysé comme *la combinaison harmonieuse des principes juridiques libéraux et moraux aboutissant à une cohérence du droit contractuel, à la fois suffisamment protecteur des injustices les plus flagrantes et adapté à la réalité économique dans laquelle il s'inscrit.*

**478. L'indépendance illusoire du principe d'équilibre contractuel vis-à-vis de la technique formelle qui l'applique : le standard.** Nous avons cependant pu observer, au cours de cette étude, qu'une définition abstraite et théorique de l'équilibre contractuel interne comportait des difficultés pratiques et idéologiques importantes. Notamment, la mise en œuvre des quatre critères cumulatifs, en l'absence de seuil de gravité, aboutirait à une sanction quasi systématique de tout déséquilibre contractuel interne. De la même façon, l'appréhension de l'équilibre externe, uniquement par le truchement de valeurs subjectives, est particulièrement malaisée en pratique. C'est pourquoi il nous paraît indispensable de démontrer l'interdépendance manifeste de l'équilibre contractuel et du standard contractuel.

*En effet, tels que définis, les équilibres contractuels interne et externe ne sont pas opérationnels. Ils ont besoin du relais des standards pour leur réalisation.* Les standards juridiques constituent donc le dispositif nécessaire à l'application de l'équilibre contractuel (**Titre II**).



TITRE SECOND  
L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE PAR LE STANDARD  
CONTRACTUEL

---

*« Le droit est la chose (res) qu'il faut savoir donner à autrui quand il ne l'a pas encore, ou en tous cas respecter lorsqu'il l'a déjà, si l'on veut se comporter à son égard de façon juste. Sous peine de perpétuer l'injustice, cette chose doit être elle-même juste : ni trop, ni trop peu (...). Pour désigner cette réalité, Aristote emploie le terme d'égalité. Le mot, ici, doit être pris au sens d'adéquation. En mathématique, une équation est une égalité entre deux termes et l'inconnue est précisément ce **nombre**, qu'il s'agit de découvrir, qui permet **la réalisation** de cette égalité »<sup>1812</sup>.*

**479. L'équilibre : la chose, le standard : le nombre qui en permet la réalisation.**

Donner une définition unitaire de l'équilibre contractuel est un exercice particulièrement difficile. Entre protection de la partie faible, cohérence des forces contradictoires, commutativité, réciprocité, proportionnalité ou équivalence des prestations, l'essence même de l'équilibre contractuel semble se dérober et la notion se fait erratique. Le définir par le biais de critères trop vagues ou trop complexes nuit à son application pratique. Ces définitions semblent, d'ailleurs, toujours manquer le résultat escompté, car les critères proposés aboutissent à un contrôle tantôt insuffisamment protecteur, tantôt abusivement contraignant. Il est indispensable d'y inclure la technique formelle d'application du principe auquel sont alors transmises la force et les nuances du réel. Il existe donc une interdépendance fondamentale entre la directive – le principe d'équilibre – et la sous-directive d'application – le standard contractuel – qui conditionne jusqu'à la réussite du projet définitoire. Il représente, nous le verrons, l'instrument d'application et de mesure de l'équilibre contractuel permettant la restauration des déséquilibres les plus patents. Technique formelle indéterminée, il puise son contenu dans le principe supérieur qu'il applique et par là même, le précise, l'objective et le concrétise, de sorte qu'il s'adapte plus efficacement aux faits qu'il incombera au juge d'appréhender.

---

<sup>1812</sup> SÉRIAUX A., *Le droit comme langage*, Lexis-Nexis, 2020, p. 1.

**480. Entre théorie et application, vers une définition matérielle des standards contractuels.** Nous avons, à la fin de la première partie de cette étude, donné la liste des standards juridiques du droit des contrats au regard de notre définition théorique<sup>1813</sup>. N'ayant, alors, pas encore identifié le référentiel propre à singulariser le standard juridique en droit des contrats – l'équilibre contractuel –, il nous était impossible de démontrer leur appartenance réelle à la catégorie des standards et leur fonction au sein du droit contractuel. Cette démonstration est désormais envisageable. C'est pourquoi il conviendra de faire la synthèse de notre définition théorique et du rattachement des standards au principe d'équilibre contractuel, interne et externe. Il sera donc nécessaire, à la fois d'apporter la preuve de l'existence des caractères propres du standard, ses qualités de concrétisation et d'objectivation et des conséquences de ces caractères, la restauration de l'équilibre contractuel.

Le standard juridique constitue, en premier lieu, une sous-directive concrétisable. En effet, comme nous l'avons déjà indiqué<sup>1814</sup>, il n'est pas question de nier l'indétermination consubstantielle au standard qui octroie au juge une marge d'interprétation supérieure à celle que lui laissent les règles rigides. Néanmoins, il est nécessaire de relativiser cette indétermination. Le standard, contrairement au principe d'équilibre contractuel auquel il se réfère, est une notion concrétisable en ce qu'il représente un instrument de mesure. Il est, ainsi, sinon chiffrable, du moins quantifiable. Il offre au juge, par sa gradation, une fourchette d'interprétation limitée par un seuil de gravité. Il concrétise et nuance le principe référentiel. De plus, le standard est un outil immédiat de solution, il s'utilise en tant que critérium de cette solution. Le principe d'équilibre contractuel n'opère, lui, qu'en amont, dans la compréhension des enjeux transcendants.

Le standard représente, en second lieu, une sous-directive objective<sup>1815</sup>. Constituant une règle de droit particulière, en ce sens qu'elle est mêlée de faits, sa part d'objectivité est bien plus importante que celle du principe d'équilibre contractuel, notion métajuridique composée de valeurs. Or, puisque le standard fonctionne en tant qu'instrument de mesure factuel du principe, il objective ce dernier en lui offrant une assise technique<sup>1816</sup>.

---

<sup>1813</sup> V. *supra* n° 324 et s.

<sup>1814</sup> V. *supra* n° 250 et s.

<sup>1815</sup> V. *supra* n° 253 et s.

<sup>1816</sup> V. *supra* n° 276 et s.

**481. L'incidence de la dualité du principe d'équilibre contractuel.** L'équilibre contractuel se développe dans deux champs d'application distincts, bien que ces deux réalités, coexistant dans un même monde contractuel, s'entremêlent aisément : l'équilibre interne et externe au contrat. L'équilibre contractuel s'applique, d'une part, au contenu du contrat et, d'autre part, au droit contractuel. Ce double équilibre substantiel se fonde dans une même finalité : l'harmonie<sup>1817</sup>. Mais celle-ci ne peut être atteinte que grâce au standard. D'une part, le standard contractuel objective la définition de l'équilibre contractuel interne par le biais de son seuil de gravité élevé et constitue une technique de premier ordre pour sa concrétisation. D'autre part, le standard contractuel objective et concrétise l'équilibre externe des normes qui le régissent dans la mesure où il est, avant d'être un contenu, un contenant, c'est-à-dire une technique législative formelle.

**482. Plan.** À l'étude de l'application de l'équilibre interne (**Chapitre Premier**) succédera celle de l'équilibre externe (**Chapitre Second**).

**CHAPITRE PREMIER** – L'application de l'équilibre interne.

**CHAPITRE SECOND** – L'application de l'équilibre externe.

---

<sup>1817</sup> V. *supra* n° 454 et s.



## CHAPITRE PREMIER

### L'APPLICATION DE L'ÉQUILIBRE INTERNE

---

**483. Équilibre contractuel interne et standard contractuel.** L'équilibre contractuel avait ainsi été défini comme « *l'harmonie du contrat apprécié dans sa globalité* », laquelle « *existera lorsque, sur le plan quantitatif, l'équilibre pourra se constater grâce à la réciprocité ou la commutativité et quand, au niveau qualitatif, les prestations réciproques ou commutatives pourront être qualifiées d'équivalentes ou proportionnées* »<sup>1818</sup>. Bien que ces critères soient cumulatifs et cantonnent, dans une certaine mesure, l'action du juge à qui ils ont été soumis pour parvenir à la sanction d'un éventuel déséquilibre contractuel, l'absence de seuil de gravité porte atteinte à la sécurité juridique et donc à la prévisibilité contractuelle. La compréhension de ces critères est malaisée *a priori* de leur application et ces derniers octroient au juge un pouvoir d'appréciation conséquent *lors* de leur application. L'étude de l'équilibre quantitatif puis qualitatif par le juge, au regard des critères de réciprocité, de commutativité, puis d'équivalence et de proportionnalité implique une réponse fermée et le plus souvent déconnectée de la réalité de l'espèce. Par le biais de ces critères, le contrat sera soit parfaitement équilibré, soit totalement déséquilibré<sup>1819</sup>. En l'absence de seuil de gravité inséré directement au cœur de la définition, la nuance n'est pas permise. Nous l'expliquions en amont, l'application pure et simple d'un principe, même défini par le biais de critères théoriques, conduit à une réflexion en termes d'idéal et d'absolu<sup>1820</sup>. Le principe d'équilibre contractuel interne commande ainsi, dans l'abstrait, la sanction de tout déséquilibre. Le juge disposerait, dès lors, en pratique, d'une marge d'appréciation étendue. En présence d'un contrat non parfaitement équilibré, c'est à lui que reviendrait la charge de juger de la nécessité d'une sanction au travers de la construction d'un système jurisprudentiel. La solution pour une application mesurée et objectivée du principe se trouve, selon nous, dans la technique du standard.

**484. Plan.** Le seuil de gravité élevé propre aux standards contractuels offre, d'une part, une réponse objectivée et particulièrement adaptée à la problématique de l'équilibre

---

<sup>1818</sup> FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, p. 237 n° 357.

<sup>1819</sup> *Ibid.*, p. 233, n° 352.

<sup>1820</sup> V. *supra* n° 153 et s.



contractuel, nous permettant d'en donner une définition appropriée au droit positif (**Section I**). Les qualités inhérentes aux standards juridiques contractuels au regard de l'équilibre interne en font, d'autre part, l'outil privilégié de sa concrétisation (**Section II**). Les caractères propres au standard influent donc directement sur le rapport d'application.

**SECTION I** – L'objectivation par la gradation du standard.

**SECTION II** – La concrétisation par le standard.

## SECTION I

### L'OBJECTIVATION PAR LA GRADATION DU STANDARD

**485. Définition du standard juridique et équilibre contractuel interne.** Le standard juridique a été nouvellement décrit comme *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle appliquée*<sup>1821</sup>. La capacité d'objectivation du standard, qui intéresse tout particulièrement ce propos, provient à la fois de son lien intrinsèque avec les faits, puisqu'il constitue une règle juridique mêlée de droit et de faits, ainsi que du seuil de gravité élevé que son expression propose<sup>1822</sup>. Le standard juridique joue, dès lors, le rôle de sous-directive d'objectivation du principe juridique. Ajusté à notre présent propos, il se transforme en *une sous-directive d'objectivation du principe d'équilibre contractuel interne*. Cette objectivation se traduit, dès lors, à la fois par sa relation étroite avec le contenu du contrat, objet de l'équilibre interne, et surtout par l'apposition d'un seuil de gravité élevé<sup>1823</sup>, conditionnant la sanction même du déséquilibre. En outre, le seuil de gravité élevé imposé par les standards est, en ce sens, bien plus efficace que des seuils rigides.

**486. Plan.** L'étude de l'objectivation du principe par le seuil de l'évidence (§1 – **L'objectivation par le seuil de l'évidence**) précèdera l'étude de son efficacité (§2 – **L'efficacité de l'objectivation par le seuil de l'évidence**).

#### §1. L'OBJECTIVATION PAR LE SEUIL DE L'ÉVIDENCE

**487. Le seuil de l'évidence.** Les standards des « *conditions substantiellement différentes* »<sup>1824</sup> ; de l'« *avantage manifestement excessif* »<sup>1825</sup> ; de la « *contrepartie illusoire ou*

---

<sup>1821</sup> V. *supra* n° 361.

<sup>1822</sup> V. *supra* n° 273 et s.

<sup>1823</sup> Sur le seuil de gravité élevé des standards réduisant, de fait, la marge de manœuvre du juge « *à sa simple expression* » : v. notamment JUILLET C., « Les standards en droit des sûretés », *RDA* 2014, n° 09, pp. 73-70, spéc. p. 78 et s, n° 9 ainsi que la note de Monsieur Vasseur sous l'arrêt de la chambre commerciale du 21 mai 1985 qui déclarait que l'abus est manifestement excessif lorsqu'il « *crève les yeux* », VASSEUR M., note sous Com. 21 mai 1985, *D. 1986*, jur, p. 213 et s., spéc. p. 216.

<sup>1824</sup> C. civ. art. 1130.

<sup>1825</sup> C. civ. art. 1141 et 1143.

dérisoire »<sup>1826</sup> ; du « déséquilibre significatif »<sup>1827</sup> ; de l'« exécution excessivement onéreuse »<sup>1828</sup> ; de l'« inexécution suffisamment grave »<sup>1829</sup> ou encore de la « pénalité convenue manifestement excessive ou dérisoire »<sup>1830</sup> sont intégrés dans des règles permettant de restaurer, de façon plus ou moins explicite, un équilibre rompu. Ces standards contractuels traduisent, dans l'application du principe d'équilibre interne, un caractère d'évidence adaptée à la règle dans laquelle ils sont introduits, c'est-à-dire un seuil de gravité particulièrement élevé. Seul un déséquilibre patent<sup>1831</sup> devra être sanctionné. Finalement, au rebours de ce qui a pu être écrit, les standards contractuels ne sont pas une graduation de l'excessif ou de l'anormal<sup>1832</sup>, mais une sous-directive indiquant au juge que seuls les déséquilibres visibles à l'œil nu, sans nécessité d'expertise, pourront être corrigés, soit par le biais d'une révision, soit par celui d'un réputé non écrit, d'une résiliation ou encore d'une annulation. Cette restriction<sup>1833</sup> est le gage, pour le contractant, d'une certaine prévisibilité dans la sanction.

---

<sup>1826</sup> C. civ. art. 1169.

<sup>1827</sup> C. civ. art. 1171.

<sup>1828</sup> C. civ. art. 1195.

<sup>1829</sup> C. civ. art. 1219, 1220 et 1124.

<sup>1830</sup> C. civ. art. 1231-5.

<sup>1831</sup> À cet égard, un magistrat avait expliqué la nature du contrôle réalisé par la Cour de cassation en matière de disproportion manifeste en ces termes : « Si la disproportion manifeste relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation contrôle, cependant, les éléments propres à établir cette disproportion ». Un arrêt de la chambre commerciale a pu être interprété par la doctrine comme instaurant un contrôle sur le caractère « manifeste » de la disproportion, que la Cour a ainsi défini : « Au sens de l'article L. 341-4, devenu L. 332-1 et L. 343-4 du code de la consommation, la disproportion manifeste du cautionnement aux biens et revenus de la caution au jour où il a été souscrit suppose que la caution soit à cette date dans l'impossibilité manifeste de faire face à un tel engagement (son) avec ses biens et revenus. En conséquence, se détermine par des motifs impropres à caractériser une telle disproportion, la cour d'appel qui se borne à relever que l'engagement de la caution était pratiquement du montant de son patrimoine et que ses revenus mensuels étaient grevés du remboursement de prêts ». Comment comprendre cet arrêt et notre contrôle ? En réalité, le « manifestement » de l'article L. 341-4 du Code de la consommation peut revêtir deux significations différentes, qui ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre : l'une se rapporte à l'existence même de la disproportion, l'autre à sa mesure : Com., 28 févr. 2018, n° 16-24.841 : *Bull. civ. IV*, n° 24, *JurisData* n° 2018-002761 ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 112, note AYNÈS L. ; *RD bancaire et fin.* 2018, comm. 65, note LEGEAIS D. ; *JCP E* 2018, 1197, note LEGEAIS D., in LEGEAIS D., GRAFF-DAUDET M., MATUCHANSKY O., « Sûretés personnelles - Actualité du droit des sûretés personnelles », *Rev. Droit bancaire et financier* 2021, n° 4, étude 13, spéc. n° 13.

<sup>1832</sup> JUILLET C., *art. cit.*, *RDA* 2014, n° 09, pp. 73-70, spéc. p. 75, n° 2.

<sup>1833</sup> GENICON T., « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n° 4, p. 751, spéc. 8 : « Ainsi lorsque l'ordonnance énonce à l'article 1195, comme condition de l'imprévision, que le déséquilibre causé par un événement postérieur doit rendre l'exécution « excessivement » onéreuse. Elle introduit certes une innovation majeure (la révision du contrat) mais signifie immédiatement que l'approche doit être très restrictive. Par-là, le texte manifeste son attachement au principe, celui de la force obligatoire, qu'il n'est pas question d'ébranler. Dans le même ordre d'idée, lorsque l'article 1171 admet la censure, dans tout contrat d'adhésion, d'une clause excessive, c'est à la condition qu'une telle clause consume un déséquilibre « significatif ». Le message est clair là aussi : tout déséquilibre ne suffit pas, il faut encore que ce déséquilibre soit « significatif ». Dans les deux cas, l'ajout de l'adverbe ou de l'adjectif vaut mise en garde et se traduit par des conséquences juridiques importantes : les juges devront spécialement motiver le caractère excessif de l'onérosité ou significatif du déséquilibre. À chaque fois, on peut dire qu'il s'agit d'un adjectif conditionnel ou d'un adverbe conditionnel : il porte une condition à l'application de la règle ; il est même une règle (dans la règle) à lui tout seul ».

Ce dernier ne pourrait légitimement ignorer qu'une sanction pourrait être prise en considération du déséquilibre inhérent au contenu contractuel auquel il a consenti.

Par ailleurs, l'analyse sémantique est particulièrement intéressante puisqu'elle révèle que chaque terme qui compose le standard participe du caractère d'évidence.

**488. La sémantique des standards contractuels.** Ainsi, le substantif qui compose le standard est-il toujours qualifié par un adjectif – *illusoire, grave, significatif* – lequel est bien souvent nuancé et précisé par un adverbe – *suffisamment, excessivement, manifestement* –. L'étude des substantifs auxquels sont reliés les éléments consacrant le seuil de gravité est également pertinente puisque ces derniers sont employés distinctement selon qu'il s'agit de mesurer une valeur quantitative ou qualitative.

Par exemple, la disproportion, qui évoque la disparité exagérée et dangereuse entre deux ou plusieurs objets, a pour équivalent sémantique le déséquilibre, tandis que la disproportion évoque une rupture d'égalité entre deux quantités plutôt qu'entre deux qualités. Elle désigne alors une excessive différence dans un rapport chiffrable, telle qu'entre deux prix. Le déséquilibre, quant à lui, représente un déficit d'harmonie ou de concordance siégeant plutôt dans un rapport entre deux qualités. Il semble, dès lors, tout à fait justifié que le législateur ait envisagé la sanction des clauses abusives en la soumettant à la condition du « *déséquilibre significatif* » entre les droits et obligations des parties<sup>1834</sup>, soit un rapport de force qualitatif. Inversement, l'emploi de « *la disproportion manifeste* » entre un intérêt et un coût<sup>1835</sup> est approprié puisqu'ici, le quantitatif l'emporte sur le qualitatif.

En outre, si le *déséquilibre significatif* et la *disproportion manifeste* impliquent un excès, ce dernier apparaît toujours dans un système de comparaison entre deux données. Au contraire, dans le standard de *l'exécution excessivement onéreuse* utilisé en matière d'imprévision prévue à l'article 1195 du Code civil, le déséquilibre ou la disproportion ne constitueraient pas une terminologie appropriée, car il n'est question ici que de qualifier et de quantifier un seul fait : l'exécution<sup>1836</sup> et non pas de mettre en rapport deux phénomènes

---

<sup>1834</sup> C. civ. art. 1171 : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

<sup>1835</sup> C. civ. art. 1221.

<sup>1836</sup> C. civ. art. 1195.

distincts. Il est à noter que l'adverbe *excessivement* joue le rôle d'un superlatif absolu lequel ne saurait entrer dans un système de comparaison.

Enfin, le standard du *suffisamment grave*, conditionnant les résolutions judiciaire ou par notification, se rapproche du *déséquilibre significatif* et de la *disproportion manifeste* dans la mesure où il suggère également une confrontation entre deux éléments : l'inexécution et les conséquences de celle-ci. En revanche, c'est l'adverbe *suffisamment* et non les adjectifs *significatif* ou *manifeste* qui permet de subordonner la sanction à la comparaison des deux termes de l'évaluation. En présence du *suffisamment grave*, la sanction de la résolution ne sera prononcée que si la disproportion entre les deux objets s'avère patente : la disproportion sera incontestablement suffisante pour engendrer une réponse judiciaire<sup>1837</sup>.

*En somme, la construction sémantique du standard, reposant sur des adjectifs et des adverbes précisant et reprécisant les substantifs – ces derniers étant employés différemment selon qu'il s'agit de mesurer une valeur quantitative ou qualitative – contribue à nuancer et objectiver le principe d'équilibre interne.*

**489. L'objectivation de l'équilibre interne.** L'instauration de la technique législative du standard dans les règles relatives à l'équilibre contractuel interne offre une application objectivée de ce dernier. Les principes juridiques sont souvent les instruments mis au service de l'interprétation créatrice des juges. La bonne foi ou le raisonnable en sont des exemples flagrants<sup>1838</sup>. Ils nécessitent, dès lors, une sous-directive pour objectiver leur application. Il a déjà pu être considéré, par exemple, qu'au sein du standard de la *disproportion manifeste* conditionnant la sanction prévue par les anciens articles L. 313-10, et L. 341-4 du Code de la consommation, « *le caractère manifeste (renvoie) à une sorte d'évidence, le pouvoir des juges du fond s'en trouve considérablement bridé* »<sup>1839</sup>. La technique du standard est un pont jeté entre l'idéal du devoir-être exprimé par le principe juridique et la réalité objective des faits que le standard permet de mesurer. Les faits seront évalués non pas dans le but de savoir si l'équilibre est respecté, mais dans celui de savoir si le *déséquilibre* contractuel présent dans les faits dépasse une ligne de démarcation flagrante qui tisse une

---

<sup>1837</sup> C. civ. art. 1224.

<sup>1838</sup> V. *supra* n° 428.

<sup>1839</sup> JUILLET C., *art. cit.*, RDA 2014, n° 09, pp. 73-70, spéc. p. 75, n° 2.

seule grille de lecture et d'évaluation. En somme, si les critères de l'équivalence, de la commutativité, de la réciprocité ou encore de la proportionnalité permettent de comprendre, théoriquement, ce qu'est l'équilibre contractuel, c'est dans son acception la plus absolue. En pratique, il est donc nécessaire de redéfinir l'équilibre contractuel interne tel qu'il existe en droit positif, c'est-à-dire un principe édulcoré, qui ne permet qu'une sanction des déséquilibres les plus évidents.

**490. Proposition de modification de la définition de l'équilibre interne.** En droit positif, l'équilibre contractuel interne pourrait ainsi être redéfini comme *le contenu contractuel, envisagé dans sa globalité, au sein duquel les valeurs, exprimées en termes quantitatifs ou qualitatifs ne sont pas, à l'évidence, discordantes*. Les éléments de cette nouvelle définition méritent néanmoins quelques précisions.

**1\* Tout d'abord, les valeurs qualitatives et quantitatives de l'échange contractuel doivent être comprises comme l'ensemble des prestations, obligations et droits<sup>1840</sup> convenus par les parties au contrat.** Aussi le contenu contractuel concerne-t-il à la fois un rapport économique et un rapport de force. Deux types de déséquilibres sont alors pris en compte : d'une part, le déséquilibre économique qui correspond en général à une absence de contrepartie, un vil prix<sup>1841</sup> ou bien un avantage manifestement excessif ; d'autre part, le déséquilibre de pouvoir représenté par un déséquilibre entre les droits et obligations des parties, notamment au regard d'un pouvoir unilatéral donné à l'un des contractants sans contrepartie directe ou indirecte.

---

<sup>1840</sup> CA Douai, 2<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> section, 4 nov. 2021, n° 19/04163 : Dans cet arrêt, la société Côté jardin avait commandé à la société Visual group des écrans vidéo LED pour une valeur totale de 48810 euros. La société Côté jardin a reçu une marchandise de prêt palliant le délai important de livraison des marchandises achetées le 5 janvier 2017. À la facture, étaient jointes les conditions générales de vente du fournisseur. Le matériel définitif a finalement été livré le 19 juin 2017. Il a été constaté par huissier que la majorité des dalles étaient défectueuses et abîmées. Or, la clause 3.2 des conditions générales imposait à l'acheteur de retourner à ses frais la marchandise non conforme dans les 48 heures de la livraison, à peine de caducité du droit de s'en prévaloir. La cour d'appel a estimé que cette clause, située dans un paragraphe consacré à la livraison, avait pour seul but de rendre exagérément difficile à l'acheteur de mettre en jeu la responsabilité du vendeur pour défaut de livraison conforme. Cette clause ayant été, de plus, soustraite à la négociation et déterminée unilatéralement par le vendeur. Le déséquilibre de pouvoir établi par l'article 1171 était donc prouvé et la clause devait être réputée non écrite.

<sup>1841</sup> CA Reims, ch. civ., 1<sup>re</sup> section, 1er juin 2021, n° 20/01151.

2\* **Ensuite, ce contenu contractuel doit être apprécié de façon globale.** Ainsi, la seule asymétrie d'une clause de résiliation prévoyant une indemnité à la charge de l'une des parties, sans frais pour l'autre, ne saurait constituer, d'office, un déséquilibre significatif. Il est nécessaire d'apprécier l'ensemble des droits et obligations des parties. Dans une affaire<sup>1842</sup>, l'indemnité de résiliation a été analysée comme « *une contrepartie des risques pris par le cocontractant au titre de l'avance intégrale des frais de valorisation des droits de propriété intellectuelle, dans l'attente d'une rémunération ultérieure en cas de perception de redevances* »<sup>1843</sup>.

3\* **Enfin, les valeurs quantitatives ou qualitatives du contenu contractuel ne doivent pas être, à l'évidence, discordantes.** Ce caractère d'évidence représente le curseur placé sur la coulisse graduée du principe par les standards contractuels tels que la disproportion *manifeste*, l'avantage *manifestement excessif*, le déséquilibre *significatif*, le *suffisamment grave* ou encore la contrepartie *illusoire ou dérisoire*. La discordance, quant à elle, renvoie à la finalité de l'équilibre contractuel interne dans la mesure où elle constitue un défaut d'harmonie entre les parties d'un ensemble<sup>1844</sup>.

**491.** De surcroît, si l'indétermination inhérente à la sous-directive que constitue le standard semble pouvoir permettre de nuancer la thèse de l'objectivation, elle est, en réalité, ce qui permet au standard de coller au mieux avec la réalité qu'il évalue : le contenu contractuel. Le seuil de gravité élevé présenté par les standards est, en ce sens, bien plus efficace que des seuils rigides (§2).

## §2. L'EFFICACITÉ DE L'OBJECTIVATION PAR LE SEUIL DE L'ÉVIDENCE

**492. Souplesse versus rigidité.** Il serait envisageable de contester la thèse de l'objectivation par le seuil indéterminé que propose le standard dans la mesure où seule une cote précise et mathématique permettrait d'objectiver le principe d'équilibre contractuel et d'assurer une sécurité juridique parfaite. Pourtant, l'excès de rigidité

---

<sup>1842</sup> Com., 31 mars 2021, n° 19-16214, *Sté Mobilead c/ Sté France BRevs*, F-D.

<sup>1843</sup> KASSOUL H., « Déséquilibre significatif : preuve de la soumission et appréciation du déséquilibre », *LEDC* 2021, n° 5, p. 4.

<sup>1844</sup> *Dictionnaire Larousse*, v. « Discordance ».

engendre des effets pervers bien plus préjudiciables que l'emploi du standard juridique. En effet, les seuils rigides, ou fixes<sup>1845</sup>, sont inadaptés à la complexité du champ d'application de l'équilibre interne, à savoir le contenu contractuel. Le contenu contractuel peut revêtir une infinité de situations, plus ou moins complexes<sup>1846</sup>. Or, seul un seuil relativement indéterminé permet d'embrasser cette réalité multiple. D'ailleurs, c'est le choix que semble avoir opéré le législateur lors de la réforme du droit des obligations.

**493. La prééminence des seuils indéterminés dans la réforme du droit contractuel.** Le choix du législateur d'utiliser les sous-directives indéterminées que sont les standards pour mettre en œuvre le principe d'équilibre contractuel n'est pas le fruit d'un revirement ou d'une volonté de trahir la philosophie du Code de 1804. Il s'agit en réalité d'un choix de technique législative correspondant à sa position initiale et consistant à n'intervenir que dans le cas des déséquilibres les plus flagrants. Lorsque l'on observe la règle relative à la sanction de la lésion d'immeuble des 7/12, à l'article 1674 du Code civil<sup>1847</sup>, la sanction du déséquilibre est fixée à un seuil particulièrement élevé. Si l'on prend l'exemple d'un bien estimé à 100 000 euros, la rescision pour lésion ne pourra être acquise que pour une vente inférieure à 41666 euros<sup>1848</sup>. La réforme du droit des contrats, reprenant les règles jurisprudentielles établies par le biais de l'interprétation de la notion de cause objective, a introduit une nouvelle exception implicite, de droit commun, à la lésion. De fait, l'article 1169 permet de contrôler les déséquilibres économiques les plus incontestables par le biais du standard. En exigeant, en matière de contrat onéreux, une *contrepartie non dérisoire* ou *non illusoire*, le législateur a entendu admettre la lésion lorsque le déséquilibre économique est tel qu'il peut être assimilé à une absence de contrepartie. La sanction de ce déséquilibre économique repose, de fait, sur le seuil de gravité indéterminé du standard : l'*illusoire* ou le *dérisoire*. Or, ce seuil de gravité ne semble pas remettre en cause la sécurité ou la prévisibilité contractuelle. Au contraire, ce standard de la contrepartie illusoire ou dérisoire contraint le juge à une appréciation encore plus stricte du déséquilibre économique que celui prévu par l'article 1674 du Code civil. Bien souvent, les juges du

---

<sup>1845</sup> FIN-LANGER L., *th. cit.*, p. 300, n° 433 et s.

<sup>1846</sup> *Ibid.*, p. 157, n° 227.

<sup>1847</sup> C. civ. art. 1674 : « Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value ».

<sup>1848</sup> Le calcul de la lésion est le suivant : 100.000 x 5 / 12 : 41.666 euros.



fond ont assimilé le caractère dérisoire de la contrepartie à un vil prix, c'est-à-dire à un prix quasiment inexistant. Sur le fondement de l'article 1169, il y a ainsi fort à parier que le prix lésionnaire de moins de 41666 euros, évoqué dans notre exemple, ne pourrait pas être sanctionné pour *contrepartie dérisoire*. De la même façon, les décisions prises sur le fondement du standard de *l'avantage manifestement excessif* prévu par le vice de violence de l'article 1143 du Code civil semblent faire une appréciation juste de ce seuil de gravité élevé sans que l'on puisse opposer une atteinte à la prévisibilité contractuelle. Par exemple, dans un arrêt du 26 novembre 2020, la Cour d'appel de Versailles<sup>1849</sup> a confirmé le jugement de première instance qui avait caractérisé l'existence d'un *avantage manifestement excessif*. Dans cette affaire, une société avait confié à une société sous-traitante la pose de tuyauterie dans le cadre d'un marché de travaux de la ville de Pontarlier pour la somme globale et forfaitaire de 27000 euros HT. À la suite de l'émission d'une facture de 22410 euros, la société sous-traitante a émis trois autres factures pour un montant total de 137.920 euros. La première société, niant la régularité de ces nouvelles factures, a imposé à sa société sous-traitante une transaction fixant de manière forfaitaire le montant des travaux à la somme de 90 000 euros. Or, il avait été établi, par les juges de première instance, que la première société avait abusé de l'état de dépendance<sup>1850</sup> de la société sous-traitante à son égard, lui imposant de ce fait un accord transactionnel. De cet engagement, la société a tiré un *avantage manifestement excessif* en obtenant une remise de plus de 40 % sur la facturation initiale, s'élevant à 47.920 euros, sans pour autant offrir une concession réciproque à la société sous-traitante. Cet avantage de 40 % possède, sans nul doute, un caractère d'évidence. Nul besoin d'expertise pour constater le manque à gagner manifestement excessif de la partie sous-traitante. Malgré l'indétermination intrinsèque au standard de l'avantage manifestement excessif, sa *chiffrabilité*<sup>1851</sup> et l'*objectivité* de son seuil de gravité permettent, à notre avis, de contester assez aisément une rupture de sécurité juridique ou de prévisibilité des parties. **Aussi l'utilisation du standard juridique n'implique-t-elle pas**

---

<sup>1849</sup> CA, Versailles, 12<sup>e</sup> ch., 26 nov. 2020, n° 19/03233.

<sup>1850</sup> En effet, la société ST2r, immatriculée fin 2015, n'avait que 13 mois d'existence lors de la signature avec la société Spac du protocole d'accord transactionnel. La Spac ne pouvait ignorer que la société se trouvait dans une situation de fragilité inhérente à son immatriculation récente puisque son extrait Kbis était annexé au contrat. Par ailleurs, de février 2016 à février 2017, le chantier de la société Spac était le seul chantier d'importance sur lequel intervenait la St2r. De plus, immédiatement après la perception du chèque de 90 000 euros de la société Spac, la St2r avait réglé les arriérés de salaire de ses salariés. En considération de l'ensemble de ces éléments, les juges du fond ont pu considérer que la société St2r se trouvait dans une situation de dépendance au regard de la société Spac.

<sup>1851</sup> Sur la concrétisabilité et la chiffrabilité des standards, v. *supra* n° 241 et s.

**pour le juge de faire œuvre de qualification juridique, mais simplement de qualification ordinaire, « plus concrète et réaliste »**<sup>1852</sup>. D'ailleurs, dans sa décision du 6 octobre 2022, le Conseil Constitutionnel a décidé que la notion « *d'avantage manifestement disproportionné* » figurant dans le 1° du paragraphe I de l'article L.442-1 du code de commerce, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 « *ne présente pas de caractère imprécis ou équivoque* »<sup>1853</sup>.

Le seuil de gravité établi par le standard contractuel permet à la fois d'objectiver le principe d'équilibre contractuel tout en respectant l'essence de son champ d'application : un contenu contractuel complexe et diversifié.

### **Conclusion Section I**

**494. L'objectivation de l'équilibre interne par le seuil de gravité du standard contractuel.** La définition de l'équilibre interne par le biais de quatre critères théoriques cumulatifs, l'équivalence, la réciprocité, la commutativité et la proportionnalité n'était pas en adéquation avec un droit positif ne sanctionnant pas, par principe, les contrats lésionnaires. Le seuil de gravité inhérent au standard contractuel : le *manifeste*, le *suffisant*, le *significatif* ou encore *l'illusoire* et le *dérisoire* consacrent, en revanche, une vision positive plus circonspecte à l'égard de la justice contractuelle. En effet, introduire le standard dans la définition de l'équilibre interne implique le renvoi à l'évidence. Cette restriction par le standard objective le principe de l'équilibre et opère une mise en conformité avec l'impératif de sécurité juridique. L'équilibre interne a donc, *in fine*, pu être défini comme *le contenu contractuel, envisagé dans sa globalité, au sein duquel les valeurs, quantitatives ou qualitatives ne sont pas, à l'évidence, discordantes*. Par ailleurs, le seuil de gravité par essence indéterminé du standard contractuel est bien plus adapté qu'un seuil rigide à l'objet de l'équilibre interne, c'est-à-dire un contenu contractuel dense, varié et évolutif.

Au-delà de l'objectivation, l'interdépendance de l'équilibre contractuel interne avec les standards se manifeste également par une concrétisation effective du principe par les standards (**Section II**).

---

<sup>1852</sup> Sur la différence entre les concepts de qualification juridique et qualification ordinaire : THÉVENOT L., « Jugements ordinaires et jugement de droit », in *Annales Économie, Société, Civilisation* 1992, n° 6, p. 1279.

<sup>1853</sup> Décision n° 2022-1011 QPC du 6 octobre 2022 (Société Amazon EU).

## SECTION II

### LA CONCRÉTISATION PAR LE STANDARD

**495. L'application de l'équilibre interne par les standards.** L'équilibre interne a été défini comme *le contenu contractuel, envisagé dans sa globalité, au sein duquel les valeurs, quantitatives ou qualitatives ne sont pas, à l'évidence, discordantes*<sup>1854</sup>. L'évidence est traduite par la technique législative du standard contractuel qui offre au juge un seuil de gravité particulièrement élevé. Ce dernier réduit, par là même, la marge de manœuvre du juge à une fourchette étroite d'interprétation<sup>1855</sup>. Le propos de cette étude est de démontrer, au regard de la nouvelle définition objectivée de l'équilibre interne et de notre pyramide de référence, que le principe d'équilibre interne est promu par la technique législative du standard. Ainsi, le standard juridique joue un rôle dual. D'une part, il restreint la portée de l'équilibre interne en ne permettant la sanction que des déséquilibres les plus patents. L'équilibre contractuel dans une acception idéale ou absolue n'a pas de réalité tangible en droit positif. Le droit des contrats ne tend pas vers un équilibre objectif des prestations. Il sanctionne, négativement, les déséquilibres les plus inacceptables, autrement dit ceux qui font passer le contrat d'un état d'équilibre global à celui de déséquilibre patent. D'autre part, c'est le standard juridique lui-même qui concrétise, dans la règle de droit, le principe de l'équilibre interne qu'il applique. Le standard contractuel conditionne la restauration de l'équilibre interne rompu.

**496. Plan.** Standard par standard et dans une approche chronologique du droit des contrats, il conviendra de démontrer cette proposition. La concrétisation de l'équilibre interne par les standards s'exprime aussi bien dans la formation du contrat (§1 – **La concrétisation dans la formation du contrat**) qu'à propos des règles relatives à son exécution (§2 – **La concrétisation dans l'exécution du contrat**).

---

<sup>1854</sup> V. *supra* n° 490 et s.

<sup>1855</sup> GENICON T., « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n° 4, p. 751 et s.

## §1. LA CONCRÉTISATION DANS LA FORMATION DU CONTRAT

**497.** *Une phase de formation jalonnée par les standards.* Plusieurs standards jalonnent le stade de la formation du contrat, de l'étape précontractuelle<sup>1856</sup> aux conditions de validité. Certains de ces standards appliquent plutôt l'équilibre contractuel externe en réalisant la cohérence des valeurs contradictoires du droit des contrats<sup>1857</sup>. C'est le cas du standard *du délai raisonnable*<sup>1858</sup> qui vient modifier le régime de l'offre et de l'acceptation au moment de la conclusion du contrat.

En revanche, le standard des « *conditions substantiellement différentes* »<sup>1859</sup>, ou encore celui de l'« *avantage manifestement excessif* »<sup>1860</sup> concrétisent l'équilibre interne – relatif au contenu du contrat – en matière de vice du consentement (**A – La concrétisation au regard du consentement**). De la même façon, les standards de « *contrepartie illusoire* » « *dérisoire* »<sup>1861</sup>, ainsi que de « *déséquilibre significatif* »<sup>1862</sup>, retranscrivant notamment les fonctions de l'ancienne cause, participent de la concrétisation du principe d'équilibre interne au regard des prestations (**B – La concrétisation au regard des prestations**).

### A. LA CONCRÉTISATION AU REGARD DU CONSENTEMENT

**498.** *Consentement et équilibre contractuel interne.* La phase de conclusion du contrat englobe aussi bien les négociations précontractuelles que le moment crucial de la rencontre des volontés : le jeu du consentement<sup>1863</sup>. La réglementation des négociations s'étend, dans le Code civil, des articles 1112 à 1127- 6. Oubliée du Code Napoléon, la phase de conclusion du contrat, intégrée depuis fort longtemps dans les manuels, a trouvé

---

<sup>1856</sup> Sur la notion, v. notamment : MAZEAUD D., « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, pp. 637-659.

<sup>1857</sup> V. *infra* n° 540 et s.

<sup>1858</sup> C. civ. art. 1116, 1117, 1158, 1195, 1211 et 1222.

<sup>1859</sup> C. civ. art. 1130.

<sup>1860</sup> C. civ. art. 1141 et 1143.

<sup>1861</sup> C. civ. art. 1169.

<sup>1862</sup> C. civ. art. 1171.

<sup>1863</sup> DESHAYES O., « La formation des contrats », Dossier : « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? (Paris, 16 février 2016) », *RDC* 2016, n° hors-série, p. 21.

une place de choix dans le nouveau Code civil du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>1864</sup>. Les vices du consentement, quant à eux, déjà établis par le Code civil de 1804 ont suscité de vifs débats au moment de la ratification de l'ordonnance du 10 février 2016<sup>1865</sup>. Toujours est-il que le contrat, au sens du droit naturel classique, était « *conçu comme un échange de choses de même valeur* »<sup>1866</sup>, c'est dire qu'il reposait sur l'équilibre des prestations.

La doctrine du volontarisme, en revanche, a placé la volonté au centre du contrat : le contrat devient alors un accord de *volontés*. Est alors équilibré un contrat qui est le fruit d'un consentement libre et éclairé. L'équilibre est ainsi relayé au second plan et se manifeste par le truchement du consentement. Or, si l'équilibre se traduit dans le consentement, cela signifie bien que le déséquilibre d'un contrat peut être identifié notamment à travers l'altération d'un consentement<sup>1867</sup>. La volonté remplace donc l'équilibre « *comme élément essentiel du contrat et l'équilibre se manifeste dorénavant à travers le consentement, le déséquilibre étant la marque d'un vice du consentement* »<sup>1868</sup>. La sanction des vices du consentement pourrait donc, parfois, se fonder sur la théorie selon laquelle un contrat totalement déséquilibré ne pouvant avoir raisonnablement été voulu par une partie, il doit être annulé<sup>1869</sup>. Ainsi, l'erreur, le dol ou la violence désavantagent manifestement le contractant qui a conclu le contrat. Le contenu du contrat réalisé est, dans cette perspective,

---

<sup>1864</sup> DESHAYES O., GENICON T. LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2016, LexisNexis, p. 73 ; FAGES B., « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018 », Dossier : « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 (Paris, 7 juin 2018) », *RDC* 2018, n° hors-série, p. 15.

<sup>1865</sup> FAGES B., *art. cit.*, *RDC* 2018, n° hors-série, p. 15.

<sup>1866</sup> CHARPENTIER E., « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *Les Cahiers du droit*, vol. n° 45, n° 1, 2004, p. 69.

<sup>1867</sup> CHARPENTIER E., *art. cit.*, *in loc. cit.*, vol. n° 45, n° 1, 2004, p. 69. Bien qu'il ait pu être relevé qu'« *ériger le déséquilibre contractuel en condition d'un vice du consentement ne va pas de soi* » : DEHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 262.

<sup>1868</sup> *Ibid.*, p. 70 : L'auteur ajoute qu'« *avec le volontarisme, on observe une redéfinition de la conception du contrat : celui-ci est dorénavant conçu comme un acte juridique résultant d'un accord de volontés. Cette conception du contrat peut être qualifiée de subjective, car elle est fondée sur l'événement qui donne naissance au contrat, c'est-à-dire la rencontre des volontés. L'équilibre des prestations se manifeste alors essentiellement à travers la notion de lésion. La notion d'équilibre, devenue la lésion, est un élément subjectif du contrat dans la mesure où elle est rattachée au consentement. Dans ce contexte, la volonté – le consentement – prend une importance considérable, tandis que l'équilibre des prestations est relégué au second plan : le déséquilibre n'est plus un vice du contrat, mais devient la marque d'un vice du consentement. Le caractère subjectif renvoie ici à l'idée que ce ne sont pas les prestations du contrat qui sont d'abord évaluées, mais bien le sujet, le consentement de la personne qui a contracté* ».

<sup>1869</sup> *Ibid.*, p. 81 : « *Avec le volontarisme, les règles relatives au contrat ne sont plus articulées en fonction de l'idée que le contrat est un outil d'échange soumis au respect de certaines exigences relatives à l'équilibre des prestations, mais à partir de la volonté des contractants. La conception subjective du contrat fait de la volonté l'élément central autour duquel s'articulent les règles relatives au contrat. Les interventions législatives ayant pour objet de rétablir l'équilibre sont fondées sur l'idée qu'un contrat très déséquilibré ne peut pas avoir été réellement voulu. La lésion ne remet pas alors en cause le principe selon lequel le contrat repose sur le consentement des parties : elle est plutôt conçue comme un vice du consentement* ».

sans commune mesure avec le contenu du contrat, tel qu'il aurait été conclu en l'absence de vices.

Notamment, lorsque les articles 1130 et 1143 du Code civil invoquent, respectivement, les standards des « *conditions substantiellement différentes* » et de l'« *avantage manifestement excessif* », il s'agit de sanctionner les déséquilibres flagrants entre le contenu supposé du contrat et son contenu réel. Le juge n'a donc pas pour tâche de réaménager ce contrat pour le rééquilibrer, mais de l'annuler dans la mesure où un tel contrat, perverti par l'erreur, le dol ou la violence, ne saurait subsister. Le vice engendre, dans cette optique, un déséquilibre tel que la loi ne saurait le tolérer.

En tout état de cause, l'objectif est de démontrer que l'intégration des standards dans la législation contractuelle relative au consentement offre une concrétisation raisonnée et objectivée du principe de l'équilibre contractuel interne. En effet, d'une part le standard des *conditions substantiellement différentes* est un instrument de mesure procurant au juge une quantification du déséquilibre du contenu du contrat (**1 – Les conditions substantiellement différentes**). D'autre part et de la même façon, le standard du *manifestement excessif* est la condition *sine qua non* de l'annulation d'un contrat dont le déséquilibre est consécutif d'un abus de dépendance (**2 – L'avantage manifestement excessif**).

## 1. LES CONDITIONS SUBSTANTIELLEMENT DIFFÉRENTES

**499. Un vice engendrant un déséquilibre important.** Si l'approche curative des déséquilibres du consentement est aujourd'hui concurrencée par une approche préventive – le développement d'obligations d'ordre informationnel<sup>1870</sup> – les contentieux qui y sont relatifs demeurent intenses. C'est pourquoi tout vice du consentement ne saurait remettre en cause le contrat. Seul un vice responsable d'un déséquilibre marquant pourra être pris en compte au travers du standard des *conditions substantiellement différentes*. Comme nous l'avons évoqué, l'équilibre interne au contrat, dans le droit positif, ne sanctionne pas tous les déséquilibres, mais seulement *le contenu contractuel, envisagé dans sa globalité, au sein duquel les valeurs, quantitatives ou qualitatives sont, à l'évidence, discordantes*.

---

<sup>1870</sup> FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1992.

L'article 1130 du Code civil conditionne la prise en compte d'un vice du consentement à son caractère déterminant puisqu'il dispose que « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté* ». Si la condition du caractère déterminant du consentement était déjà en vigueur avant la réforme, cela n'était pas le cas pour tous les vices. L'article 1109 ancien du Code civil ne faisait en effet que les énoncer, en disposant qu' : « *il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ». La portée normative de cet article était donc quasi-inexistante. L'apport du nouvel article 1130 du Code civil est d'autant plus considérable qu' « *il met en valeur l'unité profonde des vices du consentement que les lacunes des anciens textes pouvaient masquer* »<sup>1871</sup>. Il reste que le caractère déterminant du consentement, lorsqu'il était requis par le texte, notamment pour le dol, était particulièrement délicat à établir. Une controverse était d'ailleurs née sous l'empire des anciens textes, lesquels engendraient une distinction entre vice incident et vice principal<sup>1872</sup>. De la sorte, le contractant qui se plaignait d'un dol mais qui aurait tout de même contracté, à des conditions différentes, ne pouvait pas obtenir le bénéfice de la nullité, mais seulement des dommages et intérêts.

À cet égard, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats a étendu la nullité aux cas où le contractant aurait tout de même contracté, mais à des « *conditions substantiellement différentes* »<sup>1873</sup>.

**500. La concrétisation de l'équilibre interne par le standard des conditions substantiellement différentes.** Le rejet de la distinction catégorielle, et, par là même, l'extension du domaine de la nullité pour vice témoignent vraisemblablement d'une volonté accrue de protection du contractant dont le consentement a été vicié. La liberté, la

---

<sup>1871</sup> CHANTEPIE G., LATINA M., *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 253.

<sup>1872</sup> V. Notamment ANDRIEU L., THOMASSIN N., *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6<sup>e</sup> éd., 2021, n° 272 ; DEMOLOMBE., *Cours de Code Napoléon*, t. 24, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Lahure, 1877, n° 175 ; TOULLIER., *Le droit civil français selon l'ordre du code*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 6, Warée, 1824, n° 91.

<sup>1873</sup> Si, parfois, le législateur a saisi l'opportunité de codifier à droit constant, prenant en compte les apports substantiels de la jurisprudence (MOLFESSIS N., « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 186 ; LIBCHABER R., « Sur l'effet novatoire de la codification à droit constant », *RTD civ.* 1997, p. 778 ; MOLFESSIS N., « L'avènement du droit de la codification à droit constant », *RTD civ.* 2002, p. 592 ; ROBINEAU M., « À propos des limites d'une codification à droit constant », *AJDA* 1997, p. 655), ce n'est pas tout à fait le cas ici. Si la réforme, par le truchement de l'article 1130 nouveau du Code civil met effectivement un terme à la différence de régime entre vice principal et vice incident, ce n'est pas à n'importe quelle condition.

vertu et la confiance sont mises à l'honneur par le renforcement de la qualité du consentement. L'influence de la morale sur la conclusion du contrat était déjà notable, mais elle est sans aucun doute accentuée par cette nouvelle rédaction. Un auteur considérait néanmoins, déjà avant la réforme, qu'un dol, qu'il soit principal ou incident, pouvait déjà être sanctionné par la nullité. De fait, selon l'auteur, le caractère déterminant s'appréciait de manière souple : le dol était donc déterminant chaque fois que « *l'intéressé (..) n'aurait pas contracté aux conditions initiales sans les manœuvres, le mensonge ou la réticence* »<sup>1874</sup>. La jurisprudence préfigurait alors déjà la prise en compte du vice incident *a priori* consacré par la réforme. La possibilité d'annuler le contrat vicié, même de façon partielle, était donc apparue au mépris de la sécurité juridique<sup>1875</sup>.

Il demeure que si le législateur, à l'occasion de la réforme, a élargi la protection du contractant, il l'a subordonné à un seuil de gravité particulièrement élevé.

**501. La promotion restrictive de l'équilibre contractuel par le standard des conditions substantiellement différentes.** De fait, un contractant dont le consentement a été vicié partiellement devra rapporter la preuve du fait qu'il aurait contracté, mais à des « *conditions substantiellement différentes* » pour obtenir la nullité. Si la doctrine avait parfois décrié les imperfections du texte, considérant que la distinction dol incident/dol principal pourrait persister lorsque les conditions ne seront pas substantiellement différentes<sup>1876</sup> c'est, selon nous, considérablement réduire l'apport fondamental de la réforme, car le législateur met de la sorte définitivement un terme à la possibilité, pour le juge, d'annuler le contrat lorsque le caractère *tout à fait* déterminant du consentement n'est pas acquis.

Il y a, de ce point de vue, lieu de noter que l'ajout de l'adverbe « *substantiellement* » résulte d'une proposition de l'avant-projet présenté sous la direction de François Terré<sup>1877</sup>,

---

<sup>1874</sup> KENFACK H., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 2005, n° 04-10415, *JCP N* 2006, 1143, V. également sur ce point : DEHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 207 et s.

<sup>1875</sup> En effet, que la protection de la partie faible – dont le consentement a été vicié – soit accentuée, n'est pas, en soi, bien entendu, à déplorer. Néanmoins, l'article 1130 semble parvenir à un point d'équilibre dans la mesure où le contrat ne pourra être annulé dans l'hypothèse où le contractant aurait contracté à des conditions non substantiellement différentes. Le contractant pourra seulement se voir allouer des dommages et intérêts ou obtenir la révision d'une clause du contrat.

<sup>1876</sup> C'est d'ailleurs la lecture retenue par la commission des lois du Sénat : PILLET F., *Rapport*, Sénat, 1<sup>ère</sup> lect, n° 22, 11 oct 2017, p. 45.

<sup>1877</sup> TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, art. 36.), qui n'existait pas dans l'avant-projet Catala (CATALA P. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr. 2006, art. 1111-1).



consacrée dans l'optique de « *ne pas étendre le domaine de la sanction des vices au mépris de la stabilité contractuelle* »<sup>1878</sup>. Si la réforme, par le truchement de l'article 1130 nouveau du Code civil met effectivement un terme à la différence de régime entre vice principal et vice incident, ce n'est pas à n'importe quelle condition. Le standard de *conditions substantiellement différentes* fait, en définitive, office, pour le juge, d'instrument de mesure chiffrable ou quantifiable de l'équilibre interne qui restreint son application.

Ainsi, le juge devra constater, par exemple, que si le contractant avait connu, au moment de la conclusion du contrat, la teneur réelle de ses modalités, il aurait demandé une révision importante de ses clauses<sup>1879</sup>. La Cour d'appel d'Amien avait conclu à cet égard que « *les époux B. n'auraient pas consenti à la vente à cette condition de prix leur imposant de contracter un emprunt s'ils avaient été informés de cette limitation au droit de construire, peu important qu'ils n'envisageaient pas au stade de la vente la mise en œuvre d'un projet de construction particulier* ». Par ailleurs, dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 30 mars 2016, les cédants avaient, par le biais d'une hausse massive des prix de vente, donné une image trompeuse des résultats de la société au cours des mois qui avaient précédé la cession. Ils avaient, de surcroît, dissimulé les informations relatives à l'effondrement prévisible du chiffre d'affaires réalisé avec les clients principaux de l'entreprise. La cour d'appel a, dès lors, souverainement, retenu que ces éléments étaient déterminants du consentement du cessionnaire, lequel n'avait pas pu évaluer correctement la valeur de la société cédée et de ses perspectives d'évolution. S'il avait eu connaissance de la situation économique et financière réelle de la société, le cessionnaire n'aurait pas accepté les modalités d'acquisition prévues. La Cour de cassation avait retenu à ce titre que ces réticences dolosives avaient été de nature à entraîner la nullité de la cession<sup>1880</sup>.

Le juge doit donc, ici, opérer une évaluation quantitative du contenu du contrat tel que le contractant victime pensait l'avoir conclu si ce dernier n'avait pas été trompé ou ne s'était pas trompé, et renouveler cette évaluation quantitative pour le contenu réel du contrat. Dans cette espèce, le cessionnaire pensait acquérir une entreprise florissante aux résultats comptables en hausse lors de ses derniers mois d'activité et a en réalité, acquis

---

<sup>1878</sup> PETIT B., « Contrats et obligations - Fasc. 2-1 : Contrat. – Vice du consentement. – Généralités », *JCNR* 2018, actu. sept. 2021.

<sup>1879</sup> CA Amien, 1<sup>er</sup> ch. civ. 22 mars 2022, n° 20/01353. La valeur d'un bien avec une limitation du droit de construire est ainsi sans commune mesure avec celle d'un bien constructible.

<sup>1880</sup> Com., 30 mars 2016, n° 14-11684 ; v. sur ce point : GENICON T., « Le dol incident a-t-il vraiment disparu du droit français ? », *RDC* 2016, n° 04, p. 652, spéc. p. 652.

une société en déclin et dont le chiffre d'affaires s'était effondré. Le caractère substantiel de la différence de modalité permet ainsi de sanctionner un déséquilibre flagrant entre le contenu conclu et le contenu réel du contrat. Néanmoins, en pratique, il s'avèrera parfois délicat, pour le juge, dans les cas où la psychologie du contractant entre en jeu, de déterminer le caractère substantiel de la différence dans tel ou tel aspect du contrat. Dans cette hypothèse, il s'agira de faire un lien avec le standard du *suffisamment grave* applicable aux résolutions judiciaires et par notification. De fait, le juge pourra opter pour une analyse objective en appréciant si la gravité du vice est telle qu'elle justifie l'annulation du contrat ou simplement l'octroi de dommages et intérêts<sup>1881</sup>.

Il n'est pas requis du juge un effort de qualification juridique des faits, mais simplement un acte de constatation, *in concreto*, au moyen d'une appréciation globale du contenu réel et supposé. Le standard ne se fait pas *instrument de création*, mais simplement *outil d'évaluation* de l'équilibre interne. En outre, le standard des *conditions substantiellement différentes* ne témoigne pas d'un idéal porteur d'une appréciation en équité. Une relation d'interdépendance s'établit entre le principe d'équilibre contractuel et le standard qui en permet l'évaluation et la concrétisation.

**502.** De la même façon, le standard de l'avantage manifestement excessif conditionne l'application de l'équilibre interne en opérant comme un instrument de mesure du déséquilibre infligé par une partie à son cocontractant (2).

## 2. L'AVANTAGE MANIFESTEMENT EXCESSIF

**503. La consécration générale de l'abus de dépendance.** Certaines législations spéciales, apparues au début du XXe siècle, notamment en matière maritime<sup>1882</sup>, offraient une protection contre les abus de faiblesse. Toutefois, aucune disposition ne permettait, en droit commun, de sanctionner l'engagement pris sous un état de dépendance. La faute certainement à l'irréductible débat doctrinal entre les libéraux – *aspirant à un maintien du contrat même conclu à des conditions parfois contestables* – et les solidaristes – *qui, au contraire,*

---

<sup>1881</sup> En ce sens : DEHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 208.

<sup>1882</sup> L. du 29 avr. 1916, remplacée par la L. n° 67-545 du 7 juill. 1967 relative aux événements de mer, art. 10 et 15 ; CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, p. 293.

considèrent que le juge devrait quasi systématiquement détenir le pouvoir de modérer l'obligation –<sup>1883</sup>. Toujours est-il qu'il a fallu attendre la réforme de 2016 pour voir apparaître en droit français une législation générale protégeant le contractant en situation de dépendance de l'exploitation abusive de celle-ci par son cocontractant. La sanction d'abus de dépendance a été placée, au sein du Code civil, dans la partie relative aux vices du consentement, notamment aux côtés de la violence. Pourtant, ses conditions d'application sont nettement différentes. En effet, laissant de côté les critères de la crainte et du caractère déterminant du consentement, l'article 1143 du Code civil implique *a priori* de rapporter la preuve de trois conditions : un état de dépendance à l'égard du cocontractant, un abus et un avantage manifestement excessif. Si la condition relative à la situation de dépendance a déjà été largement débattue, notamment au moment de la ratification<sup>1884</sup>, c'est la condition de l'abus qui intéresse tout particulièrement notre étude et qui a soulevé plusieurs interrogations.

**504. La caractérisation objective de l'abus de dépendance.** L'abus implique, *a priori*, que le cocontractant ait *profité* de la dépendance de son partenaire. Plus précisément, la définition classique de l'abus commanderait au contractant victime de rapporter la preuve d'une faute intentionnelle ou d'une action illégitime, c'est-à-dire d'un comportement actif<sup>1885</sup> de son contractant. Toutefois, retenir cette acception de l'abus, c'est-à-dire admettre que le jugement s'appuie sur l'évaluation *subjective* d'un comportement, aurait pu poser difficulté sur le terrain de la sécurité juridique. Effectivement, l'approche volontariste qui met l'accent sur les vices du consentement suppose, pour le juge, de sonder le for intérieur du contractant au moyen d'une approche plutôt subjective. Il avait été d'ailleurs craint que l'article 1143 ne devienne l'exemple topique de cette approche subjective. C'est pourquoi, selon le Rapport remis au président de la République, un critère a été mis en place afin d'objectiver l'appréciation de l'abus : le *standard de l'avantage manifestement excessif*. Dans un récent arrêt, rendu le 9 décembre 2021<sup>1886</sup>, la 2<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation semble d'ailleurs confirmer cette

---

<sup>1883</sup> POTHIER., *Traité des obligations*, t. 1, Thomine et Fortic, 1821, n° 24.

<sup>1884</sup> FAGES B., *art. cit.*, RDC 2018, n° hors-série, p. 15.

<sup>1885</sup> LOISEAU G., « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 3-4 sept. 2015, p. 56 ; BARBIER H., « La violence par abus de dépendance », *JCP* 2016, p. 421 ; FAGES B., *Droit des obligations*, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2021, n° 120.

<sup>1886</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 déc. 2021, n° 20-10096, F-PB.

lecture. La Cour de cassation a estimé qu'il n'était nécessaire de ne rapporter la preuve que d'un *état de dépendance* et d'un *avantage manifestement excessif*. L'abus ne constituerait pas, ainsi, une condition indépendante du standard de l'avantage manifestement excessif. *Sous-directive concrétisable et objective, elle permet de juger de la matérialisation de l'abus et du profit par un critère quantifiable*. La sanction de l'abus de dépendance dépend donc entièrement des conséquences de ce dernier. L'exploitation abusive est tolérée, et l'équilibre contractuel rejeté, tant que le profit n'est pas « manifestement excessif ». À l'occasion d'une autre affaire, la Cour d'appel de Nancy avait également rejeté la demande en nullité du contractant au motif qu'il lui appartenait de démontrer « *l'avantage excessif qui en découle concrètement pour le contractant en position de force* »<sup>1887</sup>.

L'état de dépendance du contractant qui subit le vice de violence ne permet donc pas, en soi, d'obtenir la nullité du contrat conclu. Encore faudra-t-il que le vice se traduise par un contenu du contrat manifestement déséquilibré. Le législateur a ainsi réformé le vice de violence par le biais d'un standard présentant un seuil de gravité particulièrement élevé.

Le standard de *l'avantage manifestement excessif*, opère, ici encore, comme un instrument de mesure quantifiable ou chiffrable de ce déséquilibre<sup>1888</sup>. Cet « *avantage* » manifestement excessif se traduira d'ailleurs, le plus souvent, sous la forme économique<sup>1889</sup> dans la mesure où l'article 1171 du Code civil est restreint au déséquilibre de pouvoirs et ne s'applique pas au prix de la prestation<sup>1890</sup>. La législation protectrice des clauses abusives est donc impuissante en matière de déséquilibre économique, octroyant, de ce fait, une importance particulière à *l'avantage manifestement excessif* résultant d'un abus de dépendance. Il y a près de quarante ans, la Cour de cassation estimait déjà que « *la menace de l'emploi d'une voie de droit ne constitue une violence que s'il y a abus de cette voie de droit soit en la détournant de son but, soit en en usant pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif* »<sup>1891</sup>. Or la proportion représente bien, en langage

---

<sup>1887</sup> CA Nancy, 2<sup>e</sup> ch. civ., 30 sept. 2021, n° 20/01993.

<sup>1888</sup> CA Nancy, 2<sup>e</sup> ch. civ., 30 sept. 2021, n° 20/01993.

<sup>1889</sup> Comme le confirme le rapport au président de la République : « *l'une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence l'abus de dépendance dans laquelle se trouve son contractant que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis dans des arrêts récents et que la doctrine et les praticiens qualifient de violence économique, même si le texte est en réalité plus large et n'est pas circonscrit à la dépendance économique* ».

<sup>1890</sup> Dans le même sens : DEHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 262.

<sup>1891</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 17 janv. 1984, n° 82-15.753.

mathématique, « *un rapport quantitatif entre deux ou plusieurs choses comparables* » ou encore un « rapport de quantité entre-elles », « *un rapport de grandeur entre les parties d'une chose* »<sup>1892</sup>. Ainsi, notamment, le versement de cotisations à une organisation syndicale de salariés comme le paiement d'un supplément de salaire à l'équipage ont constitué un *avantage manifestement excessif* résultant de voies de fait commises par des syndicalistes<sup>1893</sup>.

Bien qu'indéterminé, le standard de *l'avantage manifestement excessif* oblige alors le juge à établir un rapport de proportion entre les termes du contrat tel qu'il aurait dû être conclu dans l'accord primitif et l'avantage résultant du vice. En tout état de cause, contrairement au projet d'ordonnance qui « *réduisait l'abus à l'obtention d'un engagement que le contractant n'aurait pas souscrit s'il n'avait pas été en situation de faiblesse* »<sup>1894</sup>, le législateur a réduit considérablement la marge de manœuvre du juge en intégrant le standard de l'avantage manifestement excessif qui, selon le Rapport au président de la République, répond « *aux craintes des entreprises et [objective] l'appréciation de cet abus* »<sup>1895</sup>. Dans l'arrêt du 9 décembre 2021<sup>1896</sup>, déjà évoqué, rendu sous l'empire de l'article 1111 ancien du Code civil, la Cour de cassation semble d'ailleurs donner une indication sur l'interprétation future de l'article 1143 du Code civil<sup>1897</sup>. En l'espèce, un avocat, ayant été chargé par l'AGS d'un grand nombre de litiges, s'est trouvé dans une situation de dépendance économique à son égard. En effet, une grille d'honoraire contractuelle prévoyait une somme par dossier, d'un montant de 520,80 euros en première instance ainsi qu'en appel lorsque l'AGS était intimée. La convention prévoyait, en outre, la somme de 781,20 euros lorsque l'AGS était appelante. Une dégressivité ainsi qu'une renégociation étaient prévues au contrat, au-delà de 20 dossiers. À la suite d'une première renégociation, le tarif par dossier de première instance avait été réduit de plus d'1/3 de la somme initiale. Après une seconde renégociation, les parties sont convenues d'une somme forfaitaire de 90 000 euros pour 795 dossiers, soit 113 euros l'unité. Cette seconde renégociation a donc abouti à diminuer la somme initiale de plus de 2/3 pour les dossiers de première instance et de plus de 5/6<sup>ème</sup>

---

<sup>1892</sup> Dictionnaire CNTRL en ligne, v. « Proportion ».

<sup>1893</sup> Soc. 8 nov. 1984, *Bull. civ.* V, n° 423.

<sup>1894</sup> Cité par : PELLET S., « L'abus de dépendance est une violence », *LEDC* 2016, n° 3, p. 4.

<sup>1895</sup> *Ibid.*, v. également : DEHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 262.

<sup>1896</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 déc. 2021, n° 20-10096, F-PB.

<sup>1897</sup> CHANTEPIE G., « Contrainte économique et indépendance statutaire d'un avocat », *D.* 2022, p. 384 ; BOFFA M., MUSTAPHA M., « Droit des contrats », *D.* 2022, p. 310 ; HOUTCIEFF D., « La violence économique régénérée », *Gaz. pal.* 2022, n° 16, p. 4 ; LATINA M., « La contrainte économique est caractérisée par un abus de dépendance et un avantage excessif », *RDC* 2022, n° 1, p. 9.

pour les dossiers d'appels dans lesquels l'AGS était appelante. Dès lors, la Cour a estimé « que l'arrêt, ayant caractérisé **l'état de dépendance économique** dans lequel l'avocat se trouvait à l'égard de l'AGS, ainsi que **l'avantage excessif** que cette dernière en avait tiré, en déduit que cette situation de contrainte était constitutive d'un vice du consentement au sens de l'article 1111 ancien du Code civil, excluant la réalité d'un accord d'honoraires librement consenti entre les parties, et fixe les honoraires dus à l'avocat en application des critères définis à l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 ». Les deux conditions posées par cet arrêt reprennent de façon significative celles qui ont été insérées par le législateur dans l'article 1143 du Code civil. De fait, la Cour exige la démonstration **d'un état de dépendance économique à l'égard de son contractant**, ici l'avocat à l'égard de l'AGS qui constituait son unique client, et un abus de cette dépendance, traduit par un **avantage excessif**. Le standard de *l'avantage excessif* constitue bien, en l'espèce, un outil d'objectivation de l'abus : il représente l'instrument de sa mesure. Les juges ont, dès lors, caractérisé l'avantage excessif par le biais d'un chiffrage des honoraires et du déséquilibre résultant du vice. Autrement dit, il existe un déséquilibre chiffrable entre le montant initialement fixé des honoraires et ceux réellement perçus à raison du vice. L'avantage excessif se matérialise ici par une diminution d'au moins 70 % des honoraires préalablement convenus.

L'on peut regretter, cependant, que la Cour de cassation n'ait pas entendu calquer littéralement sa décision sur le seuil de gravité du standard tel qu'il est exprimé dans l'article 1143 nouveau du Code civil. L'avantage, selon la Cour, doit être excessif, et non « *manifestement* » excessif. Était-ce simplement le fruit d'un oubli ? Ou bien l'occasion de faire passer un message plus subtil sur l'interprétation et l'application des standards juridiques ? Si, en l'espèce, la question n'a pas grande importance, dans la mesure où la diminution de 70 % d'une rémunération constitue, en tout état de cause, un déséquilibre flagrant, cette nuance sémantique mérite cependant réflexion. Sans doute, le caractère manifeste de l'excès était tel qu'il aurait été, ici, surabondant de l'évoquer. La Cour de cassation a-t-elle aussi souhaité rappeler au législateur, comme aux justiciables, la modération et la rigueur dont font déjà preuve les juges dans l'application des standards juridiques<sup>1898</sup> ? **Il faut d'ailleurs préciser que les standards juridiques, notions de fait, ne font pas l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation.** Toujours est-il que la mise en place de cette

---

<sup>1898</sup> Sur ce point *supra* n° 274.

technique législative qui conditionne l'action judiciaire au dépassement particulièrement grave du seuil critique de rupture de l'équilibre réduit l'interprétation du juge à une fourchette étroite garantissant, de ce fait, une certaine sécurité contractuelle.

**505.** Par ailleurs, les standards contractuels du *déséquilibre significatif*, du *manifestement excessif ou dérisoire* et de la *contrepartie illusoire ou dérisoire* participent de la concrétisation du principe d'équilibre interne au regard des prestations (**B**).

## **B. LA CONCRÉTISATION AU REGARD DES PRESTATIONS**

**506.** **La concrétisation d'un équilibre relatif du contrat par les standards juridiques.** Le droit français des contrats n'impose pas l'établissement d'un équilibre parfait au sein des contrats. Il demeure attaché à une acception subjective de l'équilibre<sup>1899</sup>. Le contrat n'est pas tenu d'imposer des prestations présentant une égalité arithmétique. Il suffit que celles qui ont été stipulées par les parties soient considérées, par elles, comme équivalentes<sup>1900</sup>. En somme, s'il existe un certain équilibre contractuel à faire valoir, il ne saurait être absolu. L'article 1108 nouveau du Code civil dispose d'ailleurs bien que « *le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* ».

Il demeure qu'un contrôle doit être opéré pour garantir cet équilibre interne subjectif. Le droit commun des contrats bénéficie, aujourd'hui, d'un arsenal efficace permettant la sanction du non-respect de cet équilibre interne par les parties. Ainsi que l'indique le Rapport au Président de la République<sup>1901</sup>, les articles 1168 et suivants du Code civil « *veillent à l'équilibre du contrat* ». Or, ce qui mérite d'être relevé, c'est que chacune de ces dispositions intègre un standard. Le standard est, dans chacune de ces règles, la sous-

---

<sup>1899</sup> BLANC N., « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC* 2019, n° 02, p. 155 et s. ; Également CHÉNEDÉ F., « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015, n° 3, p. 655 et s. ; BARBIER H., « De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège des contreparties en tout genre », *RTD civ.* 2018, p. 102 ; CHAGNY M., « D'une exigence d'absence de déséquilibre significatif à un impératif d'équilibre ? », *RTD com.* 2018, p. 641.

<sup>1900</sup> BLANC N., *art. cit.*, *RDC* 2019, n° 02, p. 155 et s.

<sup>1901</sup> RAPP. AU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE, relatif à l'ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

directive concrétisable d'évaluation et de gradation du principe d'équilibre contractuel interne.

**507. Plan.** Les dispositions législatives contenant un standard juridique, d'une part, veillent à la concrétisation de l'équilibre interne des clauses du contrat (**1 – La concrétisation au regard des clauses du contrat**), et, d'autre part, opèrent la police de la contrepartie (**2 – La concrétisation par la contrepartie illusoire ou dérisoire**).

## 1. LA CONCRÉTISATION AU REGARD DES CLAUSES DU CONTRAT

**508. La concrétisation de l'équilibre contractuel par le biais des standards du déséquilibre significatif et du manifestement excessif ou dérisoire.** Le législateur, par application du principe d'équilibre contractuel, cherche à sanctionner certains déséquilibres. Parfois, c'est grâce à la sanction du réputé non écrit que le législateur corrige le déséquilibre engendré par une clause comme celle qui crée un *déséquilibre significatif* entre les droits et obligations des parties. Dans d'autres cas, c'est par le biais de la révision de la clause que le déséquilibre est réprimé, comme en matière de clause pénale *manifestement excessive ou dérisoire*. Dans ces deux hypothèses, le législateur utilise, en tant que technique législative, la sous-directive que constitue le standard pour appliquer et conditionner l'exercice du principe d'équilibre contractuel interne. Il s'agira, ainsi, d'envisager l'application du principe d'équilibre contractuel interne au travers du standard du *déséquilibre significatif* intégré au sein de l'article 1171 du Code civil qui concerne les clauses abusives du contrat d'adhésion (**a – Le déséquilibre significatif**), et du standard de la *clause pénale manifestement excessive ou dérisoire* prévue à l'article 1231-4 du Code civil (**b – Le manifestement excessif ou dérisoire**).



## a. Le déséquilibre significatif

**509. Propos liminaires sur la qualification du déséquilibre significatif.** La notion de déséquilibre significatif est l'exemple phare du standard juridique<sup>1902</sup>. L'article 1171 du Code civil, dans sa version issue de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, dispose, dans son alinéa premier que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». Cette disposition reprend, en partie, l'article L. 212-1 du Code de la consommation qui prévoyait déjà la sanction des clauses abusives en ces termes : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». L'article 1171 du Code civil fait également écho à la protection du Code de commerce qui dispose en son nouvel article L. 442-1, I, 2°, remplaçant l'ancien article L. 442-6, I, 2° : « *qu'engage la responsabilité de son auteur, le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

Avant la réforme, la lutte des clauses abusives était donc réservée aux législations spéciales : le droit commercial depuis 2008 et le droit de la consommation. Toujours est-il que, dans chacune de ces législations, c'est le standard du *déséquilibre significatif* qui a été choisi pour sanctionner le déséquilibre de pouvoir entre les parties<sup>1903</sup>. L'intégration dans le Code civil de cette protection par le biais du standard du déséquilibre significatif opère ainsi un changement profond dans l'esprit et dans la compréhension du droit commun des contrats<sup>1904</sup>.

---

<sup>1902</sup> Sur les clauses abusives en droit de la consommation : PÉGLION-ZIKA C.-M., *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse, Panthéon-Assas, 2013 ; KARIMI A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, 2001 ; BRICKS H., *Les clauses abusives*, LGDJ, 1982 ; GIAUME C., *La protection du consommateur contre les clauses abusives*, thèse, Nice, 1989. Sur la protection commerciale des clauses abusives voir : MARTIN M., *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, PUAM, 2012 ; MALLÉN G., *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence, analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L'Harmattan, 2014 ; JACOMINO F., *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel, entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Nice, 2018 ; FAGES B., « La lutte contre les déséquilibres significatifs reçoit le renfort du Conseil constitutionnel », *RTD civ.* 2011, p. 121 ; DADOUN A., « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif dans les relations commerciales ? », *LPA* 2011, n° 73 ; LUC I., « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA* 2014, n° 3, p. 112.

<sup>1903</sup> Sur ce point : CHÉNÉDÉ F., *Le nouveau droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 84, n° 123.351 ; par CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, p. 386 et s.

<sup>1904</sup> CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, p. 387.

Tous les auteurs ne s'accordent cependant pas à intégrer le déséquilibre dans la catégorie des standards. Beaucoup<sup>1905</sup> reconnaissent au déséquilibre significatif le titre de standard juridique tandis que d'autres s'y refusent<sup>1906</sup>. L'argumentaire proposé en défaveur de cette qualification demeure intéressant, car, si nos propos concernent la notion de normalité<sup>1907</sup> sont en harmonie, nos conclusions divergent. Ainsi, se fondant sur les travaux de Monsieur Rials, un auteur refuse la qualification de standard au déséquilibre significatif arguant qu'il n'exprime pas directement la notion de normalité, alors qu'un standard est forcément sous-tendu par cette idée, et plus précisément, celle de normalité-moyenne<sup>1908</sup>. Les « référentiels » du déséquilibre significatif renverraient, en revanche, à l'idée de normalité<sup>1909</sup>. Nous parviendrions également à ce résultat si nous convenions que la normalité fédère tous les standards et les identifie en tant que tels. Toutefois, nous avons pu le constater, la notion de normalité n'est pas une notion satisfaisante pour définir le standard dans la mesure où elle est à la fois trop large et trop restrictive<sup>1910</sup>. Par ailleurs, notre analyse a abouti à la conclusion que ce n'est pas le standard qui transmettrait cette notion de normalité, mais les directives supérieures – les principes juridiques – auxquels ils sont afférents<sup>1911</sup>. De fait, la grande majorité des principes pourraient être analysés à l'aune d'une normalité dogmatique, c'est-à-dire d'un modèle idéal. L'équilibre contractuel, par exemple, n'est autre que la volonté d'aboutir à un équilibre *normal*, c'est-à-dire l'équilibre type, le modèle d'équilibre pour les contractants. C'est ici d'ailleurs que notre raisonnement rejoint celui de l'auteur, remarquant que ce sont les référentiels extérieurs à la notion de déséquilibre significatif qui sont empreints de la notion de normalité<sup>1912</sup>. En revanche, la notion de déséquilibre significatif peut et doit effectivement être qualifiée de standard dès lors qu'elle est placée sous le prisme d'une directive du droit des contrats : l'équilibre contractuel. Le même modèle de fonctionnement est valable pour tous les standards. En effet, les standards sont des sous-directives indéterminées, objectives et

---

<sup>1905</sup> V. par exemple : SAUPHANOR N., *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, thèse, Paris I, 1998, p. 256, n° 410 ; PEGLION-ZIKA C-M., *La notion de clause abusive : au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse, Paris II, 2013, p. 231, n° 297.

<sup>1906</sup> V. notamment : CHAUDOUET S., *th. cit.*, p. 21.

<sup>1907</sup> RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, p. 61.

<sup>1908</sup> Sur la normalité en tant que moyenne ou fréquence, v. *supra* n° 93 et s.

<sup>1909</sup> RIALS S., *th. cit.*, p. 61.

<sup>1910</sup> V. *supra* n° 126.

<sup>1911</sup> V. *supra* n° 206 et s.

<sup>1912</sup> CHAUDOUET S., *th. cit.*, p. 21.

concrérisables, qui ont pour référentiel des directives supérieures en termes de devoir être : les principes juridiques. Néanmoins, à l'évidence, les forces créatrices inhérentes au droit comme la notion de normalité<sup>1913</sup> opèrent forcément comme référentiels<sup>1914</sup>. Cependant, singulariser la notion de standard implique de choisir un dénominateur beaucoup plus précis, pertinent et ajusté que la seule notion de « normalité ». Il convient, dès lors, de démontrer que le standard du déséquilibre significatif constitue bien une sous-directive concrétisable d'application de l'équilibre contractuel interne.

**510. La concrétisation de l'équilibre interne par le standard du déséquilibre significatif.** Ce standard commande, en pratique, au juge de rechercher si, dans les faits, il existe un déséquilibre d'une importance particulière, ou non. L'expression « *significatif* » octroie au juge une marge de manœuvre restreinte<sup>1915</sup>, puisqu'il ne s'agit pas de sanctionner un simple déséquilibre – celui-ci étant inhérent à la notion même de contrat – mais un déséquilibre suffisamment conséquent. La jauge du standard place l'appréciation factuelle sur la ligne exigeante du significatif, autrement dit d'une importance telle que le fait se manifeste sans ambiguïté avec la force d'une évidence : un déséquilibre quelconque ne saurait générer un correctif judiciaire. Nul besoin, par conséquent, d'une expertise ou d'une analyse approfondie : le déséquilibre significatif se déclare de lui-même. *Manifeste* et *significatif* ont en commun cet impératif de l'évidence<sup>1916</sup>, de ce que l'on ne peut ni nier ni ignorer et qui s'impose à l'esprit. L'adjectif « significatif » permet l'appréciation quantitative d'un fait qu'il ne s'agit pas de considérer au travers d'un jugement de valeur, mais d'évaluer par une opération quantitative mentale<sup>1917</sup>. Néanmoins, le standard du

---

<sup>1913</sup> Sur cette qualification, *supra* n° 121 et s.

<sup>1914</sup> Cette notion de normalité n'apporte néanmoins pas grand-chose au raisonnement dans la mesure où comme le déclare RODIÈRE : « si l'on veut signifier que la Raison, l'Équité et le Bon sens doivent nous guider, on n'ajoute rien aux commandements de l'esprit dans toutes les sciences et les arts », 5es Journées juridiques franco-hongroises (Budapest, 14-17 oct. 1980), *RIDC* vol. 33, n°1, janv.-mars 1981, p. 187.

<sup>1915</sup> « L'ajout de l'adjectif significatif indique la volonté du législateur de ne pas se contenter d'un déséquilibre quelconque, qui serait en quelque sorte inhérent à toute activité contractuelle, mais d'exiger un déséquilibre suffisamment important » : CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, p. 396. V. également : GENICON T., « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n° 4, p. 751, spéc. n° 8..

<sup>1916</sup> JUILLET C., « Les standards en droit des sûretés », *RDA* 2014, n° 09, pp. 73-70, spéc. p. 75, n° 2.

<sup>1917</sup> V. en matière commerciale notamment : CA Aix-en-Provence, Chambre 3-1, 23 Juin 2022, n° 18/19268 : « par ailleurs l'article X bis du contrat prévoyant une indemnité de dédit d'un montant de 22.000 € ne crée nullement un déséquilibre dans les obligations et droits des parties, une telle clause ayant pour objet de prévoir les conséquences financières liées à la résiliation du contrat par le franchisé ; cette clause ne peut en conséquence être réputée non écrite, ni être considérée comme engageant la responsabilité de la société DEPIL TECH prévue à l'article L 442-6 du Code de commerce ; elle

déséquilibre significatif n'est pas applicable au prix de la prestation ni même à l'objet principal du contrat. Le champ d'application du déséquilibre est donc ici limité à un déséquilibre de pouvoir<sup>1918</sup> qui doit être relevé dans les clauses accessoires. Le standard permet une opération de quantifiabilité entre les pouvoirs respectifs des parties. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Lyon<sup>1919</sup> a jugé qu'une clause consentant à une seule des parties de se prévaloir d'une résiliation de plein droit dans des hypothèses étrangères à des manquements contractuels de l'autre partie, sans que celle-ci ait bénéficié d'un autre

---

*apparaît en outre ne pas avoir de caractère comminatoire et indemnitaire et s'analyser en conséquence comme constituant une clause pénale, observation étant faite que madame [T] ne conclut au demeurant pas à une réduction du montant ; la société DEPIL TECH apparaît dès lors fondée en application de cette clause de dédit à conserver la somme totale de 26.400 € TTC perçue au titre de droit d'entrée, le contrat ayant été résilié unilatéralement par madame ».*

<sup>1918</sup> L'introduction dans le droit des contrats d'une règle générale sanctionnant les clauses abusives témoigne d'une volonté protectrice accrue du législateur à l'égard des contractants en position de faiblesse. Réputant non écrites les clauses qui créeraient un déséquilibre significatif, le juge restaure une certaine équivalence entre les droits et obligations des parties. Cette innovation ne va d'ailleurs pas sans soulever certaines craintes (BROS S., « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *RDC* 2015, n° 03, p. 761 : « l'article 1169 relatif au déséquilibre significatif suscite interrogations et réserves »). En effet, l'ajout du standard d'application du principe d'équilibre contractuel contribuerait à réduire à peu de chagrin deux autres principes contractuels fondamentaux : la force obligatoire et la liberté contractuelle. De fait, en plus de la sanction du déséquilibre économique par le biais des articles 1164, 1665, 1168, 1169 et 1170 du Code civil, le législateur s'attaque désormais au déséquilibre de pouvoir entre les parties (CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, p. 40). Néanmoins, le standard du déséquilibre significatif n'a vocation à s'appliquer que si l'une des parties s'est vu imposer un contrat qu'elle n'a pas pu négocier. En ce sens, une partie qui aurait pu négocier les clauses du contrat mais qui ne l'a pas fait, ne pourra pas se plaindre, ensuite, d'un déséquilibre, fût-t-il significatif (BLANC N., « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* 2018, n° 115h2, article web ; REVET TH., « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016, p. 1771 et s. ; CHÉNEDE F., « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *AJ contrat* 2018, p. 25 et s. ; MAZEAUD D., « Quelques mots de la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912 et s. ; MEKKI M., « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2018. Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 890 et s.). Le champ d'application est ainsi réduit aux seuls contrats d'adhésion (Sur la définition initiale de la notion : SALEILLES R., *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, ; Sur la définition actuelle, issue de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, de l'article 1110 alinéa 2 du Code civil : « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties », BLANC N., *art. cit.*, *RDC* 2018, n° hors-série, p. 20), qui, par défaut, offrent des conditions propices à engendrer une relation de pouvoir asymétrique subie par l'un des contractants. De la sorte, un contrat économiquement équilibré pourra néanmoins être retouché s'il octroie à l'une des parties des pouvoirs unilatéraux déséquilibrant la relation entre les partenaires. L'élargissement du domaine d'application du principe de l'équilibre contractuel par le standard du déséquilibre significatif renforce ainsi la vision morale, voire solidariste du contrat.

<sup>1919</sup> CA Lyon, 3<sup>e</sup> ch., 27 févr. 2020, n° 18/08265 : « Tout d'abord, la cession par la société Green day de son fonds de commerce n'est pas de nature à modifier ses obligations contractuelles et est indifférente dans ce débat sur l'équilibre contractuel. La clause susvisée réserve à la seule société Locam la faculté de se prévaloir d'une résiliation de plein droit qu'aucune autre stipulation n'ouvre à la société Green day. De plus, elle permet à la société Locam, spécialement dans son paragraphe b), de résilier le contrat de plein droit pour des causes qui ne correspondent pas à des hypothèses de manquements contractuels de la société locataire. La clause précitée autorise en outre le bailleur à résilier de plein droit le contrat dans des hypothèses qui affectent la vie sociale de la société locataire alors que celle-ci en tant que personne morale reste tenue de ses engagements financiers à l'égard de la société Locam. La clause permet également à celle-ci de résilier le contrat si le locataire a manqué à ses engagements envers d'autres sociétés du groupe Cofam, sans viser la nécessité de vérifier que le locataire a manqué à ses obligations dans le contrat litigieux. Ces possibilités ne sont pas laissées à la société Green day qui invoque à bon escient une absence de réciprocité et un déséquilibre significatif ».

pouvoir la plaçant dans une situation de relatif équilibre contractuel, devait être réputée non écrite. Bien que la véracité factuelle du déséquilibre ait été démentie par la Cour de cassation<sup>1920</sup>, toujours est-il que le déséquilibre significatif s'apprécie au moyen d'une mise en balance des valeurs qualitatives ventilées entre les parties. Le déséquilibre significatif de l'article 1171 n'a pour objet que de mesurer ce qui est, l'être, en l'occurrence l'équilibre d'une clause. C'est cette évaluation des faits qui conduira ensuite le juge à sanctionner le contractant pour son non-respect du principe d'équilibre contractuel interne. En présence de ce standard, le juge ne qualifie pas juridiquement les faits, il les constate *in concreto*<sup>1921</sup>, par le biais d'une appréciation contextualisée (à la lumière des autres clauses) et/ou circonstanciée<sup>1922</sup> (les circonstances qui entourent la conclusion du contrat)<sup>1923</sup>. Le standard juridique, rappelons-le, et précisément celui du « déséquilibre significatif », est une expression issue du langage courant et non d'un langage juridique spécifique. Contrairement à des expressions comme le *bail commercial*, la *novation* ou la *promesse de porte-fort*, le standard n'est pas une qualification juridique complexe. Il n'y a pas de transition à effectuer entre des faits qui présentent en effet un *déséquilibre significatif* et le terme législatif de « déséquilibre significatif ». Le standard est un outil tiré des faits, du réel, il n'est pas conceptualisé, contrairement au principe qui témoigne d'un idéal.

**511.** De la même façon, le standard de la clause pénale manifestement excessive ou dérisoire offre au juge un instrument de mesure quantitatif lui permettant de corriger une clause manifestement déséquilibrée (b).

---

<sup>1920</sup> Com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782, F-B. V. notamment : TISSEYRE S., « Clauses abusives : application de l'article 1171 du Code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun », *D.* 2022, p. 539 ; HOUTCIEFF D., « L'harmonie des textes est une fin en soi », *Gaz. pal.* 2022, n° 16, p. 5.

<sup>1921</sup> PEGLION-ZIKA C.-M., *La notion de clause abusive : au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse, Paris II, 2013, p. 231 et s. ; LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2000, p. 82 et s. ; HENRY X., « Clauses abusives dans les contrats commerciaux : états des lieux dix ans après », *AJ Contrat* 2018, p. 370 ; DEHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 352.

<sup>1922</sup> À noter que ce type d'appréciation est davantage utilisé en droit européen. V. CJUE., 9 nov. 2010, *Pénzügyi Lízing Zrt c/ Ferenc SchnEider*, n° C-137/08, VB, *D.* 2011. p. 983, obs. POILLOT E., cité par : MEKKI M., *art. cit.*, *Gaz. pal.* 10 mai 2016, n° 17, p. 11.

<sup>1923</sup> MEKKI M., *art. cit.*, *Gaz. pal.* 10 mai 2016, n° 17, p. 11.

## b. Le manifestement excessif ou dérisoire

**512.** **La révision des clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires.** La réforme du droit des obligations du 10 février 2016 a reconduit le pouvoir du juge de réviser les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires<sup>1924</sup>. La loi du 9 juillet 1975 avait, de fait, autorisé le juge à réviser les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires, portant ainsi atteinte au principe de force obligatoire du contrat. La clause pénale qui était régie par l'article 1152 du Code civil est désormais encadrée par l'article 1231-5 nouveau du Code civil. À l'instar du *déséquilibre significatif*, le standard de la *clause manifestement excessive ou dérisoire* comprend une part d'indétermination. Il ne s'agit pas de seuils mathématiques qui priveraient le juge de toute faculté d'appréciation. Il est question néanmoins de notions qui fixent un *quantum*, un seuil, au-delà ou en dessous desquels le comportement, l'acte, ou la clause seront sanctionnés.

**513.** **Un criterium quantitatif élevé.** Le manifestement excessif ou dérisoire est le *quantum*, relativement indéterminé, qui octroie au juge le pouvoir de réviser la clause. La notion de manifeste instaure un criterium quantitatif élevé. La clause est *manifestement excessive ou dérisoire* seulement s'il existe une disproportion flagrante entre « *l'importance du*

---

<sup>1924</sup> (WITZ C., « Le juge et la révision du contrat : vision du droit français », *LPA* 30 mars 2018, n° 065, p. 10). (MAZEAUD D., « Clause pénale », *RDC* 2010, n° 4, p. 930). L'article 1231-2 nouveau du Code civil dispose que : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure ». La clause pénale est une clause, insérée dans un contrat, qui oblige le cocontractant à payer une somme forfaitaire en cas d'inexécution de ses obligations au titre de dommages et intérêts (Sur la clause pénale : CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 164, n° 128.254). La clause pénale, pour être valide, doit être claire et non équivoque, c'est-à-dire expressément stipulée dans le contrat et connue des parties. De plus, la somme allouée est forfaitaire, ce qui signifie que le contractant ne pourra pas verser une somme moindre ou plus élevée. La clause pénale nécessite, enfin, pour son application, une mise en demeure préalable du débiteur d'exécuter ses obligations (la mise en demeure devenait néanmoins inutile, sous l'empire du droit antérieur, en cas de stipulation contraire, puisque la jurisprudence avait admis la dispense conventionnelle de mise en demeure : Civ 3<sup>e</sup>, 7 mars 1969, *JCP* 1970, II, 16461, note PRIEUR M. Néanmoins, l'ordonnance de 2016, si elle n'écarte pas cette solution, privilégie une autre exception : la mise en demeure est inutile si l'inexécution est définitive). La clause pénale offre deux avantages : d'une part elle dispense le cocontractant de rapporter la preuve de l'étendue de son dommage (v. sur ce point : Civ 3<sup>e</sup>, 20 déc. 2006, n° 05-20.065, *Bull. civ.* III, n° 256, *D.* 2007. 371 ; *RDI* 2007. 351, obs. TOURNAFOND O.) et, d'autre part, elle fait pression sur le débiteur pour qu'il exécute son engagement : c'est l'effet comminatoire de la clause pénale (CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, p. 635 et s).

*préjudice en effet subi et le montant conventionnellement fixé*»<sup>1925</sup>. Ainsi, la notion de clause *manifestement excessive ou dérisoire* est immédiate contrairement au principe d'équilibre contractuel interne. Si le principe d'équilibre contractuel était formulé comme tel dans la loi : « une clause pénale peut être révisée si elle n'est pas équilibrée », le juge, pour produire une décision, serait amené à raisonner en plusieurs étapes : qu'est-ce qu'un équilibre contractuel ? Quel critère peut-on imposer pour mesurer l'équilibre d'une clause ? À partir de quel seuil peut-on considérer qu'il y a déséquilibre ? Ce principe est une notion indéterminée médiata. En revanche, le standard de la clause *manifestement excessive ou dérisoire* est bien plus précis et concrétisable que le principe d'équilibre interne : il fournit au juge un critère précis (bien qu'indéterminé) et quantitatif de révision d'une clause pénale. D'ailleurs, dans une affaire, la Cour de cassation avait censuré une cour d'appel qui, pour réduire le montant d'une clause pénale, s'était bornée à énoncer qu'il « *était un peu élevé* », sans rechercher son caractère « *manifestement excessif* »<sup>1926</sup>. Cette décision met en lumière la réduction de la marge de manœuvre du juge. Les juges du fond doivent réaliser une opération de quantification puis vérifier si le seuil de gravité particulièrement élevé, présenté par le standard, est, ou non, atteint. De la même façon, une cour d'appel avait relevé que l'indemnité forfaitaire de résiliation prévue au contrat était *manifestement excessive* en ce qu'elle procurait « *au créancier un bénéfice supérieur à celui qu'il aurait tiré de l'exécution normale de la convention* ». Or, la Cour de cassation a cassé cette décision au motif qu'« *en se déterminant par de tels motifs, sans se fonder sur la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice en effet subi et le montant conventionnellement fixé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». La Cour de cassation rappelle ainsi la nécessité, pour les juges du fond, de mettre en balance le préjudice et la clause pénale, et de démontrer, une fois cette opération faite, la réalité d'un déséquilibre particulièrement élevé<sup>1927</sup>. Le *manifestement excessif ou dérisoire* n'a donc qu'un objet : mesurer l'être, à savoir l'équilibre de la clause pénale<sup>1928</sup>. Détachée de son objet, la mesure des faits relatifs à une clause pénale

---

<sup>1925</sup> Com., 11 février 1997, 95-10.851, *Bull. civ.* IV, n° 47, p. 42.

<sup>1926</sup> Ch. mixte, 20 janv. 1978, n° 76-11.611 : *Bull. civ. ch. mixte* n° 1 ; *R.*, p. 37, *D.* 1978. 349 ; *IR* 229, obs. VASSEUR M. ; *RTD civ.* 1978. 377, obs. CORNU G.

<sup>1927</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2011, n° 09-70.262 : *Bull. civ.* III, n° 3, *RDI* 2011. 220, obs. BOUBLI J.-D. ; *Ibid.*, 231, obs. TRICOIRE J.-P. ; *RLDC* 2011/81, n° 4197, obs. PAULIN C. ; *RTD civ.* 2011. 122, obs. FAGES B.

<sup>1928</sup> La clause pénale se trouve à la jonction de deux standards : elle peut être sanctionnée par le biais du standard du « déséquilibre significatif » en premier lieu, et celui du « manifestement excessif ou dérisoire » en second lieu. En droit de la consommation, l'article R-132-2 3° du Code de la consommation présume abusive

*manifestement excessive ou dérisoire* n'a pas de sens. L'évaluation des faits par le standard n'a ainsi d'autre fonction que de sanctionner, ou non, le contractant pour son non-respect du principe d'équilibre contractuel interne. Tel que nous l'avons affirmé pour le déséquilibre significatif, le juge, lorsqu'il est en présence du *manifestement excessif ou dérisoire*, ne qualifie pas juridiquement les faits, il ne fait que les apprécier. De même que pour le *déséquilibre significatif*, le *manifestement excessif ou dérisoire* est une expression appartenant au langage ordinaire. Une personne quelconque, un non-juriste, est en mesure, sans procéder à une analyse juridique poussée, d'indiquer qu'une clause pénale est ou n'est pas totalement déséquilibrée. En effet, le critère du « *manifeste* » est un critère de l'évidence<sup>1929</sup>. Il fait appel au concret, et non à l'abstrait, au rebours de l'équilibre contractuel qui implique le maniement de notions politiques, économiques, juridiques, et philosophiques<sup>1930</sup>. Il reste que ce standard pourrait également être rattaché au principe d'équilibre externe dans la mesure où la sanction des clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires par le juge est indiscutablement sous-tendue par les notions de justice contractuelle et d'équité.

**514. Le rattachement éventuel au principe d'équilibre externe.** En effet, cette disposition se justifie par la « *volonté d'empêcher que la clause pénale ne soit l'instrument de la tyrannie des groupes et des puissances financières en mesure de mobiliser et même de monopoliser toutes les ressources d'un système juridique* »<sup>1931</sup>. Puisque la clause pénale permet de trancher conventionnellement l'épineuse question de l'étendue des dommages et intérêts, il apparaît

---

la clause pénale insérée dans un contrat entre professionnel et consommateur. Or, rappelons-le, la clause abusive en droit de la consommation, comme d'ailleurs en droit commercial, est sanctionnée à l'aide du standard du *déséquilibre significatif*. Cette extension de la sanction des clauses abusives en droit commun des contrats par le biais de l'article 1171 du Code civil permettra, ainsi, de réputer non écrite une clause pénale abusive insérée dans des contrats d'adhésion. Le standard du déséquilibre, appliquant en droit commun le principe de l'équilibre contractuel, permettra ainsi d'invalidier des clauses pénales abusives, et, de ce fait, de rééquilibrer un contrat déséquilibré par une clause. Deuxièmement, la clause pénale est susceptible d'être révisée par le juge à la condition qu'elle soit *manifestement excessive ou manifestement dérisoire*. C'est cette seconde hypothèse qui intéresse ici notre raisonnement. Cette étude vise à démontrer que les standards juridiques, en droit des contrats, peuvent être définis en premier lieu comme des sous-directives neutres, évaluatives et « concrétisables » du principe de l'équilibre contractuel interne. Pour ce faire, il convient de constater que toutes les règles qui appliquent le principe de l'équilibre contractuel sont rédigées à l'aide de standards juridiques. La sanction de la clause pénale excessive ou dérisoire ne fait pas exception.

<sup>1929</sup> V. *supra* sur l'évidence, n° 487 et s.

<sup>1930</sup> THILMANY J., « Fonctions et révisabilité des clauses pénales en droit comparé », *RDC* 1980, n° 32, p. 17 et s.

<sup>1931</sup> CORNU G., obs. *Rev. Trim. Dr. civ.*, 1971, p. 167 et s. ; BOCCARA B., « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire », *JCP* 1975, 2742, n° 19, cités par : THILMANY J., *art. cit.*, *RDC* 1980, n° 32, p. 17 s.



logique de la réviser judiciairement en cas d'excès. La clause pénale est, de fait, « *une combinaison qui tend à empiéter sur la fonction judiciaire de l'État* »<sup>1932</sup>. Si l'enjeu qui était la révision de la clause pénale est manifestement lié à la justice et à la morale, c'est la notion de clause « manifestement excessive ou dérisoire » qui relie la sanction de la clause pénale au principe d'équilibre contractuel. De fait, si le principe de liberté contractuelle implique que les parties puissent convenir contractuellement des dommages et intérêts qui devront être versés en cas d'inexécution, c'est à la condition que cette peine privée ne soit ni *manifestement excessive*, ni *manifestement dérisoire*. Le principe d'équilibre contractuel, instauré par le législateur aux fins de contrebalancer des volontés déraisonnables, se fait ainsi le pendant de la liberté contractuelle. Au-delà d'un certain seuil, celui du *manifestement excessif* ou du *manifestement dérisoire*, la liberté des cocontractants n'est plus de mise. Le caractère *manifestement excessif ou dérisoire* d'une clause fait directement référence à l'équilibre de la peine par rapport au préjudice subi. Si la peine est manifestement déséquilibrée, elle sera révisée par le juge. Le caractère excessif d'une chose témoigne forcément de son déséquilibre.

Par ailleurs, la correction des déséquilibres inhérents à la contrepartie au contrat est assurée par la notion de la contrepartie illusoire ou dérisoire, sous-directive de concrétisation de l'équilibre interne (2).

## 2. LA CONTREPARTIE ILLUSOIRE OU DÉRISOIRE

**515. La notion de contrepartie.** Avant la réforme du droit des obligations, c'était la notion de *cause*<sup>1933</sup> et non de contrepartie qui figurait dans les textes de loi<sup>1934</sup>. L'article 1108 ancien du Code civil exigeait notamment, pour la validité du contrat, l'existence d'une cause licite. De même l'article 1131 ancien du Code civil disposait que « *l'obligation*

---

<sup>1932</sup> CARBONNIER J., *Droit civil*, t. II, 4<sup>e</sup> éd., n° 162, p. 543.

<sup>1933</sup> Sur la cause v. notamment : MOUIAL-BASSILANA E., *th. cit* ; DOMAT., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, éd. Pépié, 1701, p. 20, V ; PLANIOL., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1905, n° 1037 s. ; BOUCHER V., et BOURGEOIS-MACHUREAU, « Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs », *AJDA* 2008. 575 ; LARROUMET C., « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008. 2441 ; THOMAS V., *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, thèse, Paris II, 1976 ; LARTY R., *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, thèse, Paris II, 1995 ; LAGARDE X., « L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes », *LPA* 2007, n° 70 ; MAURY J., « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *RID comp.* 1951. 485.

<sup>1934</sup>

*sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». Le législateur a décidé, pour de multiples raisons et notamment la simplification du droit français, de remplacer le terme de *cause* par deux termes différents. Le Rapport au Président de la République indique à ce titre que « *face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion* »<sup>1935</sup>. La cause dite « subjective » a été remplacée par le « *but* » à l'article 1162 du Code civil, qui a pour objet de contrôler la licéité de l'opération contractuelle. La cause dite « objective », qui tend à contrôler l'équilibre minimal du contrat, a, quant à elle, été évincée au profit de la notion de « *contrepartie* ». Cette dernière pose néanmoins difficulté, car elle pourrait être sujette à une interprétation différente par les juges du fond de celle qui avait été donnée à propos de la cause subjective<sup>1936</sup>. La notion de contrepartie inviterait en effet le juge à rechercher une contre-prestation pour toutes les prestations du contrat. Or, cette appréciation fragiliserait les relations économiques en multipliant les nullités. Il reste que c'est bien la notion de contrepartie qui succède à la notion de cause pour sanctionner, notamment, le déséquilibre des prestations. Le Rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance annonçait d'ailleurs que les articles 1169 et suivants « *apportent des correctifs de nature à garantir une justice contractuelle, malgré la suppression de la notion de cause* »<sup>1937</sup>. L'article 1169, précisément, dispose qu'« *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ».

## **516. L'interprétation stricte de la notion de contrepartie illusoire ou dérisoire.**

En principe, la *contrepartie*<sup>1938</sup> *illusoire ou dérisoire* est un standard qui commande au juge de

---

<sup>1935</sup> V. également sur le rejet de la notion de cause : AYNES L., « La cause inutile et dangereuse », *Dr. et patr.* oct. 2014, n° 240, p. 40, au contraire : GENICON T., « Défense et illustration de la cause en droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015. 1551 ; MAZEAU D., « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Dr et Patr.* oct. 2014, p. 38.

<sup>1936</sup> BARBIER H., *art. cit.*, *RTD civ.* 2016, p. 614.

<sup>1937</sup> Rapp. Président de la République relative à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

<sup>1938</sup> La cause est néanmoins définie depuis de nombreuses années comme la contrepartie espérée du cocontractant : FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit civil, les obligations*, t.1, 17<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2021, n° 262.

rechercher si, dans les faits, il existe un déséquilibre tel qu'il pourrait s'analyser en une quasi-absence de contrepartie. L'*illusoire* ou le *dérisoire* impliquent, *a priori*, une évaluation quantitative concrète des faits. Aussi, dans une affaire récente, la Cour de cassation a-t-elle sanctionné une cour d'appel de n'avoir pas relevé, dans les faits, que les quatre prestations prévues au contrat avaient déjà été mises à la charge de la société par un contrat de franchise, et qu'ainsi, le contrat de prestation de service « *faisait double emploi (...) ce dont il résultait que la contrepartie offerte par la société PSD était illusoire* »<sup>1939</sup>. Tel que nous avons pu l'observer en matière de *déséquilibre significatif*, l'utilisation par le juge de la technique législative de *contrepartie illusoire ou dérisoire* devrait ainsi borner de façon significative sa fonction de juger. Les adjectifs « illusoire » ou « dérisoire » restreignent d'ailleurs encore davantage la marge de manœuvre du juge qu'en présence du « manifeste » ou du « significatif », puisqu'ici le déséquilibre doit être « *intolérable* »<sup>1940</sup>. De la sorte, bien qu'il soit **impossible** de nier l'indétermination du standard, il serait **possible** d'affirmer que le cadre d'interprétation du juge en présence d'un standard est, en principe, bien plus réduit<sup>1941</sup> qu'en présence d'un principe ou d'une notion-cadre comme *l'intérêt de la famille*, *l'intérêt social*, le *solidarisme contractuel* ou encore la *bonne foi*<sup>1942</sup>. Ceci d'autant plus que l'article 1169 du Code civil vise uniquement les contrats onéreux – définis par l'article 1107 du Code civil comme les contrats dans lesquels : « *chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de ce qu'elle procure* » – qu'ils soient synallagmatiques ou unilatéraux. Le standard législatif a donc pour avantage qu'il implique que c'est le législateur qui donne au juge cette sous-directive et non le juge qui fait œuvre créatrice. Dans cette perspective,

---

<sup>1939</sup> Com., 1<sup>er</sup> juin 2022, n° 20-19.010, n° 352 F-D.

<sup>1940</sup> DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., 2018, LexisNexis, p. 333 et s. ; Aussi : BLANC N., « l'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC* 2019, n° 02, p. 155.

<sup>1941</sup> De plus, la consistance de la contrepartie est analysée au moment de la formation du contrat, ce qui justifie la sanction de nullité (la jurisprudence avait par ailleurs déjà classé l'absence de cause dans les nullités relatives : Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1999, n° 97-16.306 : *Bull. civ.* I, n° 293). Enfin, est sanctionné, non pas tout déséquilibre dans la contrepartie, mais seulement un déséquilibre si important que la contrepartie « confine à l'inexistence » (CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, p. 380).

<sup>1942</sup> Ces derniers forment des directives et des cadres qui permettent au juge de recréer, à l'intérieur de ces directives, des systèmes juridiques élaborés. Force est de constater que la création de ces systèmes par les juges sur le fondement de ces notions abstraites paraît somme toute cohérente, dans la mesure où le principe et la notion-cadre sont des notions médiates qui ne permettent pas de trancher directement le litige. Simplement, il est nécessaire de leur adjoindre des sous-directives d'application pour limiter leur portée.

le juge ne devient pas co-auteur de la loi<sup>1943</sup>. Dans un arrêt antérieur à la réforme<sup>1944</sup>, fondé sur la cause, la Cour de cassation avait ainsi retenu que le fait, pour l'exploitant d'un fonds de commerce, de s'obliger à acheter exclusivement à un fabricant de boissons des produits déterminés au tarif du fabricant, avec pour seule contrepartie l'obtention d'un prêt et d'une garantie par le fabricant de boissons, devait s'analyser en une *contrepartie dérisoire*. Cette appréciation des faits par la cour d'appel relevait d'une mise en balance des valeurs quantifiables : le prix de l'exclusivité et d'une fixation unilatérale des prix par le contractant, d'un côté, et, de l'autre, celui du seul engagement d'obtenir un prêt avec garantie. Cette opération révèle un déséquilibre flagrant. De la même façon, dans l'hypothèse d'un contrat de bail conclu à vil prix, la *contrepartie dérisoire* constitue l'instrument de mesure chiffrable qui commande l'opération de quantification<sup>1945</sup>. L'appréciation quantifiée des prestations doit d'ailleurs être opérée de façon globale, au regard de l'ensemble des prestations. À ce titre, la Cour de cassation, par un arrêt du 7 juin 2016, faisait une appréciation d'ensemble de la notion de contrepartie, appréciant l'équilibre global du contrat<sup>1946</sup>. La Cour employait d'ailleurs, pour l'une des premières fois, la notion « *d'équilibre général du contrat* »<sup>1947</sup>. Le contrôle de la contrepartie peut être entendu, par conséquent, comme le contrôle de l'équilibre interne du contrat. Le standard de la contrepartie illusoire ou dérisoire permet ainsi au juge d'opérer le contrôle d'un équilibre minimal des prestations principales. La notion de contrepartie illusoire ou dérisoire de l'article 1169 n'a, en somme, d'autre finalité que de mesurer les faits, l'être. Grâce à elle, le juge est en mesure de répondre à la question suivante : la contrepartie convenue au sein de son contrat est-elle réelle ou inexistante ? Le déséquilibre de la

---

<sup>1943</sup> Contrairement, notamment, aux quatre obligations accessoires créées sur le fondement de la bonne foi par exemple. Sur ce point v. *supra* n° 394 et s.

<sup>1944</sup> Com. 14 oct. 1997, n° 95-14.285, *D.* 1998. somm. 333. obs. FERRIER D. ; *Défrénois* 1998. 1040, obs. MAZEAUD D.

<sup>1945</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, n° 10-21.900 : *Bull. civ.* III, n° 152, *D.* 2011. 2711, note MAZEAUD D. ; *D.* 2012. pan. 459, obs. AMRANI-MEKKI S. ET MEKKI M. ; *RDI* 2011. 623, obs. POUMARÈDE M. ; *JCP* 2011, n° 1276, note GHESTIN J. ; *JCP N* 2012, n° 1011, obs. WALTZ B. ; *CCC* 2011, n° 252, obs. LEVENEUR L. Dans le même sens, Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1994, n° 92-15.174 : *Bull. civ.* I, n° 215, p. 157, *Défrénois* 1994. 1113, obs. DELEBECQUE PH. : « *Est nul pour absence de cause un contrat de cession de droits incorporels lorsque l'obligation au paiement d'une indemnité d'intégration n'a aucune contrepartie réelle, les droits cédés étant dépourvus de toute valeur sérieuse* ».

<sup>1946</sup> Monsieur Ghestin prônait déjà cette appréciation globale de la contrepartie : GHESTIN J., *Cause de l'engagement et la validité du contrat*, LGDJ, 2006 ; GHESTIN J., « L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue », *JCP* 2006, I, p. 177.

<sup>1947</sup> Voir également : Com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086 : *Bull. civ.* IV, n° 143, *AJCA* 2015. 86, obs. PONSARD R. ; *D.* 2014. 2329, note BUY F. ; *Ibid.*, 2015. 943, obs. FERRIER D. ; *RTD civ.* 2015. 381, obs. BARBIER H. ; *RTD com.* 2015. 144, obs. BOULOC B.

contrepartie est-il tel qu'il constitue davantage qu'une simple lésion – laquelle n'est pas sanctionnée – ? C'est cette évaluation des faits qui décidera ensuite le juge de sanctionner le contractant pour son non-respect du principe d'équilibre contractuel. De la même façon que pour les autres standards que nous avons examinés, le juge ne qualifie pas juridiquement les faits, il les constate *in concreto*<sup>1948</sup>, dans le cadre d'une appréciation contextualisée et globale. L'expression de *contrepartie illusoire ou dérisoire* n'appartient pas plus que les autres à un langage de spécialité juridique. Par conséquent, son application n'implique pas vraiment *une qualification* des faits en termes juridiques, contrairement à la notion de promesse unilatérale ou d'offre par exemple, mais seulement *une constatation* des faits. Le juge aura ainsi à y puiser l'assurance que la contrepartie est réelle et sérieuse, ou au contraire, qu'elle est absente<sup>1949</sup>, non sérieuse<sup>1950</sup>, irréaliste – notamment simulée –, ou encore inutile<sup>1951</sup>.

Cette exigence de contrepartie reprend donc les solutions jurisprudentielles classiques fondées sur la cause objective de l'ancien article 1131 du Code civil. Notamment, dans un arrêt du 14 octobre 1997<sup>1952</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait retenu la nullité du contrat lorsqu'il y avait un déséquilibre tel entre la valeur des obligations réciproques que ce dernier pouvait s'analyser en une absence de cause. En principe, donc, la notion de contrepartie devrait être appréciée de manière strictement objective. Le Rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance indique à ce titre que celle-ci « *codifie la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur la nullité des contrats à titre onéreux lorsque, au moment de la formation du contrat, la contrepartie convenue est inexistante ou dérisoire, étant observé que le champ de cet article dépasse celui des contrats*

---

<sup>1948</sup> PEGLION-ZIKA C.-M., *th. cit.*, p. 231 et s. ; LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2000, p. 82 et s. ; HENRY X., « *Clauses abusives dans les contrats commerciaux : états des lieux dix ans après* », *AJ Contrat* 2018, p. 370.

<sup>1949</sup> Com. 24 juin 2014, n° 12-27.908 : « *que de ces constatations faisant ressortir que les relations commerciales entre les sociétés Excelvision et Excelvision AG d'une part, la société OHV, d'autre part, étaient antérieures à la signature de la convention de courtage, et que celle-ci ne correspondait à aucun service effectif, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à un moyen que ses constatations rendait inopérant, a exactement déduit que la convention était nulle pour défaut de cause* ».

<sup>1950</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 20 déc. 1971, n° 70-13.450, Bull. civ. III, n° 644, p. 460 : « *Attendu que l'existence d'un bail, quelle qu'en soit la durée, impliquant la stipulation d'un loyer sérieux, les juges du fond ont pu déduire des circonstances de la cause, que le bail consenti par la société (...) était nul* ».

<sup>1951</sup> L'absence d'utilité de l'opération était une cause de nullité du contrat pour défaut de contrepartie depuis l'arrêt Point club vidéo (Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996, n° 94-14.800 : *Bull. civ. I*, n° 286, p. 200). La rédaction de l'article 1169 du Code civil et notamment une acception large de la « *contrepartie illusoire* », laisserait la possibilité aux juges de faire renaître cette jurisprudence.

<sup>1952</sup> Com., 14 oct. 1997, n° 95-14.285.

*synallagmatiques et commutatifs, de sorte qu'y sont également soumis les contrats aléatoires et les contrats unilatéraux à titre onéreux* »<sup>1953</sup>. S'il paraît évident que le standard de la contrepartie dérisoire commande une telle appréciation quantitative, puisqu'est, en effet, dérisoire, une contrepartie tellement faible qu'elle confine à l'inexistence, l'interprétation de la notion de contrepartie illusoire est cependant plus complexe<sup>1954</sup>.

**517. L'interprétation critiquable du standard de la contrepartie illusoire ou dérisoire.** De fait, une conception extensive de la notion de *contrepartie illusoire* pourrait conduire les juges à sanctionner une contrepartie *existante* mais qui n'aurait pas l'utilité escomptée<sup>1955</sup>. La jurisprudence Point club vidéo<sup>1956</sup> par laquelle la Cour de cassation avait été amenée à subjectiver la notion de cause, pourrait trouver un fondement nouveau dans l'article 1169 du Code civil.

Il demeure que, même sur le fondement du « *dérisoire* », les juges font parfois une appréciation critiquable de la contrepartie<sup>1957</sup>. Comme le soulevait un auteur, une vision extensive de la notion de contrepartie encouragerait « *à contempler l'économie du contrat afin de vérifier jusqu'à quel point le contractant s'est bercé d'illusions* »<sup>1958</sup>. Dans une affaire<sup>1959</sup>, une location d'un bungalow pour cinq personnes en corse avait été conclue au prix – tel qu'affiché dans la brochure – de 790 euros. L'association bailleresse avait, cependant, renvoyé le chèque d'acompte qui lui avait été adressé par le client et indiqué que le prix véritable était de 790 euros par personne et donc de 3950 euros pour le bungalow. L'association invoquait une erreur d'affichage. Les juges du fond, sur le fondement de l'article 1169 du Code civil, ont conclu à une *contrepartie dérisoire*. Finalement, n'est plus

---

<sup>1953</sup> Rapp. Président de la République relative à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

<sup>1954</sup> V. not. MAYAUX L., « La contrepartie dans le contrat d'assurance », *RGDA* déc. 2017, n° 12, spéc. n° 10.

<sup>1955</sup> v. HONTEBEYRIE A., « Article 1167, la contrepartie illusoire ou dérisoire », *RDC* 2015, n° 3, p. 757 (la subjectivisation de la cause consistait ainsi à se baser sur l'économie voulue par les parties (Civ. 3<sup>e</sup>, 3 mars 1993, n° 91-15.613 : *Bull. civ.* III, n° 28 ; *RTD civ* 1994. 124, obs. GAUTIER P-Y. ; *RTD com.* 1993. 665, obs. CHAMPAUD C.), c'est-à-dire notamment le profit escompté (Civ. 3<sup>e</sup>, 29 mars 2006, n° 05-16.032 : *Bull. civ.* III, n° 88 ; *D.* 2007. 477, note GHESTIN J. ; *RDC* 2006. 1074, obs. MAZEAUD D. ; *JCP* 2006, I, 153, obs. CONSTANTIN A.), v. TOURNAFOND O., « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil », *D.* 2008. 260). De fait, dans cet arrêt, la Cour de cassation sanctionnait « *le défaut de contrepartie réelle* » et l'article 1169 du Code sanctionne la contrepartie illusoire ou dérisoire, c'est-à-dire irréalité.

<sup>1956</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996, n° 94-14.800 : *Bull. civ.* I, n° 286, p. 200.

<sup>1957</sup> V. également en ce sens HOUTCIEFF D., « La contrepartie convenue n'est-elle que la cause de l'obligation en pire », *Gaz Pal* janv. 2018, n° 1, p. 32.

<sup>1958</sup> HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, 3e éd., 2017, Bruylant, spéc. n° 436.

<sup>1959</sup> TGI Paris, 4e ch., 1<sup>re</sup> sect., 27 juin 2017, n° 17/07192, Mme A Z c/ Association pour la gestion des oeuvres sociales des personnels des administrations parisiennes.

sanctionnée uniquement la contrepartie qui frôle l'inexistence, mais également un certain défaut d'équivalence des prestations. Par le truchement de la *contrepartie dérisoire*, les juges intègrent des considérations tenant au comportement ou à la psychologie des parties. Dans l'affaire qui nous occupe, le caractère dérisoire de la contrepartie semble ainsi lié au fait que le client n'aurait pu légitimement croire en la véracité du prix indiqué<sup>1960</sup>. La logique est ici similaire à l'approche subjective qui est faite de la disproportion manifeste du cautionnement<sup>1961</sup>, laquelle ne suppose plus seulement une évaluation quantitative et objective du patrimoine de la caution mais également de la bonne ou mauvaise foi du créancier et de la caution.

**518. La séparation nécessaire de l'intérêt légitime, de la bonne foi et des standards législatifs contractuels.** En réalité, très souvent, les juges opèrent, par le moyen des notions indéterminées, et donc, des standards, un contrôle de l'intérêt légitime ou de la bonne foi des parties en cause. Or, en y intégrant des considérations subjectives, les juges dénaturent le standard législatif qui n'a, généralement, d'autre vocation que celle de fournir au juge un instrument de mesure purement quantitatif.

Pourtant, cette subjectivation des notions standards pourrait être évitée en incluant directement dans la règle, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 1221 du Code civil relatif à l'exécution forcée, la bonne foi ou l'intérêt légitime, auxquels serait subordonnée l'invocabilité de ladite règle.

**519. Conclusion.** Le stade de la formation du contrat, de sa conclusion au nécessaire respect des conditions de validité, est une phase extrêmement délicate au regard des déséquilibres qui sont susceptibles de se former. Il s'agit de déséquilibres liés au consentement, d'abord, attachés aux clauses du contrat, ensuite – engendrant des asymétries économiques ou de pouvoir –, et liés à la contrepartie, enfin. La gestion par le législateur de ces derniers pose une question tout aussi épineuse en considération des enjeux politiques, philosophiques, pratiques et théoriques qui innervent les règles relatives à la formation du contrat. Le standard contractuel assiste le juge par l'utilisation de cet instrument de mesure qui évalue la gravité du déséquilibre à partir d'un seuil

---

<sup>1960</sup> HOUTCIEFF D., *op. cit.*, spéc. n° 436.

<sup>1961</sup> V. *supra* n° 338.

particulièrement élevé, chiffrable ou quantifiable permettant de concrétiser le principe d'équilibre interne.

**520.** Dans le même sens, les standards contractuels relatifs à l'inexécution du contrat, foyer important de déséquilibres, forment les sous-directives d'application et de concrétisation du principe d'équilibre contractuel interne (§2).

## **§2. LA CONCRÉTISATION DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT**

**521. L'équilibre interne et l'exécution du contrat.** La préservation de l'équilibre contractuel interne au contenu du contrat, au même titre, d'ailleurs, que la garantie d'une certaine justice contractuelle<sup>1962</sup>, ne se réduit pas à la formation du contrat. En effet, si le droit des contrats traite relativement peu de l'exécution contractuelle, c'est qu'il règle avant tout des conflits. Or, ces derniers surviennent majoritairement lors de la formation du contrat ou de son exécution. Des déséquilibres sont susceptibles, d'ailleurs, de survenir au moment de l'exécution, alors qu'ils n'étaient pas présents lors de la formation. Dans tous les cas, la gestion de l'exécution contractuelle tout comme son inexécution doit se faire dans le respect de l'équilibre interne au contrat. C'est pourquoi le principe d'équilibre contractuel dispose d'une place de choix dans les dispositions qui lui sont relatives. Alliant « *prudence et audace* »<sup>1963</sup>, la réforme du droit des contrats a notamment introduit, au bénéfice du créancier, de nombreux pouvoirs unilatéraux. Elle a, néanmoins, accordé au débiteur la possibilité de demander au juge le contrôle de la mise en œuvre de la sanction de l'inexécution par le créancier. Par exemple, « *si la réforme reconduit le pouvoir du juge de réviser les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires, elle innove en revanche en accueillant la réduction unilatérale du prix en cas d'exécution imparfaite du contrat* »<sup>1964</sup>.

**522. La restauration de l'équilibre interne lors de l'exécution par le biais des standards contractuels.** La phase de l'exécution du contrat peut devenir particulièrement délicate lorsque des circonstances exceptionnelles bouleversent son économie. L'équilibre

---

<sup>1962</sup> Au regard de l'équilibre externe du droit contractuel.

<sup>1963</sup> WITZ C., « Le juge et la révision du contrat : vision du droit français », *LPA* 2018, n° 065, p. 10.

<sup>1964</sup> *Ibid.*



contractuel interne est ici concrétisé par le standard de *l'exécution excessivement onéreuse* qui subordonne le correctif judiciaire à un seuil de gravité quantitatif particulièrement élevé (**A – L'exécution excessivement onéreuse**). De la même façon, lorsque le contrat n'est pas, ou mal exécuté, le standard du *suffisamment grave* opère tel un instrument de mesure concrétisable conditionnant la résolution judiciaire ou l'exception d'inexécution (**B – Le suffisamment grave**).

#### A. L'EXÉCUTION EXCESSIVEMENT ONÉREUSE

**523. La consécration de la révision pour imprévision** La jurisprudence Canal de Craponne avait interdit, pendant près d'un siècle et demi, la révision pour imprévision. Bornant strictement les pouvoirs du juge, la Cour de cassation avait considéré que : « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »<sup>1965</sup>. La Cour de cassation avait, néanmoins, tempéré cette interdiction, imposant, par le biais de la bonne foi, prévue à l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil, une obligation de renégociation de moyen. C'est pourquoi, au moins symboliquement, « *la prise en compte de l'imprévision est assurément l'une des plus grandes innovations de la réforme* »<sup>1966</sup>. Il reste que la consécration de la révision pour imprévision à l'article 1195 du Code civil est loin d'avoir suscité l'enthousiasme de la pratique. De nombreux rédacteurs d'actes ont appelé à la modification de l'article 1195, militant pour la suppression de la faculté de révision pour le juge<sup>1967</sup>. En effet, l'article 1195 du Code civil prévoit, sans autre précision, que « *le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat (...) aux conditions qu'il fixe* ». Le juge pourrait-il ainsi modifier toutes les clauses, altérant significativement les conditions économiques du contrat ? Ce sont ces questions qui ont soulevé, au Sénat, quelques incertitudes : « *le seul point sur lequel nous ne sommes pas d'accord, c'est l'hypothèse dans laquelle une seule partie demande*

---

<sup>1965</sup> Civ., 6 mars 1876 : DP 1876, I, p. 193, S. 1876, 1, p. 161 ; LEQUETTE Y., TERRÉ F., CAPITAN H., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008, n° 65

<sup>1966</sup> CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 115.

<sup>1967</sup> BROCHIER E., « Le point de vue de l'avocat sur le nouveau droit des obligations après ratification », Dossier : « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 (Paris, 7 juin 2018) », RDC 2018, n° hors-série, p. 37.

*au juge de refaire le contrat (...) Nous considérons que (...) l'atteinte aux principes généraux de notre droit des contrats est un peu disproportionnée »*<sup>1968</sup>.

**524. L'appréciation objective de la révision pour imprévision.** L'article 1195 du Code civil consacrant la révision pour imprévision prévoit la réunion de trois conditions cumulatives : qu'un changement de circonstances<sup>1969</sup> imprévisible (1) rende *excessivement onéreuse* l'exécution du contrat pour l'une des parties (2) qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque (3). La notion d'*exécution excessivement onéreuse* constitue bien un standard dans la mesure où elle est, à la différence des deux autres expressions, la seule qui soit quantifiable ou chiffrable. De fait, ce critère est de nature économique<sup>1970</sup> impliquant l'appréciation de l'équilibre interne « *initialement convenu pour déterminer la mesure dans laquelle il est affecté* »<sup>1971</sup>. Ainsi, « *ce qui est en jeu est le rétablissement d'un équilibre convenu par les parties ou, du moins, la recherche d'un nouvel équilibre qui intègre les conséquences de l'événement imprévisible* »<sup>1972</sup>. Le standard de l'onérosité excessive commande donc, malgré l'indétermination de son expression, une appréciation objective<sup>1973</sup> qui est « *tournée vers le contrat plutôt que vers le contractant qui en subit les conséquences* »<sup>1974</sup>. Il a pour objectif de mesurer le dérèglement de l'équilibre contractuel interne initialement convenu par les parties<sup>1975</sup>, et non les conséquences de l'exécution du contrat pour le contractant<sup>1976</sup>.

---

<sup>1968</sup> PILLET F., *Rapport*, Sénat, 1<sup>ère</sup> lect., n° 429, p. 62. D'aucuns considéraient, de ce fait, que la consécration entérinerait le mouvement selon lequel le juge deviendrait une « *troisième partie au contrat* ».

<sup>1969</sup> PHILIPPE D.-M., *Changements de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 662 : « *Encore faut-il vérifier si le changement de circonstances est de nature à modifier radicalement l'obligation contractuelle assumée, telle qu'elle résulte de l'économie contractuelle. Si l'exécution du contrat perd toute raison d'être, si les circonstances essentielles aux yeux des parties et dont elles tenaient le maintien pour acquis se modifient profondément, le changement radical de l'obligation contractuelle se vérifie* ».

<sup>1970</sup> CHANTEPIE G., « *Contrat : effets – Contenu du contrat* », *Rép. civ.* 2018, actu. déc. 2020, n° 72.

<sup>1971</sup> *Ibid.*

<sup>1972</sup> CHANTEPIE G., *art. cit.*, *Rép. civ.* 2018, actu. déc. 2020, n° 72.

<sup>1973</sup> MEKKI M., « *Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision* », *JCP N* 20 janv. 2017, n° 3, actu. 155, spéc. n° 2, Dans le même sens : DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats*, 2<sup>e</sup> éd. Lexis-Nexis, 2018, p. 397 ; TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., *Droit civil, les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 638, p. 717.

<sup>1974</sup> CHANTEPIE G., *art. cit.*, *Rép. civ.* 2018, actu. déc. 2020, n° 72.

<sup>1975</sup> Monsieur Chantepie relève d'ailleurs que « *le procédé est assez courant, qui se retrouve pour la révision judiciaire d'une clause pénale « manifestement excessive » (C. civ. art. 1231-5) ou la suppression d'une clause abusive créant un « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties (C. civ. art. 1171). Si les standards ne se recoupent pas complètement et que des nuances peuvent exister entre eux (l'exès étant plus important qu'un déséquilibre « significatif »), il faut y voir le souhait du législateur de laisser aux parties et, le cas échéant, au juge, le soin d'apprécier combien l'événement imprévisible remet en cause l'exécution conforme du contrat* » : *Ibid.*

<sup>1976</sup> *Contra* : JAMIN C., « *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil* », *Dr. et patr.* mars 1998, p. 46, spéc. p. 53

Monsieur Ancel considérait à cet égard que « *l'article 1195 met en œuvre une conception essentiellement objective de l'imprévision : ce qui justifie l'intervention du juge, c'est l'importance du changement et les incidences qu'il a sur le contrat, beaucoup plus que le décalage avec la volonté originaire des parties* »<sup>1977</sup>.

**525. La concrétisation restrictive de l'équilibre contractuel par le standard de l'onérosité excessive en droit français.** Précisément, le juge doit apprécier la cause du déséquilibre – *le changement de circonstances* – et la nature du déséquilibre – *l'excessive onérosité*. Certains auteurs avaient d'ailleurs estimé que l'adverbe, dans l'expression « *exécution excessivement onéreuse* », valait « *comme une ferme mise en garde du législateur au juge. Politiquement, il reçoit une directive sévère (...) techniquement, le juge se devra de motiver spécialement le caractère excessif de l'onérosité. (...) A cela s'ajoute qu'il est dans la logique restrictive du mécanisme que l'appréciation du juge porte sur l'ensemble du contrat, dont il s'agira de mesurer l'équilibre global* »<sup>1978</sup>. En effet, il ressort de l'étude du droit comparé que l'expression choisie par le législateur français est, de loin, la plus restrictive. Notamment, les principes Unidroit et le droit estonien font le choix de conditionner l'imprévision à l'altération de l'équilibre contractuel : l'article 6.2.2 des principes UNIDROIT indique qu'« *il y a hardship lorsque surviennent des évènements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations* » ; et le droit estonien subordonne la révision au « *changement matériel dans l'équilibre entre les obligations des parties* »<sup>1979</sup>. De la même façon, les Principes contractuels communs élaborés par l'Association Henri Capitant réservaient la révision au contrat qui devenait « *profondément déséquilibré, à la suite d'un changement de circonstances raisonnablement imprévisible* »<sup>1980</sup>. Le standard de l'onérosité excessive limite la marge de manœuvre du juge en ce qu'elle ne vise que l'onérosité de la prestation et non l'équilibre contractuel en général et ne fait pas mention d'une quelconque équité ou bien d'une nécessité raisonnable.

Par ailleurs, si l'on peut estimer, *a priori*, que « *la détermination du seuil de l'excès empêche toute systématisation sous forme de critères quantitatifs* », nous considérons que le

---

<sup>1977</sup> ANCEL P., « Imprévision », *Rép. civ.* 2017, n° 67.

<sup>1978</sup> Dehayes o., Genicon t., Laithier y.-m., *op. cit.*, p. 448.

<sup>1979</sup> ANCEL P., *art. cit.*, *Rép. civ.* 2017, n° 74.

<sup>1980</sup> *Principes contractuels communs, Projet de cadre commun de référence*, Association Henri Capitant, Vol. 7, Société de législation comparée, 2008.

standard de l'onérosité excessive peut être chiffré ou quantifié et limite de façon significative la marge de manœuvre du juge. En principe, l'appréciation du juge devrait être purement objective et ne pas inclure des considérations tenant au comportement des parties contrairement à ce à quoi pourrait conduire les notions de raisonnable ou d'équité. Notamment, en matière de révision du loyer par le bailleur, le simple fait que le loyer soit devenu trop faible au regard d'un nouveau contexte économique ne suffira sans doute pas à caractériser l'excès. Encore faudrait-il, par exemple, que les charges « *inhérentes au bien* » aient considérablement augmenté<sup>1981</sup>. Un auteur, prenant pour exemple le bail commercial déclarait qu'il « *paraît difficile de considérer que l'effondrement du montant du loyer rende le contrat excessivement onéreux pour le bailleur, à moins que les charges qui lui incombent deviennent supérieures au loyer perçu* »<sup>1982</sup>. Il sera donc nécessaire d'apprécier, de quantifier voire de chiffrer cette hausse du coût pour le bailleur par rapport à l'équilibre initial. Dans un arrêt rendu avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats<sup>1983</sup>, la Cour de cassation effectuait déjà une analyse chiffrée afin de mesurer le caractère excessivement onéreux pour l'application d'une clause de *hardchip*. En l'espèce, une société présentait aux débats une documentation sur le cours mondial des matières premières ainsi que des missives annonçant une hausse des prix de 4 à 16 % et évoquait donc la nécessité d'augmenter le prix des marchandises facturées auprès d'une seconde société en considération de la diminution de 58 % de sa marge brute. La Cour de cassation avait alors rejeté la demande de la société qui ne rapportait pas, selon elle, la preuve chiffrée d'une altération fondamentale de « *l'équilibre des prestations* »<sup>1984</sup>.

Certains auteurs soutiennent pourtant que « *le texte n'est en rien la formulation d'un impératif de maintien de l'équilibre contractuel initialement convenu* » et que « *l'article 1195 n'est donc pas l'expression d'un principe-règle (une règle d'équilibre contractuel)* »<sup>1985</sup> dans la mesure où « *ce sont seulement certains déséquilibres, les plus criants, qui sont ici pris en compte* »<sup>1986</sup>. C'est justement en ce sens que les qualités d'objectivation et de concrétisation du standard

---

<sup>1981</sup> V. également BOFFA R., « La révision et la résiliation pour imprévision », *Loyers et Copropriété*, n° 10, oct. 2016, dossier n° 12, spéc. n° 27.

<sup>1982</sup> MEKKI M., *art. cit.*, *JCP N* 20 janv. 2017, n° 3, actu. 155, spéc. n° 2 : « Prenons pour illustration le cas d'un bail commercial. Il paraît difficile de considérer que l'effondrement du montant du loyer rende le contrat excessivement onéreux pour le bailleur, à moins que les charges qui lui incombent deviennent supérieures au loyer perçu ».

<sup>1983</sup> Com., 17 févr. 2015, n° 12-29.550.

<sup>1984</sup> Com., 17 févr. 2015, n° 12-29.550.

<sup>1985</sup> DEHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 448.

<sup>1986</sup> *Ibid.*

juridique viennent nuancer le principe juridique qu'il applique – l'équilibre contractuel interne –. Par le biais du seuil de gravité élevé que leurs expressions définissent, les standards contractuels permettent de réduire l'exigence du principe d'équilibre contractuel en le restreignant à une acception atténuée, la sanction des déséquilibres les plus évidents. Le principe juridique, comme nous avons pu le remarquer, est *ante-positif*<sup>1987</sup>, c'est-à-dire qu'il est constitué de valeurs métajuridiques qui transcendent le droit positif et qui lui sont antérieures. Néanmoins, lorsqu'il est appelé à systématiser des règles de droit positif, encore faut-il qu'il soit adapté à la réalité qu'il régit, celle de la complexité du contenu contractuel et de la nécessaire prévisibilité qu'implique l'échange économique prévu par le contrat. Les standards, tout en étant inclus dans des règles promouvant la justice contractuelle – telles que la violence par abus de dépendance, les clauses abusives, la révision des clauses pénales –, évincent une vision moraliste trop dogmatique du droit des contrats et, par là même, le pouvoir du juge d'user de l'équité aux fins d'opérer une interprétation créatrice de la loi pour déroger à une règle jugée, par lui, trop rigoureuse<sup>1988</sup>. Le standard juridique cantonne l'interprétation du juge à une finalité précise, celle de corriger les déséquilibres les plus patents, sans mettre en péril l'harmonie du droit contractuel et la sécurité juridique.

Le législateur, en consacrant expressément les mesures tenant à la restauration de l'équilibre contractuel, tout en les restreignant par le moyen des standards législatifs, semble avoir mis fin au règne jurisprudentiel des articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil qui avaient permis au juge, avant la réforme, de modérer des règles rigides incompatibles avec le besoin émergent de justice contractuelle et de solidarité. Ce faisant, il s'est réapproprié le principe d'équilibre contractuel, tout en le limitant aux corrections les plus dirimantes.

**526.** Aussi, les standards contractuels contribuent à la concrétisation de l'équilibre interne au regard de l'inexécution (**B**).

---

<sup>1987</sup> V. *supra* n° 196.

<sup>1988</sup> En ce sens, le standard contractuel promeut également l'harmonie et la cohérence des valeurs sous-jacentes au droit des contrats : l'équilibre externe.

## B. LE SUFFISAMMENT GRAVE

**527. L'alignement des résolutions judiciaire et par notification sur le standard de l'inexécution suffisamment grave.** La mise en œuvre de l'exception d'inexécution de l'article 1219<sup>1989</sup> du Code civil, comme des résolutions judiciaire<sup>1990</sup> et par voie de notification<sup>1991</sup> des articles 1227 et 1226<sup>1992</sup> du Code civil, est subordonnée au critère du *suffisamment grave*. Sous l'empire de l'ancien article 1184 du Code civil, la jurisprudence conditionnait déjà la résolution judiciaire à la constatation d'un manquement grave. La Cour de cassation avait ainsi pu affirmer que : « *lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement, en cas d'inexécution partielle, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts* »<sup>1993</sup>. L'utilisation du standard du *suffisamment grave* comme condition de la résolution judiciaire n'est donc pas nouvelle. Elle demeure néanmoins essentielle à la promotion de l'équilibre contractuel. Depuis plus de cent ans, la Cour de cassation déclare que « *lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement, en cas d'inexécution partielle, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts* ». C'est dire que la quantifiabilité de ce standard doit être comprise par comparaison avec la sanction des dommages et intérêts alloués en l'absence d'inexécution suffisamment grave. Si le manquement peut être réparé grâce à

---

<sup>1989</sup> C. civ. art. 1219 : « *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette **inexécution est suffisamment grave*** ».

<sup>1990</sup> La résolution judiciaire a pour avantage de pouvoir être demandée en toute hypothèse, alors même qu'une autre résiliation serait envisageable. Néanmoins, cette résolution reste subsidiaire, et cette sanction de l'inexécution ne sera vraisemblablement mise en œuvre qu'en l'absence de clause résolutoire (CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, n° 646, p. 597 ; CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, 27<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2019, p. 155 et s.). Toujours est-il que la garantie que présente la résolution judiciaire au justiciable, notamment au vu des conditions d'ouverture et des pouvoirs du juge qu'elle confère, demeure essentielle dans un objectif de promotion de l'équilibre contractuel et du droit des contrats. En effet, la seule condition présidant à l'octroi de la résolution judiciaire est celle du standard du *suffisamment grave*.

<sup>1991</sup> V. notamment : GENICON T., « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *RDC* 2010, p. 44.

<sup>1992</sup> L'exigence du suffisamment grave relève de la lecture combinée des articles 1224 et 1226 alinéa 3 du Code civil : « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* », « *Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution* ».

<sup>1993</sup> Cass. ch. civ. 14 avril 1891, *Bull. Arrêts. ch. civ.* n° 55, p. 103.

l'octroi de dommages et intérêts à la suite de l'engagement de la responsabilité contractuelle, c'est cette voie qui sera privilégiée à celle de la résolution. La résolution est la sanction qui intervient en dernier recours, pour mettre fin à un déséquilibre d'une grande intensité. Cette solution implique ainsi, d'une part, pour le juge, un calcul de quantité en ce sens qu'il doit convertir le manquement en dommages et intérêts chiffrés. Elle implique, d'autre part, et dans un second temps, de déterminer si ces dommages et intérêts seraient suffisants pour le réparer ou bien si seule une résolution serait envisageable, dans la mesure où le manquement engendrerait un déséquilibre tel qu'il justifierait l'anéantissement du contrat. Ainsi, contrairement à une notion indéterminée sans caractères propres telle que « *les conditions générales* » ou bien les « *circonstances imprévisibles* », *l'inexécution suffisamment onéreuse* est concrétisable puisqu'elle représente l'instrument de mesure. La Cour a d'ailleurs rappelé, dans un arrêt récent, que les juges du fond devaient impérativement caractériser le degré de gravité du manquement et ne pouvaient pas « *se born(er) à affirmer l'agressivité et le comportement menaçant* » de deux sociétés à l'égard d'une troisième et devaient nécessairement en caractériser « *les éléments* » et « *le degré de gravité* »<sup>1994</sup>.

Il reste que le standard de *l'inexécution suffisamment grave* se situe au carrefour de l'équilibre interne et externe du contrat en ce qu'il peut impliquer aussi bien un contrôle du comportement<sup>1995</sup> du contractant au regard des valeurs morales et économiques du droit contractuel que la mesure du déséquilibre interne<sup>1996</sup> engendré par le manquement contractuel. La gravité du manquement contractuel de l'une des parties peut entraîner, à la faveur de l'autre contractant, la résolution du contrat : c'est la résolution pour inexécution<sup>1997</sup>. Ce manquement contractuel de l'une des parties engendre un déséquilibre d'autant plus important que le contractant victime peut déjà s'être exécuté. La contrepartie

---

<sup>1994</sup> Com., 3 mars 2021, n° 19-22574 : PB.

<sup>1995</sup> DOURNAUX F., « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale », RDC 2021, n° 2, p. 8 : « *Les termes du débat sont connus. La jurisprudence se réfère à « la gravité du comportement » du débiteur mais l'expression est plurivoque : au sens large, elle peut désigner un critère subjectif et moral, un jugement de valeur porté sur l'attitude du débiteur dont l'inexécution n'est qu'un des éléments d'appréciation ; au sens strict, elle vise un manquement contractuel et se résume au constat, objectif et moralement neutre, de l'inexécution d'une obligation essentielle qui ruine l'avenir du contrat. Ces conceptions procèdent de finalités distinctes : pour l'une, axiologique, pénale, la résolution unilatérale prive le débiteur du contrat pour ce qu'il a fait ; pour l'autre, utilitaire, économique, elle libère le créancier d'un contrat inapte à lui procurer la satisfaction attendue. La jurisprudence ne tranche pas, insistant tantôt sur le comportement, tantôt sur le manquement* » ; V. également : CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, n° 655, p. 605.

<sup>1996</sup> *Ibid.*, La résolution devrait être admise « *pour toute inexécution présentant une gravité suffisante, au regard du comportement du débiteur, mais aussi de l'intérêt du contrat ou du caractère essentiel du manquement* ».

<sup>1997</sup> <sup>1997</sup> GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution*, t. 484, LGDJ, 2007 ; GENICON T., « Résolution et résiliation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », JCP 2015, 1605.

de son exécution est alors (quasi)-inexistante. Le déséquilibre est si prégnant que seul l'anéantissement du contrat – sa résolution – pourrait le compenser. De la sorte, le manquement contractuel *suffisamment grave*, entraînant le déséquilibre, implique de mettre fin au contrat, afin de restaurer, d'une certaine manière, l'équilibre rompu.

**528. Le seuil de gravité du standard du suffisamment grave.** Les standards contractuels d'application de l'équilibre contractuel expriment un seuil de gravité élevé. À première vue, le standard du suffisamment grave place le curseur juste au-dessus des limites de la normalité transgressée. C'est d'ailleurs dans ce sens que serait interprété ce standard au regard de la théorie fondée sur l'idée de la normalité : la condition du *suffisamment grave* loin de constituer un garde-fou, laisserait la porte ouverte à une résiliation quasi systématique. Avant la réforme du droit des contrats, la résolution unilatérale impliquait, *a priori*, une exigence d'une gravité supérieure, c'est-à-dire une inexécution qualifiée<sup>1998</sup>. Toutefois, la Cour de cassation avait, parfois, aligné les seuils de gravité des résolutions, justifiant la décision à partir de manquements moins exceptionnels<sup>1999</sup>. Plus encore, dans un arrêt rendu cinq années après le célèbre arrêt Toqueville<sup>2000</sup>, la Cour de cassation avait considéré qu'il incombait au juge du fond « *de rechercher si le comportement revêtait une gravité suffisante pour justifier la rupture unilatérale* »<sup>2001</sup>. De façon analogue et plus récemment, la Cour de cassation a estimé qu'une cour d'appel avait à bon droit retenu que le non-

---

<sup>1998</sup> CHANTEPIE G., LATINA M., *op. cit.*, p. 605, n° 655 ; MESTRE J., « Décision ordinaire et relations contractuelles », *RTD civ.* 1999, p. 394 ; DELEBECQUE PH., « La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls », *D.* 1999, p. 115 ; LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., « Résolution », *D. action, Droit de la responsabilité et des contrats*, Chapitre 3215, 2021 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, n° 99-15.170 : *Bull. civ.* I, n° 40, p. 25, *D.* 2001. 1568, note JAMIN C. ; *Ibid.* Somm. 3239, obs. MAZEAUD D. ; *Defrénois* 2001. 705, obs. SAVAUX E. ; *RTD civ.* 2001. 363, obs. MESTRE J. et FAGES B.

<sup>1999</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, n° 06-10229, *JCP G* 2007, I, 161, obs. GROSSER P. : « *Mais attendu que la cour d'appel a relevé, outre l'acharnement de la clinique à adresser périodiquement à M. Le X. les factures contestées, concrétisant ainsi sa décision de modifier unilatéralement une clause substantielle du contrat d'exercice, les tracasseries ainsi provoquées et peu compatibles avec la sérénité indispensable à l'activité chirurgicale, ainsi que le respect néanmoins par l'intéressé d'un préavis ; que de ces constatations, elle a pu déduire un manquement d'une gravité suffisante pour permettre à M. Le X. de mettre licitement fin au contrat sans saisine préalable de la juridiction compétente ; que le moyen n'est pas fondé* ».

<sup>2000</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : *Bull. civ.* I, n° 300, p. 207, *D.* 1999, p. 197, note JAMIN C. ; *Ibid.* somm. 115, obs. DELEBECQUE PH. ; *JCP* 1999, II, 10133, note RZEPECKI N. ; *Defrénois* 1999. 374, obs. MAZEAUD D. ; *RTD civ.* 1999. 394, obs. MESTRE J., et 506, obs. RAYNARD J. ;

<sup>2001</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 01-03.662 : *Bull. civ.* I, n° 211, p. 166, *JCP* 2004, II, 10108, note LACHÈZE C. ; *Defrénois* 2004. 378, obs. LIBCHABER R., et 381, obs. AUBERT J.-L. ; *CCC* 2004, n° 4, note LEVENEUR L. ; *Dr. et patr.* 1/2004. 89, obs. CHAUVEL P. ; *RTD civ.* 2004. 89, obs. MESTRE J., FAGES B. ; *RDC* 2004. 273, obs. AYNÈS L., et 277, obs. MAZEAUD D. Pour les applications, v. les décisions citées *ss. art. 1184 anc.*



règlement des primes contractuelles et de la provision judiciaire, auquel s'ajoutait l'absence de communiqué du montant des primes recouvertes et payées, constituaient des fautes suffisamment graves justifiant la résolution unilatérale du contrat sans préavis<sup>2002</sup>. De nombreux arrêts de cour d'appel ont opéré la même assimilation sémantique. Sans prétendre à l'exhaustivité<sup>2003</sup>, la Cour d'appel de Paris avait ainsi décidé que « *la résolution unilatérale d'un contrat synallagmatique suppose, pour l'auteur de la rupture, de rapporter la preuve d'un comportement suffisamment grave de la part de son cocontractant* »<sup>2004</sup>. De la même manière, la Cour d'appel de Dijon avait déclaré qu'il ressortait « *de ces divers éléments que l'argumentation de la société CCTA du Botoret doit en définitive être appréciée au regard de ces deux incidents de livraison, qui constituent en l'état les seuls manquements dont l'existence est suffisamment établie. Or, au regard de l'ancienneté des relations commerciales, à savoir 6 années, ainsi que des conséquences limitées qu'ils ont pu avoir, la survenance de ces deux incidents isolés ne permet pas de caractériser un manquement suffisamment grave ou renouvelé de nature à justifier la résolution du contrat aux torts de la société Initial* »<sup>2005</sup>. De façon analogue, encore, la Cour d'appel de Besançon avait considéré que « *si la rupture unilatérale d'une convention est expressément prévue au contrat de sous-traitance par une clause résolutoire, encore faut-il que celui qui en est à l'origine soit en mesure de démontrer une faute suffisamment grave imputable à son cocontractant* »<sup>2006</sup>.

Sans doute n'existait-il pas de réelle hiérarchisation dans le seuil de gravité, mais seulement une relative différence au regard du manquement invoqué, une « *faute* » de

---

<sup>2002</sup> Com. 12 avril 2016, n° 14-12.894 : « *ayant retenu que la société Assur voyage n'avait pas réglé les primes selon les modalités contractuelles, ni payé la provision judiciairement mise à sa charge, ni communiqué, en dépit d'une mise en demeure, le montant des primes recouvertes et des primes payées, ce dont elle a déduit qu'elle avait commis des fautes suffisamment graves pour justifier la résolution unilatérale et sans préavis des accords de coopération, la cour d'appel n'avait pas à répondre aux conclusions inopérantes invoquées par la seconde branche* ».

<sup>2003</sup> V. encore, CA Paris, pôle 5, 5<sup>e</sup> ch., 24 nov. 2016, n° 15/08602 : « *Qu'en l'absence de demande de résolution en justice, il est constant que seule la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ; Qu'à défaut de preuve d'un manquement imputable au débiteur, le contrat demeure obligatoire et exécutoire ; Qu'en conséquence, au 19 mai 2011, la société Dick Turpin's ne justifie d'aucun manquement suffisamment grave et établi qui aurait pu justifier une suspension unilatérale immédiate des paiements et une résiliation des contrats imputable à ses cocontractants* » ; CA Montpellier, 2<sup>e</sup> ch., 17 févr. 2015, n° 13/05072 « *Le report des dates fixées initialement sans qu'un avenant modificatif ait été établi, le report sine die de la manifestation, qui constituait l'essence du contrat, et la modification substantielle de la nature des prestations, que la société Arjowiggins Palalda a tenté d'imposer, caractérisent de la part de celle-ci des manquements suffisamment graves pour justifier la résiliation unilatérale du contrat, dont l'Agence Profil TV a pris l'initiative par courriel du 29 septembre 2011 ; il est évident qu'à cette date, qui doit être retenue comme celle de la rupture, le contrat ne pouvait plus être poursuivi aux conditions convenues* ».

<sup>2004</sup> CA Paris, pôle 6, 8<sup>e</sup> ch., 2 mai 2016, n° 15/08626.

<sup>2005</sup> CA Dijon, 2<sup>e</sup> ch. civ., 8 déc. 2016, n° 14/01053.

<sup>2006</sup> CA Besançon, 1<sup>re</sup> ch. civ., et com., 8 mars 2016, n° 14/01813.

comportement commise par le contractant pour la rupture unilatérale et une inexécution plus classique des prestations pour la résolution judiciaire, quoique cette catégorisation ne soit pas sans failles<sup>2007</sup>.

Il demeure qu'hier, comme aujourd'hui, le standard du *suffisamment grave* doit être analysé en considération des conséquences de l'inexécution. C'est dire que le déséquilibre généré par la gravité de l'inexécution doit être pondéré par les conséquences pratiques et concrètes de la résolution. Puisque la résolution est synonyme de fin du contrat et qu'elle met en échec l'échange économique, elle constitue un acte grave. L'adjectif « *suffisant* » souligne, dans cette perspective, la portée capitale d'une évaluation circonspecte de la gravité, laquelle est primordiale dans l'analyse du manquement constaté. Aussi l'adverbe évoqué implique-t-il une démonstration de *l'importance quantitative* de ce manquement qui justifierait alors les conséquences d'une résolution et non d'un *simple manquement* contractuel qui motiverait uniquement l'octroi de dommages et intérêts. La gravité de l'inexécution doit alors être proportionnée au déséquilibre qui serait engendré par la résolution du contrat.

### ***Conclusion Section II***

#### **529. La concrétisation de l'équilibre interne par les standards contractuels.**

Nous nous étions donné pour objectif de démontrer que les standards contractuels constituent bien, à la lumière de notre définition théorique, une sous-directive concrétisable de l'équilibre interne. L'argumentaire servant à confirmer cette hypothèse s'est développé en deux temps, respectant la chronologie du droit des contrats : du stade de la formation d'une part, à son exécution, d'autre part.

**530. La concrétisation de l'équilibre interne par les standards dans la formation du contrat.** À l'étape de la formation du contrat, les standards fonctionnent en tant qu'outils de concrétisation de l'équilibre interne au regard du consentement et des prestations contractuelles. Le standard des *conditions substantiellement différentes* représente l'instrument de mesure chiffrable et quantifiable de l'équilibre contractuel puisqu'il

---

<sup>2007</sup> DOURNAUX F., « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale », *RDC* 2021, n° 2, p. 8.

commande au juge de quantifier le déséquilibre à partir de la comparaison entre le contenu réel du contrat et son contenu supposé en l'absence de vice. La nullité du contrat est ainsi conditionnée par un seuil de gravité élevé. Seul un déséquilibre flagrant permettra au contractant lésé d'obtenir la nullité judiciaire. Par ailleurs, les déséquilibres les plus patents sont sanctionnés, au sein des clauses du contrat, au moyen des standards du déséquilibre significatif ou de la clause manifestement excessive ou dérisoire. Chaque fois, le juge doit utiliser les standards en tant qu'instruments de mesure quantifiables ou chiffrables, condition *sine qua non* de la sanction du déséquilibre.

**531. La concrétisation de l'équilibre interne par le standard dans l'exécution du contrat.** De la même façon, certaines règles relatives à l'exécution contractuelle, telles que la révision pour imprévision ou les résolutions judiciaires ou par notification sont conditionnées par les standards juridiques. Une fois encore, ceux de *l'exécution excessivement onéreuse* ou de *l'inexécution suffisamment grave*, en raison du degré élevé du déséquilibre exigé comme condition de la sanction à envisager, restreignent le pouvoir d'interprétation du juge et son immixtion dans le contrat.

## CONCLUSION

### CHAPITRE PREMIER

**532. L'objectivation de l'équilibre interne par le seuil de gravité du standard contractuel.** Si la définition de l'équilibre interne par le biais de quatre critères théoriques cumulatifs, l'équivalence, la réciprocité, la commutativité et la proportionnalité était particulièrement intéressante dans la mesure où elle permettait de mettre en lumière les différents aspects du contenu contractuel, leur mise en œuvre pratique n'était pas en adéquation avec le droit positif. En effet, l'équilibre objectif du contenu du contrat ne saurait être requis. Seuls les déséquilibres les plus graves sont appelés à être sanctionnés par le juge. Le respect de la prévisibilité contractuelle commande, de fait, la mise en place d'un seuil de gravité élevé conditionnant et restreignant l'interprétation judiciaire. Le seuil de gravité inhérent au standard contractuel : le *manifeste*, le *suffisant*, le *significatif* ou encore *illusoire* et le *dérisoire* consacrent cette vision positive. Les standards contractuels, liés à l'équilibre interne, ont ainsi pour caractéristique de renvoyer à l'évidence. Ils conditionnent la sanction à des déséquilibres économiques et de pouvoir qui sautent aux yeux. Cette restriction inhérente aux standards objective, par la même, le principe de l'équilibre et le concilie avec l'impératif de sécurité juridique. L'équilibre interne a dès lors, été défini comme *le contenu contractuel, envisagé dans sa globalité, au sein duquel les valeurs, quantitatives ou qualitatives ne sont pas, à l'évidence, discordantes.*

**533. La concrétisation de l'équilibre interne par les standards contractuels.** Le standard joue un rôle dual dans l'application de l'équilibre interne. Il objective sa définition d'une part et conditionne sa concrétisation d'autre part. De fait, les standards des *conditions substantiellement différentes*, de *l'avantage manifestement excessif*, du *déséquilibre significatif*, de la *contrepartie illusoire ou dérisoire*, de la *clause manifestement excessive ou dérisoire*, tout comme *l'exécution excessivement onéreuse* ou le *suffisamment grave* forment les instruments de mesure quantifiable et chiffrable conditionnant la sanction effective du déséquilibre.

**534.** De la même façon, l'équilibre externe est objectivé et concrétisé par les standards contractuels, sous-directives d'application de l'équilibre externe (**Chapitre II**).



## CHAPITRE SECOND

### L'APPLICATION DE L'ÉQUILIBRE EXTERNE

---

**535. La vision altruiste et individualiste du droit privé des contrats**<sup>2008</sup>. Dans un article relatif à la dichotomie entre la forme et la substance en droit privé, un auteur américain proposait de s'interroger sur la relation entre l'érosion des règles rigides de la théorie de l'obligation contractuelle de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et la socialisation de la théorie du contrat<sup>2009</sup>. C'est dire que ce dernier supposait un lien intrinsèque entre l'utilisation d'une technique formelle particulière – la règle rigide ou le standard – et la vision substantielle de ceux qui l'ont édictée. Or, la doctrine anglosaxonne majoritaire considérait que la sélection entre les standards et les règles de différents degrés de généralité pouvait être analysée indépendamment des questions de fond auxquelles ces normes répondent<sup>2010</sup>. L'auteur, à l'opposé, expliquait que l'emploi de l'une ou l'autre des techniques législatives n'était pas neutre<sup>2011</sup>. Il démontrait l'existence d'affinités électives d'une part, entre les standards juridiques et une vision altruiste du droit et d'autre part, entre les règles rigides et une vision individualiste<sup>2012</sup>.

---

<sup>2008</sup> KENNEDY D., *art. cit.*, *Harvard Law Review* 1976, vol. 89, pp. 1685-1778, spéc. p. 1724 : « *Yet most contemporary students of legal thought seem to agree that an account of adjudication limited to the three dimensions of authoritative premises, facts and analysis is incomplete* » : *Ibid.*, spéc. p. 1724 : « *One way to express this is to say that "policy" plays a large though generally unacknowledged part in decision making* » : l'auteur exprimait l'idée que l'étude d'une décision juridictionnelle, limitée au syllogisme judiciaire, ne permettait pas une analyse complète de celle-ci. Il considérait, de fait, que le rôle de la politique législative et des objectifs sous-jacents était important et pourtant méconnu. Il relevait, toutefois, les difficultés méthodologiques liées à la description de cette réalité. Néanmoins, toujours selon l'auteur, le lien entre la forme et le fond, les objectifs substantiels et la technique législative formelle utilisée, participerait de l'intelligibilité de la contribution de la morale, de la politique et de la philosophie dans le processus de décision (*Ibid.*, spéc. p. 1724 : « *My hope is that the substantive and formal categories I describe can help in rendering the contribution of "policy" intelligible. Although individualism and altruism can be reduced neither to facts nor to logic, although they cannot be used with any degree of consistency to characterize personalities or opinions or the outcomes of lawsuits, they may nonetheless be helpful in this enterprise* »).

<sup>2009</sup> *Ibid.*, spéc. p. 1687 : « *My purpose is to examine the relationship between the first and last sentences of the quoted passage. What is the connection between the "erosion of the rigid rules of the late nineteenth century theory of contractual obligation" and the "socialization of our theory of contract?"* ».

<sup>2010</sup> *Ibid.*, spéc. p. 1701 et s.

<sup>2011</sup> *Ibid.*, spéc. p. 1776 : « *In practice, the choice between rules and standards is often instrumental to the pursuit of substantive objectives. We cannot assess the moral or economic or political significance of standards in a real administration of justice independently of our assessment of the substantive structure within which they operate* ».

<sup>2012</sup> Ces deux visions correspondent aux valeurs économiques libérales pour l'individualisme, et aux valeurs morales de justice contractuelle et de protection de la partie faible pour l'altruisme, telles que nous les avons étudiées dans la définition de l'équilibre externe.

**536. La recherche de l'équilibre externe au-delà de la dichotomie par l'instrument standard.** Le standard juridique présente, à notre avis, la capacité de dépasser la dichotomie affichée entre individualisme et altruisme. Le standard n'a pas pour vocation de favoriser l'altruisme, mais plutôt de réaliser l'équilibre externe et ainsi l'harmonie entre des valeurs jugées contradictoires ou en tous cas discordantes. L'altruisme ne saurait se développer comme finalité purement éthique au sein du droit. En revanche, par l'intermédiaire du standard, il se charge de limiter le pouvoir de l'individualisme dogmatique. En tant que technique législative formelle, le standard conduirait à la redécouverte des objectifs altruistes occultés par la précision des règles rigides et à les traduire afin d'accéder à la création d'un système contractuel harmonieux en termes de valeurs. En effet, l'équilibre contractuel externe a pu être défini comme « *l'idée selon laquelle le contenu juridique et économique du contrat se trouve dans un état de repos et/ou d'harmonie et le reste malgré l'influence de forces extérieures sur ce contenu* »<sup>2013</sup>. Le droit des contrats est ainsi tiraillé entre des forces contradictoires, les valeurs morales (l'altruisme) et économiques (l'individualisme), qu'il est nécessaire de concilier. Il convient, à tout le moins, de les amener à une coexistence apaisée dans l'espace de latence que constitue le contenu du contrat. La justice contractuelle au sens de la protection de la partie faible peut, puisqu'elle commande le plus souvent l'immixtion du juge dans la relation contractuelle, faire perdre une certaine cohérence au droit des contrats, au regard de la sécurité juridique ou de l'efficacité économique. Il nous appartiendra donc de démontrer que la technique législative que constitue le standard contractuel parvient à mettre en place ces équilibres en ménageant les intérêts en présence. Le standard objective le principe d'équilibre externe.

Aussi, tous les standards issus de notre classification participent-ils de cet équilibre externe puisque la présence, dans les standards du *déséquilibre significatif* ou encore de la *contrepartie illusoire ou dérisoire*, d'un seuil de gravité très élevé, tempère la protection de la partie faible induite par la règle<sup>2014</sup>. Néanmoins, certains standards concrétisent directement et de manière plus évidente cet équilibre externe. Le *délai raisonnable*, le *coût raisonnable*, aussi bien que la *faute lourde ou dolosive* et la *disproportion manifeste* employée dans l'exécution forcée, en considération de leur application jurisprudentielle, portent en eux le ferment de l'équilibre contractuel externe. Leur finalité est, en effet, bien supérieure

---

<sup>2013</sup> FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, Paris LGDJ, 2002, n° 22, p. 30.

<sup>2014</sup> V. *supra* n° 487 et s.

à celle d'instaurer un cadre contractuel raisonnable, acceptable, loyal ou normal. L'utilisation qui en est faite promeut la protection de la partie faible aussi bien que l'économie du contrat. Par ailleurs, puisqu'ils ménagent les intérêts en présence, les valeurs économiques et morales, ils restaurent la cohérence du droit des contrats.

**537. Plan.** L'étude de l'objectivation par la technique (**Section I**), précèdera celle de la concrétisation par les standards (**Section II**).

**SECTION I** – L'objectivation par la technique.

**SECTION II** – La concrétisation par les standards.



## SECTION I

### L'OBJECTIVATION PAR LA TECHNIQUE

#### 538. Entre subjectivité des valeurs et technique pure, un équilibre à trouver.

« La solution est à trouver dans un équilibre : ni dogmatisme aveugle ni empirisme sans projection. Car le mépris des réalités et l'insécurité sont, l'un comme l'autre, des dangers mortels pour le droit »<sup>2015</sup>. Transposé à notre propos, cet équilibre doit nécessairement être recherché entre l'explication du droit par les valeurs sous-jacentes et l'utilisation d'une technique juridique totalement déconnectée de celles-ci<sup>2016</sup>. Rappelons-le, l'équilibre externe du droit des contrats peut être défini, de façon assez générale comme *la coexistence harmonieuse des principes juridiques libéraux (force obligatoire, effet relatif, liberté contractuelle) et moraux (le raisonnable, la confiance, la bonne foi) aboutissant à une cohérence du droit contractuel*. Néanmoins, cette définition de l'équilibre contractuel externe participe d'une appréciation subjective et éloignée d'une méthodologie juridique rigoureuse du droit contractuel. Il s'agit d'une recherche ontologique et non épistémologique du droit<sup>2017</sup>. Expliquer chacune des dispositions sous le prisme des valeurs ou des opinions politiques qui ont pu conduire à leur élaboration constitue une opération particulièrement risquée, si elle est réalisable. De la sorte, le compromis doit sans doute être trouvé dans « *une primauté donnée à la technique* »<sup>2018</sup> permettant d'objectiver le débat sur les valeurs et la définition même de l'équilibre contractuel externe. L'analyse de la forme de la loi offre alors la possibilité de communiquer l'ordre et la cohérence aux discussions politiques sur les valeurs<sup>2019</sup>. À

---

<sup>2015</sup> GENICON T., « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats », in *La place du juriste face à la norme*, Assoc. Henri Capitant, t. XVI, Dalloz, 2012, pp 85-133, spéc. p. 128.

<sup>2016</sup> *Ibid.*, spéc. 132, n° 56 ; « *Même si c'est un autre et vaste débat, il n'est pas certain en effet que, à la charnière des XIXe et XXe siècle les juristes français aient forcément « manqué un rendez-vous » qu'auraient heureusement honoré les juristes américains, pour leur part, en faisant triompher les écoles réalistes. Il y avait certes un virage à prendre à cette époque d'un dogmatisme sclérosant mais, précisément, les juristes français ont plutôt adroitement « négocié » ce virage en restant sur la route - celle du droit – plutôt que d'en sortir. On l'a dit, le triomphe des constructions juridiques (...) n'a pas été le monstre d'abstraction logique que l'on voudrait faire parfois croire. Ces auteurs n'avaient que trop conscience des combats politiques auxquels ils se livraient et dont leurs constructions techniques étaient souvent les armes* ».

<sup>2017</sup> Sur la distinction entre une recherche ontologique et épistémologique en droit : ROUVIÈRE F., « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », in FLÜCKIGER A. (dir.), TANQUEREL TH. (dir.), *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, Bruylant, 2015, pp. 117-137.

<sup>2018</sup> GENICON T., *art. cit.*, spéc. p. 128.

<sup>2019</sup> KENNEDY D., *art. cit.*, Harvard Law Review 1976, vol. 89, pp. 1685-1778, spéc. p. 1724 : « *The ultimate goal is to break down the sense that legal argument is autonomous from moral, economic, and political discourse in general. There is nothing innovative about this. Indeed, it has been a premise of legal scholars for several generations that*

l'instar du libéralisme et de la justice contractuelle, l'individualisme<sup>2020</sup> et l'altruisme<sup>2021</sup> représenteraient « deux attitudes opposées qui se manifestent dans les débats sur le contenu des règles de droit privé »<sup>2022</sup>. En remplaçant le droit contractuel au cœur des préoccupations d'ordre politique : la compétitivité, l'attractivité, la sécurité juridique ou encore la protection des plus vulnérables, tout en intégrant ces questions dans le droit positif par le biais d'une

---

*it is impossible to construct an autonomous logic of legal rules. What is new in this piece is the attempt to show an orderliness to the debates about "policy" with which we are left after abandonment of the claim of neutrality ».*

<sup>2020</sup> L'essence de l'individualisme « est l'établissement d'une distinction nette entre ses intérêts et ceux des autres, combinée à la conviction qu'une préférence de conduite pour ses intérêts propres est légitime, mais qu'il faut être prêt à respecter les règles qui permettent de coexister avec d'autres ayant des intérêts similaires » (Citation originale in *Ibid.*, spéc. p. 1713: « *The essence of individualism is the making of a sharp distinction between one's interests and those of others, combined with the belief that a preference in conduct for one's own interests is legitimate, but that one should be willing to respect the rules that make it possible to coexist with others similarly selfinterested* »). Il associait l'individualisme à l'autonomie, signifiant alors qu'il est nécessaire d'accepter que les autres ne partageront ni leurs gains ni leurs propres pertes et qu'ainsi, j'ai moi-même le droit de profiter de mes efforts sans avoir à les sacrifier aux intérêts d'autrui (*Ibid.*, spéc. p. 1715 : « *A pure egotist defends the laws against force on the sole ground that they are necessary to prevent civil war. For the individualist, the rules against the use of force have intrinsic rightness, because they are identified with the ideal of selfreliance, the economic objective of security for individual effort, and the political rhetoric of free will, autonomy, and natural rights. Rules against violence provide a space within which to realize this program, rather than a mere bulwark against chaos* »). L'individualisme implique alors le rejet de l'utilisation de la force publique dans la lutte pour la satisfaction et le refus de se comporter de manière communautaire. Selon Kennedy, l'individualisme fournissait notamment une explication au droit de la responsabilité délictuelle, de la propriété et des contrats en termes de politique et de valeurs. Le refus de l'interventionnisme étatique n'est pas, ici, un penchant égoïste, mais plutôt l'identification de l'individualiste à un idéal d'autonomie et à un objectif économique de sécurisation de l'effort individuel. L'altruisme, en revanche, constituerait, selon l'auteur, une notion « cohérente et omniprésente qui rivalise constamment avec l'individualisme » (*Ibid.*, spéc. p. 1717 : « *Nonetheless, I think there is a coherent, pervasive notion that constantly competes with individualism, and I will call it altruism* »). Cependant, l'individualisme dominerait tellement le discours légal qu'il serait difficile de lui associer une « contre-éthique ».

<sup>2021</sup> L'essence de l'altruisme, contrairement à l'individualisme, serait la perception qu'il ne faut pas donner une nette préférence à ses intérêts par rapport à ceux des autres. Le partage et la participation seraient les dynamiques de l'altruisme, s'opposant à l'échange individualiste. Néanmoins, l'auteur convenait qu'il est difficile de décrire le système juridique au regard de l'altruisme car le droit serait, sans équivoque, du domaine de l'individualisme et la justice consiste dans le respect des droits et non « dans l'accomplissement d'un devoir altruiste » (*Ibid.*, spéc. p. 1718 : « *At first glance the usefulness of the concept of altruism in describing the legal system is highly problematic. A very common view alike in the lay world and within the legal profession is that law is unequivocally the domain of individualism* »). Il existe, pourtant, des normes qui sont bien mieux expliquées par l'altruisme que par l'individualisme, notamment les règles relatives à la protection des parties les plus faibles qui ont pour finalité de modifier l'équilibre des pouvoirs qui existeraient dans l'état de nature (*Ibid.*, spéc. p. 1719 : « *The rules against violence, for example, have the effect of changing the balance of power that would exist in the state of nature into that of civil society. The strong, who would supposedly dominate everyone if there were no state, are deprived of their advantages and forced to respect the "rights" of the weak. If altruism is the sharing or sacrifice of advantages that one might have kept for oneself, then the state forces the strong to behave altruistically. Further, the argument that the prohibition of theft is based on the ethic of self-reliance is weak at best. The thief is a very paragon of self-reliance, and the property-owning victim has failed to act effectively in his own defense. The point for the altruist is not that the thief is a slacker, but that he is oblivious to any interest but his own. The law, as the expression goes, "provides him a conscience."* »).

<sup>2022</sup> *Ibid.*, spéc. p. 1713 : « *These are two opposed attitudes that manifest themselves in debates about the content of private law rules* ».

technique législative spéciale<sup>2023</sup>, le législateur semble avoir réussi le pari d'aller « au-delà de la technique juridique, mais par la technique juridique »<sup>2024</sup>. Par l'utilisation des standards juridiques, il a, semble-t-il, reconnecté le droit avec les valeurs sur lesquelles il s'est construit. Les standards contractuels, se référant aux principes supérieurs<sup>2025</sup>, appliquent celles dont ces principes sont composés. En ce sens, le standard juridique retranscrit ces valeurs par le biais d'une technique législative formelle et objective. Comme l'indiquait Demogue : « il ne faut pas perdre de vue l'idée de Comte que la grosse difficulté est de concilier l'ordre et le mouvement. Il faut donc que la technique assure la rapidité de réalisation du droit, une certaine sécurité et en même temps la coexistence de principes divergents, soit en maintenant un équilibre instable, soit en réparant un certain déséquilibre par un autre »<sup>2026</sup>. Si l'explication du droit contractuel ne doit pas se borner à une lecture philosophique ou politique de ses dispositions, à l'inverse, elle ne doit pas être réduite à une épistémologie formelle déconnectée de la réalité qu'elle tente d'apprivoiser. Cette épistémologie doit être « complexe »<sup>2027</sup> et s'épanouir dans un « éternel questionnement qui maintient ouverte en permanence la problématique de la vérité »<sup>2028</sup>. Aussi, la technique du standard juridique, permettant la transition entre l'idéal des principes supérieurs et la réalité des faits, forge-t-elle un instrument tout à fait adéquat dans l'objectivation de l'équilibre contractuel externe. Le standard met en avant le devoir-être du principe supérieur et, par là même, la philosophie politique et sociale qui l'étaie, et ce, par le biais d'un dispositif juridique. En

---

<sup>2023</sup> DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, Dalloz, rééd., 2011, p. 204 et s. : « La notion de technique a été indiquée par Savigny, mais de façon vague. Ihéring lui a donné beaucoup plus de précision. " Je crois, dit-il, qu'il est possible de déterminer d'une manière absolue comment le droit se réalise. Ce n'est pas une question de fond du droit, mais une question de forme. Les droits divers se réalisent tous et partout de la même manière : leur contenu matériel est indifférent à la chose. Il y a sous ce rapport un idéal absolu que tout droit doit chercher à atteindre, idéal qui, à mon avis, peut être ramené à la réunion de deux conditions. Le droit doit se réaliser : d'une part, de manière nécessaire, donc sûre et uniforme : d'autre part, d'une manière facile et rapide... Le but de la technique est de pure forme. La question qu'elle est appelée à résoudre se pose dans les termes suivants. Comment le droit, abstraction faite de son contenu, doit-il être organisé et établi pour que son mécanisme simplifie, facilite et assure le plus largement possible l'application des règles du droit aux cas concrets ? " ». Demogue indiquait néanmoins que cette définition de la technique est lacunaire en ce sens que, selon lui, « la technique est obligée de faire appel, à côté de la sécurité et du principe de l'économie de l'effort, à une troisième donnée, l'adaptation du droit aux circonstances imprévues ».

<sup>2024</sup> *Ibid.*, spéc. p. 133.

<sup>2025</sup> Sur la nécessaire conformité des normes à des principes juridiques supérieurs, v. notamment MERGEY A., « La résistance des juristes face à la loi. Perspectives historiques » in *La place du juriste face à la norme*, Assoc. Henri Capitant, t. XVI, Dalloz, 2012, pp 27-44, spéc. p. 36.

<sup>2026</sup> DEMOGUE R., *op. cit.*, p. 204.

<sup>2027</sup> Comme le déclarait Monsieur Chazal, reprenant les mots du philosophe de la pensée complexe et du chaos, Edgar Morin : MORIN E., *La méthode, 3, La connaissance de la connaissance*, Points Seuil, 1986, p. 23, cité par CHAZAL J.-P., « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC* 2003, n° 1, pp. 27-34, spéc. p. 30.

<sup>2028</sup> MORIN E., *op. cit.*, p. 23.

cela, il réintroduit les valeurs contractuelles longtemps rejetées tout en leur conférant une légitimité technique objective. Comme nous le relevions en introduction<sup>2029</sup>, un auteur remarquait que l'origine du mot standard pouvait évoquer le standard téléphonique « *c'est-à-dire à une plate-forme sur laquelle il y a une ligne unique à partir de laquelle on peut vous connecter à des centaines de choses différentes* »<sup>2030</sup>. Les standards constitueraient, avant tout, une expression juridique ouvrant au champ des possibles<sup>2031</sup>. D'ailleurs, la notion de « standard » proviendrait également du vieux français « estandard » qui signifie « *signe de rassemblement autour d'un homme ou d'un symbole* »<sup>2032</sup>. ***C'est dire que le standard est porteur des idées de mise en relation, de ralliement, malgré leur diversité originelle, des éléments concernés, jusqu'à les faire « marcher » ensemble, vers la même réalisation.*** C'est pourquoi le standard, en plus d'être une sous-directive d'application, est une sous-directive de conciliation des directives supérieures. « *Dispositif de connexion* »<sup>2033</sup> entre des enjeux apparemment opposés, le standard réalise l'ajustement entre norme et faits, entre l'immobilité des valeurs et la mouvance de la vie. Il évoquerait alors la « *valeur objective* » de Grzegorzcyk, entendue comme fait social. Le standard est assimilable à un fait non pas parce qu'il serait une chose, mais en tant qu'il est l'instrument de mesure de la chose : la chose « *arrive* » alors que le standard, tout comme la valeur *est*<sup>2034</sup>. Le compromis réalisé par la technique du standard accorde l'objectivation et la cohérence au droit contractuel, qualité dont il a un besoin absolu. De la sorte, le standard contractuel confère au juge un rôle de conciliateur contractuel.

En tout état de cause, la technique législative du standard serait liée à l'altruisme dans la mesure où « *l'informalité* » du standard et sa capacité à rendre visibles les objectifs sous-jacents concouraient à corriger les excès ou les insuffisances d'une règle rigide qui promeuvent la vision économique et politique dominante<sup>2035</sup>. Mais si la technique du standard permet effectivement de reconnecter le droit des contrats avec ses objectifs

---

<sup>2029</sup> V. *supra* n° 4.

<sup>2030</sup> STOFFEL-MUNCK P., « Regards critiques sur les clauses abusives dans le projet de réforme du droit des contrats » in BOSCO D. (dir.), *Regards de juristes sur l'évolution du droit économique contemporain*, PUAM, coll. de l'Institut de droit des affaires, 2018, pp. 15-33, spéc. pp. 24-25.

<sup>2031</sup> STATI M.O., *Le standard juridique*, E. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, Paris, 1927, p. 21.

<sup>2032</sup> BOURCIER D., TAUZIAC V., *Rapport final du standard technique à la norme juridique, impacts et enjeux*, Mission de recherche droit et justice, 1995, contrat n° 930236.

<sup>2033</sup> CNTRL, v. « Standard ».

<sup>2034</sup> GRZEGORCZYK C., *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, 1982, p. 116.

<sup>2035</sup> KENNEDY D., *art. cit.*, *Harvard Law Review* 1976, vol. 89, pp. 1685-1778, spéc. pp. 1720-1729.

substantiels, c'est justement en rejetant la dichotomie entre l'altruisme et l'individualisme – les valeurs morales et économiques –. Le dépassement de la contradiction ouvre une voie vers la réalisation de l'équilibre externe au droit contractuel.

**539. Une redéfinition objectivée de l'équilibre contractuel externe.** En définitive, l'équilibre contractuel externe, sous l'influence du standard juridique, pourrait être redéfini ainsi : *la coexistence harmonieuse des principes juridiques libéraux et moraux, traduits par le biais d'une technique juridique formelle objective, le standard, retranscrivant les valeurs politiques, philosophiques et sociales introduites par ces mêmes principes.* Cette coexistence harmonieuse servira de la sorte, un droit des contrats cohérent, à la fois suffisamment protecteur des injustices les plus flagrantes et adapté à la réalité économique dans laquelle il s'inscrit. Cette définition sera particulièrement utile à l'étude de la concrétisation de l'équilibre contractuel externe par les standards.

### ***Conclusion Section I***

**540. L'objectivation de l'équilibre externe par la technique du standard.** En somme, le standard parle moins en termes de normalité que de réconciliation de la complexité de la vie et des valeurs, elles-mêmes potentiellement contradictoires. Le standard n'est pas une moyenne, mais il est à mi-chemin entre un certain nombre de termes en contradiction : c'est un conciliateur (du latin *conciliator*) : il « réunit » et il crée de la « *bienveillance* » entre les termes rapprochés. Cette pondération est réalisée, d'une part, grâce à une reconnexion de la norme juridique, en amont, avec les valeurs qui l'ont inspirée puisque le standard est afférent à un principe qui en est porteur : l'équilibre contractuel. D'autre part, grâce à une reconnexion, en aval, de la norme avec les faits, puisqu'il est un instrument de mesure et qu'il est capable de les mesurer dans l'infini de leur variété. *Cette entente cordiale aboutit à la création d'un espace où la crispation due à l'antagonisme des forces contradictoires en jeu autour du contrat a été mise en suspens, faisant du juge, non pas l'exécuteur d'une politique plutôt que d'une autre, mais un véritable auteur de la réussite contractuelle, réalisée grâce à une technique législative et juridique qui quantifie, qui apporte à la décision une assise objective et pragmatique et qui ajoute une charge de légitimation.* Le standard rend donc compatibles, à la fin du processus, la rigueur juridique formelle et l'aspiration idéale à la justice, qui ne

pèche ni par un excès de dogmatisme ni par un excès d'empirisme. Par le standard, une nouvelle approche de l'équilibre externe a pu être proposée. Il est entendu comme *la coexistence harmonieuse des principes juridiques libéraux et moraux, traduits par le biais d'une technique juridique formelle objective, telle que le standard, retranscrivant les valeurs politiques, philosophiques et sociales introduites par ces mêmes principes*. Cette coexistence harmonieuse aboutira, de la sorte, à un droit des contrats cohérent, à la fois suffisamment protecteur des injustices les plus flagrantes et adapté à la réalité économique dans laquelle il s'inscrit.

Cette nouvelle définition de l'équilibre externe, plus adaptée au droit positif, est concrétisée et promue par le standard contractuel (**Section II**).

## SECTION II

### LA CONCRÉTISATION PAR LE STANDARD

**541. La double fonction du standard.** L'interdépendance du standard et du principe d'équilibre contractuel dans son acception externe se traduit ainsi par un fonctionnement dual du premier. Parce qu'il est une technique, le standard objective l'équilibre contractuel externe. Parce qu'il est l'instrument de sa mesure, il le concrétise en l'appliquant. Il constitue l'outil quantifiable qui permet la mise en cohérence des enjeux contradictoires sous-jacents au droit des contrats. Les standards contractuels issus du raisonnable (§1 – **La concrétisation par les standards du raisonnable**) à l'instar du standard de la faute lourde et dolosive (§2 – **La concrétisation par le standard de la faute lourde et dolosive**) concrétisent l'équilibre externe au sein des dispositions contractuelles.

#### §1. LA CONCRÉTISATION PAR LES STANDARDS DU RAISONNABLE

**542. La sémantique du raisonnable.** La plupart des auteurs déclarent étudier le « *standard du raisonnable* », <sup>2036</sup> mais il s'agit en réalité d'un abus de langage opéré par l'amalgame d'une double qualification <sup>2037</sup>. Il faudrait plutôt parler des « standards » provenant du « principe du raisonnable ». Cette double qualification nuit à la compréhension et à l'identification des notions puisque l'expression utilisée par le principe est exactement celle utilisée par le standard. Ainsi, le raisonnable est entendu, en premier lieu, comme un principe inhérent et constitutif du droit <sup>2038</sup>. La Cour de cassation affirmait

---

<sup>2036</sup> Sur ce point voir : AARNIO A., *Le rationnel comme raisonnable : La Justification en droit*, LGDJ, La pensée juridique, 1992 ; OUEDRAOGO A., « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2013, 26.1 ; KHAIRALLAH G., « Le raisonnable en droit privé français », *RTD. civ.* 1984, p. 439 ; ZHOU H.-R., « Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile », *Revue du Barreau*, t. 61, 2001 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, 2009 ; STATI M.-O., *Le standard juridique*, E. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, Paris, 1927 ; DUONG L.-M., *La notion de raisonnable en droit économique*, thèse, Nice, 2004 ; STURLÈSE B., « Le juge et les standards juridiques », *Revue des contrats*, 1<sup>er</sup> juin 2016 ; BAHUREL C., « Le standard du raisonnable », *RDA* n° 9, févr. 2014, p. 60 ; PERELMAN CH., « L'usage et l'abus des notions confuses », in PERELMAN CH., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, 1984, p. 152.

<sup>2037</sup> V. notamment : BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, 2009, p. 62 et s.

<sup>2038</sup> V. *supra* n° 397 et s.

d'ailleurs le 12 janvier 1815, peu après l'avènement du Code civil, que « *les lois ne doivent s'entendre que dans un sens raisonnable* ». Le droit est, en effet, gouverné par la Raison, au-delà même du droit positif en vigueur<sup>2039</sup>. Le raisonnable, davantage qu'un instrument de mesure, est une référence à l'universalité de la valeur-raison. Il apparaît donc bien comme un principe : il fait référence à une valeur métajuridique et qu'il est à l'origine d'une multitude de règles. Le droit marque la limite entre l'acceptable et l'inacceptable par le truchement de la vertu morale et intellectuelle qu'est la *raison*. En revanche, lorsque, par exemple, l'article 1221 du Code civil fait référence au raisonnable, c'est en tant que *standard*. Aussi, dans les expressions *délai* et *coût raisonnables*, le raisonnable se transforme-t-il en une technique d'évaluation d'un objet mesurable, d'un *quantum* relativement précis. L'adjectif « *raisonnable* » est lié à la quantifiabilité. L'emploi même de l'adjectif qualificatif attache à l'expression une connotation évaluative permettant la concrétisation de l'équilibre externe.

<b>Principe</b>	<b>STANDARD</b>	<b>Faits</b>
Subjectivité	Instrument d'objectivation	Objectivité
Devoir-Être	Provient de l'Être, instrument de passage de l'être au devoir-être	Être
Raisonné : principe juridique	<i>Délai raisonnable, coût raisonnable :</i> <i>Standard d'application</i>	

**543. Étude préliminaire de la personne raisonnable : principe appliqué au contractant.** Les standards afférents au raisonnable sont le délai et le coût raisonnables. Néanmoins, certaines règles de droit utilisent également l'expression « *personne raisonnable* »<sup>2040</sup>. Or, cette dernière ne peut pas être considérée comme un standard dans la mesure où, conformément à notre définition<sup>2041</sup>, elle constitue un référentiel, c'est-à-dire une directive et non un instrument de mesure. Si la personne raisonnable a pu être désignée

---

<sup>2039</sup> SARGOS P., « Le principe du raisonnable, Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *JCP G* 9 nov. 2009, n° 46.

<sup>2040</sup> Notamment, l'article 1197 du Code civil dispose que : « *L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable* ».

<sup>2041</sup> V. *supra* n° 156 et s.



par la métaphore du « *dieu fantôme du droit* »<sup>2042</sup>, autrement dit une effigie sans vraie substance, une tentative de définition positive est envisageable, lorsqu'on en dégage les traits caractéristiques. Ainsi, le cocontractant raisonnable – soit la personne raisonnable adaptée à la personne du cocontractant –, est un cocontractant ordinaire. Ordinaire dans la mesure, où, s'il n'est pas dépourvu de toute qualité, il n'a pas pour autant à se comporter en héros ou viser la perfection<sup>2043</sup>. En fait, le cocontractant raisonnable est avant tout un être doué de raison, elle-même traduite comme la « *faculté propre à l'homme, par laquelle il peut connaître, juger et se conduire selon des principes : la raison est considérée par opposition à l'instinct* », ou encore comme l'« *ensemble des principes, des manières de penser permettant de bien agir et de bien juger* »<sup>2044</sup>. Les qualités essentielles attendues d'une personne raisonnable, et donc d'un cocontractant raisonnable, sont celles qui lui permettent de réfléchir, d'agir, et de réagir d'une façon sage, avisée, logique. Une personne déraisonnable, au contraire, ferait fi ou serait incapable d'une réflexion éclairée et se laisserait guider par ses instincts. C'est d'ailleurs pourquoi, lorsque la jurisprudence est amenée à traiter le thème de l'insanité d'esprit du cocontractant, au visa des articles 901, 1129 nouveau ou 414-1 du Code civil, elle envisage celle-ci comme une « *affection* » qui « *dérègle* » « *l'intelligence* » ou « *le discernement* » du « *disposant* »<sup>2045</sup>. L'intelligence est bien une qualité attendue de la personne raisonnable, douée de raison, puisqu'elle est « *la qualité de quelqu'un qui manifeste un souci de comprendre, de réfléchir, de connaître et qui adapte son comportement à ces finalités* », mais aussi « *l'ensemble des fonctions mentales ayant pour objet la connaissance rationnelle* »<sup>2046</sup>. En définitive, il est possible de définir la personne raisonnable en général et le cocontractant raisonnable en particulier, comme un individu, partie à un contrat, capable – à la fois dans ses rapports avec son cocontractant, et dans l'accomplissement de ses obligations – d'agir avec réflexion, modération et discernement et d'adapter son comportement à la finalité globale du contrat, ne reniant pas ses intérêts propres, mais les servant tout en respectant l'intérêt supérieur du contrat en tant qu'économie globale. *In fine*, s'il n'est pas attendu de lui qu'il sacrifie ses intérêts propres au bénéfice des intérêts d'autrui, il lui est tout de même

---

<sup>2042</sup> DUHAIME L., « The Reasonable Man - Law's Ghost God », Duhaime.org, 2014 : <http://www.duhaime.org/LegalResources/TortPersonalInjury/LawArticle-1378/The-Reasonable-Man--Laws-Ghost-God.aspx>

<sup>2043</sup> ROGERS W.-V.-H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, Broché, dix-huitième édition, 2010, p. 54.

<sup>2044</sup> Dictionnaire Larousse, v. « Raison ».

<sup>2045</sup> Civ., 4 févr. 1941, D.A., 1941. 13.

<sup>2046</sup> Dictionnaire Larousse v. « Intelligence ».

demandé de faire converger ses intérêts avec l'intérêt supérieur du contrat dans sa globalité sous peine de le condamner à l'échec par ses excès.

L'étude de la personne raisonnable fait ressortir un élément particulièrement important : elle est un modèle de référence, une directive de comportement et non pas un instrument de mesure. Elle ne peut donc pas être qualifiée de standard : elle n'est pas une sous-directive évaluative<sup>2047</sup>. La personne raisonnable constitue simplement le concept du raisonnable appliqué au cocontractant. En revanche, les standards du coût raisonnable et du délai raisonnable constituent bien des standards. Il convient donc de les étudier à la lumière de l'équilibre contractuel.

**544. L'approche finaliste et objective des standards du raisonnable.**

Appréhender la convergence des standards du raisonnable vers l'équilibre contractuel nécessite de se pencher sur la finalité des standards du raisonnable et non pas sur leur contenu abstrait. En effet, si le législateur a recours au raisonnable, ce n'est pas directement au travers du principe, mais des standards qui lui sont afférents par leur expression. Si le raisonnable ne peut pas être réduit à l'équilibre contractuel, les standards du délai et du coût raisonnables en constituent, pourtant, des instruments d'application. Ces derniers contribuent bien « à une approche finaliste (...) de la recherche de l'équilibre contractuel »<sup>2048</sup>.

**545. Plan.** Les standards du raisonnable contribuent à une approche finaliste et objective de l'équilibre contractuel (**A – L'approche finaliste et objective**) dans la mesure où ils en permettent un contrôle maîtrisé. À cette lecture globale des standards du raisonnable à l'aune de l'équilibre contractuel, succédera celle de leur application concrète (**B – L'application de l'approche objective finaliste**).

**A. L'APPROCHE FINALISTE ET OBJECTIVE**

**546. L'insuffisance d'une approche abstraite des standards du raisonnable.**

Envisager les standards du raisonnable sous le prisme unique du concept du raisonnable, compris comme ce qui est acceptable ou comme devant satisfaire au

---

<sup>2047</sup> V. *supra* n° 308.

<sup>2048</sup> RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *th. cit.*, n° 155, p. 215.

« *communément admis* » ne permet pas d'en cerner correctement les contours. En effet, le délai raisonnable aussi bien que le coût raisonnables, n'ont, *en soi*, aucune signification concrète. Ils ne constituent pas des instruments normatifs complets<sup>2049</sup>. Leur appréciation par le juge semblerait ainsi soumise à un pouvoir discrétionnaire, voire arbitraire, nuisant à la sécurité juridique et à la prévisibilité contractuelle. *Le raisonnable doit toujours être mis en rapport avec un second terme pour donner la solution au cas concret* : le délai doit être raisonnable, certes, mais raisonnable par rapport à quoi ? À quelle référence ? Le raisonnable lui-même ? La normalité ? Ces référentiels ne sauraient, en tant que tels, fournir un rapport d'application satisfaisant pour guider l'appréciation concrète. Les standards du délai et coût raisonnables doivent, dès lors, être placés sous l'égide d'un principe *exposant déjà le rapport de forces en présence*. L'appréhension de ces standards ne doit donc pas être abstraite, au regard du raisonnable, mais finaliste (**1 – L'approche finaliste**) et objective (**2 – L'approche objective**) au regard de l'équilibre contractuel externe.

## 1. L'APPROCHE FINALISTE

**547. L'approche finaliste de l'équilibre contractuel.** La recherche de l'équilibre externe commande que le déséquilibre contractuel s'apprécie au regard de l'objectif poursuivi. Aussi est-il nécessaire de s'interroger sur l'aptitude du contrat et de ses clauses à atteindre l'objectif poursuivi : l'intérêt des parties d'une part, et l'intérêt général<sup>2050</sup>, d'autre part. Paul Ricoeur estimait en ce sens que « *l'acte de juger a pour horizon un équilibre fragile entre les deux composantes du partage : ce qui départage ma part de la vôtre et ce qui, d'autre part, fait que chacun de nous prend part à la société* »<sup>2051</sup>. L'équilibre doit donc s'apprécier en considération du rapport de forces établi par le contrat et des rapports de force mis en balance par le législateur : le rapport économique et le rapport moral. Le caractère raisonnable des standards précités doit ainsi être entendu, non pas comme ce qui est communément ou raisonnablement admis, mais comme renvoyant à l'équilibre contractuel qui implique une mise en balance des intérêts. Cette perspective constitue

---

<sup>2049</sup> Sur cette notion, v. *supra* n° 224 et s.

<sup>2050</sup> Sur l'interconnexion et l'interdépendance du contrat avec l'intérêt général : MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004.

<sup>2051</sup> RICOEUR P., *Le juste*, Éditions Esprit, 1995, pp. 191-192.

l'approche *finaliste* des standards du raisonnable. Le délai raisonnable, tout comme le coût raisonnable, est celui qui respecte à la fois l'utilité économique du contrat et empêche la survenance d'un déséquilibre manifeste pesant sur la partie la plus faible. L'appréciation des standards du raisonnable, contrairement à la référence de la personne raisonnable<sup>2052</sup>, doit être faite *in concreto*, au regard de l'équilibre global. De la sorte, les standards du raisonnable sont introduits dans la norme pour mettre en œuvre une « *proportionnalité finalisée* »<sup>2053</sup>, veillant « à ce que l'équilibre global ne soit pas bouleversé »<sup>2054</sup>. Les standards du raisonnable n'ont pas vocation, en soi, à modifier le rapport contractuel, mais à rétablir celui qui aurait dû exister sans la présence de déséquilibres majeurs. Le délai et le coût raisonnables doivent, dès lors, être définis comme les instruments du « *juste dans l'utile* »<sup>2055</sup>, c'est-à-dire aussi bien comme des « *artisans de la justice contractuelle* »<sup>2056</sup> que de l'utilité économique du contrat. En pratique, les standards du raisonnable inclus dans une norme contractuelle permettent de renforcer l'adaptabilité du contrat dans le temps et son adaptabilité dans l'espace, ce qui préserve ou accroît son efficacité économique. La norme vient alors servir le contrat et le cocontractant. De la même manière, les standards du raisonnable impliquent une protection de la partie la plus faible, en rétablissant un juste équilibre. Le « raisonnable », dans les expressions « délai et coût raisonnables », est alors « *destiné à réaliser, dans des situations concrètes, l'équilibre entre les valeurs établies abstraitement* »<sup>2057</sup>.

**548. Conclusion.** Non seulement déclarer que les standards du délai et du coût raisonnables sont des sous-directives d'application du concept du raisonnable peut être assimilé à un truisme, mais cette identification vient à manquer la réalité propre au droit des contrats. Réduire ce dernier à l'idée du raisonnable occulterait les tensions qui agitent la matière et les réalités qu'elle gère. Le contrat est à la fois une petite société dans laquelle des intérêts compatibles peuvent s'associer et le creuset de volontés antagonistes. La recherche de l'équilibre constitue un enjeu bien plus crucial et un objectif beaucoup plus

---

<sup>2052</sup> V. *supra* n° 543.

<sup>2053</sup> RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *th. cit.*, n° 156, p. 218.

<sup>2054</sup> *Ibid.*

<sup>2055</sup> CADIET L., « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, pp. 177-199, spéc. p. 181.

<sup>2056</sup> *Ibid.*

<sup>2057</sup> MAC-CORMICK N., « On reasonableness » in PERELMAN CH., VANDER EST R., (Étude), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles Bruylant, 1984, p. 134.

intéressant. L'analyse des standards du droit des contrats sous le prisme de l'équilibre contractuel rend compte avec plus de justesse de la réalité du droit contractuel dans ses nouvelles mouvances. L'approche finaliste des standards du raisonnable semble ainsi être la plus pertinente.

D'autre part, les standards du coût raisonnable font une application objectivée de l'équilibre contractuel (2).

## 2. L'APPROCHE OBJECTIVE

**549. Les standards du délai et du coût raisonnables, sous-directives objectives et concrétisables de l'équilibre externe.** Le jugement, par la mise en balance des intérêts et le rétablissement de l'équilibre rompu au regard de la partie faible au contrat peut engendrer des effets pervers. Vouloir, à tout prix, rétablir un équilibre absolu en laissant le juge opérer une fonction correctrice peut induire un déficit d'harmonie au sein du droit contractuel. Or, l'utilisation des standards du *coût et du délai raisonnables* offre au juge une sous-directive objective qui implique une approche « maîtrisée »<sup>2058</sup> de l'équilibre contractuel. Dès lors, le caractère raisonnable du coût et du délai doit-il être appréhendé non pas comme la nécessité d'un juste milieu, d'une normalité acceptable, mais comme la sanction de déséquilibres *inacceptables*. Le raisonnable n'invite pas à la sanction de l'ensemble des déséquilibres dès lors qu'ils seraient contraires au communément admis, mais seulement les déséquilibres *les plus patents*. En ce sens, les standards du coût et du délai raisonnables doivent être mis en rapport avec les autres standards contractuels tels que la *disproportion manifeste*. Les standards n'ont pas pour mission de rétablir un équilibre absolu, mais un équilibre raisonnable<sup>2059</sup>.

*L'image de la balance de la Justice est à cet égard trompeuse en figurant un alignement horizontal des plateaux contenant des masses équivalentes.* L'équilibre contractuel ne s'assimile pas à l'égalité ou à l'équivalence objective des prestations<sup>2060</sup>. L'évocation de *l'image du funambule* propose en revanche une vision particulièrement éclairante de l'équilibre et des standards contractuels. Le corps du funambule est le siège d'un

---

<sup>2058</sup> RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *th. cit.*, n° 158, p. 219.

<sup>2059</sup> CARBONNIER J., *Droit civil, Introduction*, 25<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 1997, n° 53.

<sup>2060</sup> MAURY J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1922, p. 31.

déséquilibre pratiquement permanent : chaque pas qui le fait avancer met en péril la poursuite de son évolution en le faisant pencher d'un côté puis de l'autre. Le contrat renferme, de la même façon, ce tiraillement pourvoyeur de désaccords possibles, entre deux intérêts potentiellement opposés. Le balancier du funambule amortit les oscillations que le déplacement alterné de ses pieds imprime au fil sur lequel il doit se déplacer. Le standard, à l'instar du balancier, permet d'augmenter l'inertie – autrement dit l'équilibre – du contrat, en neutralisant les effets éventuellement destructeurs de l'antagonisme. Son fonctionnement, comme la marche du funambule, est fondé sur l'existence d'un certain seuil de tolérance au déséquilibre : en deçà, il agit en accordant les forces en présence ; au-delà, c'est la fin du contrat et c'est la chute du funambule. S'il doit y avoir rétablissement de l'équilibre contractuel, c'est en respectant un équilibre externe qui ne bouleverserait pas les forces sous-jacentes. Si grand, pour reprendre le fil de la métaphore, qu'il s'assimile à une chute aux conséquences graves et irréversibles, qui rendrait l'exercice parfaitement déraisonnable. Le *délai et le coût raisonnables* participent alors de l'objectivation et de la concrétisation de l'équilibre contractuel externe. Cette approche contribue à garantir une certaine sécurité juridique : que le droit corrige les déséquilibres choquants devrait faire partie de la prévisibilité contractuelle.

**550.** Cette première lecture globale de l'approche objective et finaliste des standards du raisonnable au regard de l'équilibre contractuel soutient une lecture plus précise et pratique de chaque standard du raisonnable (2).

## **B. L'APPLICATION DE L'APPROCHE OBJECTIVE FINALISTE**

**551. Hypothèse.** Les standards du *délai* et du *coût raisonnables* sont chargés d'appliquer l'équilibre externe dans l'hypothèse législative de *l'exécution forcée par un tiers*. Le seuil de gravité y est ici moins important par comparaison avec la limite à l'exécution forcée en nature qui suppose une *disproportion manifeste*. C'est dire qu'il existe une hiérarchie dans les remèdes à l'inexécution<sup>2061</sup>. Par les standards du *délai et du coût raisonnables*, le législateur ne semble pas, en effet, rechercher une proportion mathématique

---

<sup>2061</sup> CHANTEPIE G., « Contrat : effets – devoir d'exécuter le contrat », *Rép. civ.* janv. 2018, actu. déc. 2020, n° 211.

qui justifierait, ou non, l'exécution forcée, au regard du contenu du contrat, mais plutôt l'utilité de cette exécution par un tiers. Autrement dit, ils commandent une confrontation des exigences également respectables et respectées de l'efficacité économique du contrat et de la nécessité morale pour le contractant d'obtenir son dû. Contrairement à ce qui a pu être évoqué, s'agissant du coût du remplacement, il ne s'agit pas de l'apprécier « *en considération du coût qu'aurait normalement emporté l'exécution par le débiteur, étant entendu qu'il devra rembourser ces sommes au créancier* »<sup>2062</sup> mais en considération de *l'équilibre externe*. Le prix payé pour l'exécution forcée pourra, de la sorte, être supérieur ou inférieur au prix « *normalement payé* » pour l'exécution. Il ne doit pas, en revanche, être déséquilibré au regard de la finalité de la norme : établir une cohérence entre la nécessité d'une exécution forcée en nature pour le créancier et son enjeu économique pour le débiteur. Fixer le coût en fonction de la normalité masquerait, en revanche, la finalité de la norme.

**552. Plan.** Les standards du coût et du délai raisonnables ne traduisent pas les mêmes enjeux au sein de l'équilibre contractuel. L'application de l'approche finaliste et objective du délai raisonnable au regard de l'équilibre contractuel (**1 – L'application par le délai raisonnable**) nous permettra d'envisager le délai non plus seulement comme un laps de temps, mais surtout comme un élément de la prestation attendue. De la même façon, l'étude de l'application de l'approche finaliste et objective par le coût raisonnable (**2 – L'application par le coût raisonnable**) permettra d'appréhender la notion de raisonnable comme la sanction d'un déséquilibre manifeste.

## 1. L'APPLICATION PAR LE DÉLAI RAISONNABLE

**553. Le temps et le contrat.** Le temps est défini, dans son acception la plus large, comme une « *notion fondamentale conçue comme un milieu infini dans lequel se succèdent les événements* »<sup>2063</sup>. De façon plus spécifique, le temps est une « *durée considérée comme une quantité mesurable* », une « *durée plus ou moins définie, dont quelqu'un dispose* »<sup>2064</sup>. Le droit et le temps entretiennent un rapport très étroit. Le temps en droit se manifeste au travers de « *la*

---

<sup>2062</sup> CHANTEPIE G., *art. cit.*, *Rép. civ.* janv. 2018, actu. déc. 2020, n° 211.

<sup>2063</sup> *Dictionnaire Larousse*, v. « Temps ».

<sup>2064</sup> *Dictionnaire Larousse*, v. « Temps ».

*durée* », de « *l'instant* » et de « *l'infini* »<sup>2065</sup>. Dans le droit des contrats, particulièrement, le temps s'exprime majoritairement sous la forme d'un terme<sup>2066</sup>, en tant qu'échéance, ou d'un délai, compris comme un « *laps de temps* »<sup>2067</sup>, une durée plus ou moins précisément déterminée. Un auteur a cependant proposé une conception plus spécifique de la durée, comprise non plus comme l'écoulement du temps, mais comme « *un élément de la prestation attendue* »<sup>2068</sup>. La durée prend, dès lors, « *un caractère satisfaisant* »<sup>2069</sup> pour le créancier qui permet de « *rejeter l'idée d'une prestation atemporelle* »<sup>2070</sup>. Le standard du *délai raisonnable* doit, ainsi, être placé en perspective avec cette finalité. D'une part, il participe de la satisfaction du créancier dans la mesure où il constitue le délai économiquement utile à la prestation. D'autre part, il participe de la protection du débiteur dont la situation concrète est prise en compte dans l'octroi d'un temps raisonnable à l'exécution, à la rupture ou à la formation du contrat. C'est également le cas en matière d'action interrogatoire<sup>2071</sup> qui commande le respect d'un délai raisonnable. Le délai raisonnable ne doit pas être saisi dans le sens de ce qui correspond à la mesure « *acceptable, modérée* »<sup>2072</sup> dans l'abstrait, mais dans l'idée d'une « *régulation équilibrée* »<sup>2073</sup>, garantissant à la fois l'efficacité de l'opération globale et la protection des droits des parties<sup>2074</sup>. Le délai raisonnable devient, dans cette conception, une sous-directive de contrôle et d'application de l'équilibre contractuel.

**554. Le délai raisonnable, instrument de contrôle du temps au regard de l'équilibre contractuel.** Le délai raisonnable est devenu *le « standard juridique français »*<sup>2075</sup>,

---

<sup>2065</sup> PUTMAN V.-E., « Le temps et le droit », *Dr. et patr.* janv. 2000, n° 78, p. 43 et s.

<sup>2066</sup> Sur le « terme », v. FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 2021, n° 249 : « Le terme est un événement futur mais, à la différence de la condition, il est d'accomplissement certain ».

<sup>2067</sup> OST V.-F., « Les multiples temps du droit », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 115.

<sup>2068</sup> ETIENNEY A., *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, t. 475, 2008.

<sup>2069</sup> ETIENNEY A., « La durée de la prestation, ou le temps dans la satisfaction du créancier », *LPA* 1<sup>er</sup> mars 2007, n° 44, p. 4, spéc. n° 31.

<sup>2070</sup> *Ibid.*

<sup>2071</sup> C. civ. art. 1123 al. 3 : « *Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir* » ; C. civ. art. 1158 al. 1 : « *Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte* ».

<sup>2072</sup> *Dictionnaire Robert*, v. « Raisonnable ».

<sup>2073</sup> RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *th. cit.*, n° 156, p. 216.

<sup>2074</sup> *Ibid.*

<sup>2075</sup> NICOLAS-VULLIERME L., « Le délai raisonnable ou la mesure du temps », *LPA* janv. 2005, n° 1, p. 7.



présent aussi bien dans les règles de procédure que dans les règles substantielles<sup>2076</sup>. Le droit des contrats n'est pas en reste : ce standard régit tout à la fois la période précontractuelle – pendant la période des pourparlers, ces derniers peuvent être rompus, mais seulement après avoir laissé à l'autre partie un délai raisonnable<sup>2077</sup> –, la formation du contrat – l'offre ne peut être rétractée avant l'expiration d'un délai raisonnable<sup>2078</sup> –, son inexécution – la résiliation, la révocation, doit être réalisée dans un délai raisonnable<sup>2079</sup> – et sa rupture – la rupture d'un contrat à durée indéterminée ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai raisonnable<sup>2080</sup> à défaut de délai conventionnellement convenu –. L'association des termes de *raisonnable* et de *délai* devient intelligible lorsque la notion de raisonnable est entendue, non plus uniquement comme *ratio*, la raison, mais comme « *un délai approprié* »<sup>2081</sup>. Autrement dit, le délai raisonnable est un délai ni trop long, ni trop court, un « *juste milieu entre le temps de la sérénité et le temps de la célérité* »<sup>2082</sup>. Il introduit alors nécessairement une idée d'équilibre : le délai raisonnable est un délai équilibré puisqu'il est « *adapté à la situation en cause* », régulé pour que les contractants aient suffisamment de temps pour accomplir leurs obligations<sup>2083</sup> ou bien pour exercer leurs droits. Le délai raisonnable est une sous-directive de l'équilibre contractuel en ce qu'il constitue un délai à la fois économiquement utile et moralement satisfaisant pour garantir au contractant – qui serait notamment dans une relation asymétrique de pouvoir – suffisamment de temps au regard de l'hypothèse dont il est question. D'ailleurs, un auteur, dans une tentative de définition du *raisonnable*,

---

<sup>2076</sup> NICOLAS-VULLIERME L., *art. cit.*, LPA janv. 2005, n° 1, p. 7.

<sup>2077</sup> Pourparlers entre une banque et un client : Com, 9 mars 1999, n° 96-15.559 : Bull. civ. IV, n° 54, p. 44 : « *Mais attendu que l'arrêt retient que les pourparlers n'ont pas abouti en raison du refus opposé par M. X... aux propositions, non excessives, de garanties de la banque et de la formulation par lui de contre-propositions substantiellement différentes, non acceptées par la banque ; que la cour d'appel en a déduit que la banque n'a pas commis d'abus en rompant ensuite les relations avec ses interlocuteurs, après leur avoir laissé des délais de préavis raisonnables ; que l'arrêt est ainsi légalement justifié et répond aux conclusions prétendument omises ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* ».

<sup>2078</sup> Sur l'offre et le délai raisonnable : FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 304.

<sup>2079</sup> V. notamment: Civ. 1<sup>re</sup>, 19 oct. 1999, n° 97-10.556: Bull. civ. I, n° 285 : « *Mais attendu que la détermination de la nature juridique d'un paiement, fût-il effectué au moyen d'une carte bancaire, résulte de l'intention des parties, peu important sa date ; qu'en l'absence de convention écrite, le Tribunal a retenu qu'en communiquant à l'hôtelier le numéro de sa carte bancaire, alors qu'elle pouvait adresser par voie postale une réservation accompagnée d'arrhes ou d'un acompte, selon l'option choisie par les parties, Mlle X... avait autorisé l'hôtelier à percevoir, soit un acompte égal au montant minimal du prix, le tout à valoir sur le prix final, soit le paiement du prix minimal de la prestation réservée, si la cliente n'annulait pas en temps raisonnable la réservation* ».

<sup>2080</sup> C. civ. art. 1211 : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ».

<sup>2081</sup> NICOLAS-VULLIERME L., *art. cit.*, LPA janv. 2005, n° 1, p. 3.

<sup>2082</sup> GUINCHARD S., « Les solutions d'organisation procédurale », in *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, p. 52.

<sup>2083</sup> En ce sens : RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *th. cit.*, n° 125.

indiquait que ce dernier était souvent associé, en matière internationale, à l'équilibre. Plus précisément, il était selon lui incontestable « *qu'un délai raisonnable suppose le maintien d'un équilibre entre les intérêts du requérant et les exigences d'une bonne administration de la justice* »<sup>2084</sup>. En ce sens, le délai raisonnable doit toujours être apprécié par le juge au regard d'un équilibre donné, mis en contexte. C'est dire que le délai raisonnable est l'instrument d'une mise en balance *in concreto* des intérêts et des valeurs protégés.

Un arrêt rendu par la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation le 5 janvier 2022 semblerait, selon certains<sup>2085</sup>, remettre en cause cette analyse. Aussi la Cour a-t-elle déclaré que « *l'exercice de l'option prévue par l'article 1681 du code civil appartient à l'acquéreur qui en a seul l'initiative et qui doit l'exercer dans le délai prévu par la décision qui a admis la lésion, ou, à défaut, dans un délai raisonnable* ». L'acquéreur pouvait donc « *rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé* »<sup>2086</sup>, ou bien « *garder le fonds en payant le supplément du juste prix* »<sup>2087</sup>. En l'espèce, un jugement rectifié, signifié en juin 2013, avait prononcé la rescision pour lésion d'une maison d'habitation vendue à une SCI au prix de 120.000 euros avec convention d'occupation consentie aux vendeurs moyennant le versement d'une indemnité mensuelle. Cette même société a été placée en redressement judiciaire en juillet 2015, converti, en février 2017, en liquidation judiciaire et le liquidateur a opté, en novembre 2016 pour la conservation de l'immeuble moyennant paiement du supplément de prix, soit plus de trois ans après la signification du jugement. La cour d'appel a considéré que l'option n'était pas tardive et la Cour de cassation l'a approuvée en affirmant qu'il s'agissait là d'une décision relevant de son appréciation souveraine. Il a pu être remarqué que le délai raisonnable, « *notion tout aussi utile que malléable* » pouvait toutefois, comme en l'espèce, « *mener à de fâcheuses situations* »<sup>2088</sup>. Il convient néanmoins de rappeler que l'article 1681 du Code civil, prévoyant l'option pour l'acquéreur, ne l'enferme pas dans un délai. Le délai raisonnable consacré en la matière par la Cour de cassation témoigne donc d'abord d'une volonté de

---

<sup>2084</sup> CORTEN O., *L'utilisation du raisonnable par le juge international*, éd. Bruylant, Collection de droit international, 1997, p. 440, n° 373.

<sup>2085</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv. 2022, n° 20-18.918, PB (1<sup>er</sup> moyen). V. TISSEYRE S., « Rescision pour lésion : le délai raisonnable pour opter peut durer quatre ans ! », *D.* 2022, p. 501 ; également : *Lexbase, le Quotidien* du 13 janv. 2022, obs. MICHEL C.-A. ; *JCP G* 2022, 231, note MIGNOT M. ; *LEDC* févr. 2022, n° DCO200q4, obs. MOLINA L. ; *Constr.-Urb.* 2022, comm. 37, obs. SIZAIRE V.

<sup>2086</sup> C. civ. art. 1681.

<sup>2087</sup> *Ibid.*

<sup>2088</sup> TISSEYRE S., « Rescision pour lésion : le délai raisonnable pour opter peut durer quatre ans ! », *D.* 2022, p. 501.

circonscription du choix légal de l'acquéreur, qui pourrait d'ailleurs s'analyser en une obligation alternative<sup>2089</sup>. Il s'agit ici d'un standard jurisprudentiel et non législatif dont la première finalité est d'assurer une conciliation entre la liberté de l'acquéreur et la sécurité juridique et économique des échanges. Ensuite, si un délai de trois ou quatre années pouvait sembler déraisonnable dans l'abstrait, il semble ici se justifier par les circonstances de l'espèce. Sans doute la cour d'appel a-t-elle pris en compte la situation économique de la SCI et son dessaisissement éventuel au regard de la procédure de redressement, puis de liquidation ouverte à son encontre. En effet, si un jugement a placé la SCI en redressement en juillet 2015, c'est qu'un état de cessation des paiements avait pu être constaté. Les difficultés de la société étaient donc avérées, et ceci sans doute déjà depuis un certain temps. Il convenait donc de laisser au débiteur un laps de temps suffisant pour opter au regard de sa situation. Au-delà des conjectures présentées, la situation économique et l'intérêt du débiteur, mis en perspective avec le caractère exceptionnel du mécanisme de la lésion, enfermé dans un délai très bref pour les vendeurs, sont certainement susceptibles de légitimer la raisonnable d'un délai qui aurait pu, au premier abord, et selon une appréciation abstraite, sembler particulièrement long. Il demeure que le standard du délai raisonnable n'est qu'un rempart supplétif au déséquilibre. Le vendeur aurait la possibilité, pour se protéger d'un choix tardif de demander au juge de fixer le délai dans le jugement, ou, à défaut, de fixer lui-même un délai dans une mise en demeure d'opter<sup>2090</sup>.

**555.** Si le *délai raisonnable* apparaît comme un contrôle du temps équilibré, le *coût raisonnable* est un contrôle de l'intérêt que représente l'exécution pour le créancier, lequel doit être pondéré au regard de son coût pour le débiteur (2).

## 2. L'APPLICATION PAR LE COÛT RAISONNABLE

**556.** **Le coût raisonnable ou la sanction du déséquilibre patent.** À l'instar du standard du délai raisonnable, le *coût raisonnable* commande d'apprécier l'équilibre global

---

<sup>2089</sup> PELLIER J.-D., « Retour sur l'option prévu par l'article 1681 du Code civil », *JCP E* 2022, n° 16, p. 1167 ; Également : MIGNOT M., « Le délai raisonnable de l'exercice de l'option de l'article 1681 du Code civil », *JCP G* 2022, n° 7-8, p. 23 ; SIZAIRE C., « Vente d'immeuble – Action en rescision pour lésion et droit d'option de l'acquéreur », *Construction – Urbanisme* 2022, n° 3, comm. 37.

<sup>2090</sup> MIGNOT M., *art. cit.*, *JCP G* 2022, n° 7-8, p. 23.

du contrat. Cette assimilation du *coût* ou du *montant raisonnable* à l'équilibre contractuel avait déjà été réalisée par une partie de la doctrine, notamment dans la mesure où « *l'octroi d'un montant raisonnable d'une réparation ou de dépens suppose le respect d'un certain équilibre entre les situations respectives des parties* »<sup>2091</sup>. Le respect de l'équilibre contractuel ne saurait toutefois perturber l'efficacité économique du contrat au profit d'un solidarisme exacerbé. C'est pourquoi le standard du coût raisonnable n'aurait pas vocation à sanctionner un coût *simplement* déraisonnable. Le coût raisonnable évoquerait en revanche, à notre avis, la sanction d'une exécution forcée *manifestement déséquilibrée* ou *disproportionnée* au regard des circonstances de la cause.

Le nouvel article 1217 du Code civil qui ouvre la section V du chapitre IV sur les effets du contrat, énonce, de fait, que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut (...) poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation* ». La réforme du droit des obligations a donc formellement consacré le droit du créancier de demander l'exécution forcée en nature. Or, « *la question de l'exécution forcée en nature est étroitement liée à la philosophie du contrat* »<sup>2092</sup>, c'est-à-dire à ses valeurs, ses principes<sup>2093</sup>. La primauté de l'exécution forcée en nature soulève le débat entre une vision plus économique et une vision plus morale<sup>2094</sup> de la force obligatoire. D'une part, les tenants de la vision économique envisagent les dommages et intérêts comme une solution tout à fait acceptable et sont donc d'avis qu'une exécution par équivalent respecte tout à fait le principe de la force obligatoire du contrat<sup>2095</sup>. Il serait contraire à une vision libérale et volontariste du contrat de forcer quelqu'un à une exécution qu'il ne souhaite pas, bien qu'il s'y soit engagé. Ce serait même contre-productif. C'est d'ailleurs la vision du droit américain des contrats, dont le fondement « *reposerait sur la sanction d'avoir à payer des dommages et intérêts en cas*

---

<sup>2091</sup> V. notamment : CORTEN O., *th. cit.*, p. 440, n° 373.

<sup>2092</sup> MEKKI M., « Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si... », *Gaz. pal.* 5 juill. 2016, n° 25, p. 15 et s., spéc. n° 1.

<sup>2093</sup> GENICON T., « Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », Dossier : « Réforme du droit des contrats, débat », *Dr. et patr.*, oct. 2014, n° 240, p. 60 et s. Monsieur Genicon, indiquait à ce titre qu'« *en introduisant une nouvelle exception à l'exécution forcée en nature (...) le projet fait reculer les droits des créanciers contractuels et opère un changement d'orientation notable du droit des contrats, d'autant plus regrettable qu'il est subreptice et nourri d'un économisme mal-à-propos* ». *Contra* : MAINGUY D., « Du coût manifestement déraisonnable à la reconnaissance d'un droit d'option », Dossier : « Réforme du droit des contrats, débat », *Dr. et patr.*, oct. 2014, n° 240, p. 60 et s.

<sup>2094</sup> V. également : ROUVIÈRE F., « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n° 3, p. 600 ; FENOUILLET D., « Les valeurs morales », *RDC* 2016, p. 589.

<sup>2095</sup> C'est la théorie de l'efficient breach of contract. Sur ce point v. RUDDEN M., JUILHARD P., « La théorie de la violation efficace », *RIDC* 1986-4, p. 1015 et s.

*d'inexécution, une exécution forcée par équivalent et non une exécution forcée en nature* »<sup>2096</sup>. D'autre part, un autre courant, prônant « *une conception plus morale du contrat* »<sup>2097</sup> et le respect strict de l'adage *pacta sunt servanda*, tient l'exécution forcée en nature comme seule sanction propre à respecter le principe de force obligatoire. En tout état de cause, la réforme du droit des obligations, par les nouveaux articles 1221 et 1222 du Code civil, semble avoir érigé « *le droit à l'exécution forcée en nature en règle de principe* »<sup>2098</sup>. L'exécution forcée en nature deviendrait alors un droit subjectif du créancier<sup>2099</sup> : son droit à l'exécution. La vision morale du droit contractuel s'en trouve significativement renforcée, d'autant qu'aucune condition de gravité ou de préjudice n'est requise pour l'exercice de ce droit<sup>2100</sup>, ainsi que l'avait d'ailleurs précédemment affirmé la Cour de cassation<sup>2101</sup>, contrairement à d'autres sanctions de l'inexécution qui requièrent la preuve d'une *inexécution suffisamment grave*<sup>2102</sup>. L'adage *pacta sunt servanda* trouve ici sa pleine effectivité. Cependant, l'équilibre contractuel externe n'est pas en reste. Le standard de la *disproportion manifeste* ainsi que celui du *coût raisonnable*, au moyen du seuil de gravité élevé que leurs expressions imposent, restaurent l'équilibre entre les parties au contrat puisque sont directement mis en balance l'intérêt pour le débiteur et le coût pour le créancier.

**D'une part**, le standard de la disproportion manifeste correspond à un instrument de mesure propre à quantifier et à concrétiser l'équilibre externe du droit contractuel. En effet, le standard de la *disproportion manifeste* constitue l'une des deux exceptions à l'exécution forcée en nature permettant de maintenir l'efficacité économique du contrat contrairement à une vision stricte qui placerait l'exécution forcée en nature sur le plan de l'engagement moral, sans tenir compte du coût pour le débiteur et de son intérêt pour le

---

<sup>2096</sup> MAINGUY D., *art. cit.*, *Dr. et patr.*, oct. 2014, n° 240, p. 60 et s.

<sup>2097</sup> RUDDEN M., JUILHARD P., *art. cit.*, *RIDC* 1986-4, p. 1015 et s.

<sup>2098</sup> V. notamment : LAITHIER Y.-M., « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 161 et *Ibid.*, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP* 2015, p. 47.

<sup>2099</sup> ROCHFELD J., « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution », *RDC* 2006, p. 113.

<sup>2100</sup> En effet, c'est la force obligatoire qui fonde l'exécution forcée, et non la gravité de l'inexécution ou le préjudice effectif du créancier : FAGES B., *Droit des obligations*, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2021, n° 291.

<sup>2101</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mai 2013, n° 12-16.217, *RDC* 2014, 22, obs. LAITHIER Y.-M. : « *Mais attendu qu'ayant relevé que la société Le Coyote justifiait être assurée pour une activité de café, bar, brasserie, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de faire une recherche sur la gravité du manquement tenant à l'exploitation d'une discothèque dont elle avait constaté, sans contradiction, qu'elle n'existait pas, et qui a souverainement retenu que les manquements contractuels relevés n'étaient pas suffisamment graves pour justifier le prononcé de la résiliation judiciaire du bail, a légalement justifié sa décision de ce chef* ».

<sup>2102</sup> C'est notamment le cas pour la résolution judiciaire et la résolution par notification, prévues aux articles 1224 et s. du Code civil.

créancier. La mise en œuvre de l'exécution forcée est donc conditionnée, non pas par le caractère proportionné de l'exécution mais par une condition bien plus exigeante. En effet, le principe de la force obligatoire n'est pas relégué au second plan ; l'équilibre de la disposition grâce au standard est remarquable dans la mesure où le caractère manifeste de la disproportion est une condition d'application particulièrement élevée qui réduit d'autant la marge de manœuvre du juge dans son application. La finalité de la *disproportion manifeste* est donc celle d'établir une cohérence entre les forces économiques et morales sous-jacentes du droit des contrats et, ainsi, de préserver l'équilibre externe. Cette finalité théorique ne doit cependant pas altérer la conception du standard en tant que technique législative concrétisable. Lorsque le juge apprécie la *disproportion manifeste*, c'est en fonction du coût pour le débiteur. Il doit donc quantifier le déséquilibre en utilisant l'instrument de mesure de la disproportion manifeste. Ainsi, il existe une mise en balance quantifiable entre le gain apporté par l'exécution forcée et son coût pour le débiteur. De ce fait, « *un simple surcoût ou une baisse de rentabilité ne devrait donc pas suffire pour évincer le principe de l'exécution forcée en nature* »<sup>2103</sup>. Le caractère gradué et évaluatif du standard favorise donc la conciliation de deux courants ou de principes en apparence contradictoires pour rétablir une logique et un certain pragmatisme. Le standard de la disproportion manifeste tend ainsi à rétablir l'équilibre des situations qui, sous l'empire de la jurisprudence avant réforme, étaient bloquées. Par exemple, ne pourrait-on pas envisager que dans les cas où les conditions de l'imprévision ne seraient pas remplies (notamment celle de l'onérosité excessive) mais que le prix des matières premières augmente fortement, le juge puisse préférer à l'exécution forcée en nature – trop coûteuse pour le débiteur – une exécution par équivalent, qui rétablirait l'équilibre rompu sans déséquilibrer la philosophie du droit contractuel ? Ainsi, loin de donner la part belle à la vision économiste ou, au contraire, solidariste du droit, le législateur s'est évertué à trouver un outil – le standard – afin de rendre l'intervention du juge – qui consiste à restaurer l'équilibre rompu – suffisamment objective et concrète pour « *ne pas donner corps à on ne sait quelle politique* »<sup>2104</sup>.

Certaines cours d'appel opéraient déjà cette pesée quantifiable, avant l'entrée en vigueur de la réforme. Notamment, dans un arrêt du 11 mai 2005, la Cour de cassation reprochait précisément à la cour d'appel d'avoir indiqué que l'insuffisance de 0,33m de la

---

<sup>2103</sup> MAINGUY D., *art.cit.*, *Dr. et patr.*, oct. 2014, n° 240, p. 60 et s.

<sup>2104</sup> *Ibid.*

construction par rapport aux stipulations contractuelles ne rendait pas l'immeuble impropre à sa destination<sup>2105</sup>. En filigrane, les juges du fond tentaient de faire prévaloir l'équilibre contractuel externe sur la force obligatoire des conventions. Dans d'autres matières, telles que le droit des biens, au sein duquel n'a pas été consacré le contrôle de l'équilibre externe par la *disproportion manifeste*, la doctrine critique cette absence de nuance. Dans un arrêt du 4 mars 2021, la 3<sup>e</sup> chambre civile a ainsi réaffirmé la démolition en cas d'empiètement minime<sup>2106</sup>, ce qui conduit à une « *règle de chantage* »<sup>2107</sup>, étant donné l'outrance de la décision radicale de la destruction d'un bien pour quelques centimètres en excès. Il demeure qu'une certaine incohérence subsiste dans la rédaction des conditions de l'exécution forcée directe et indirecte.

**D'autre part**, l'article 1222 du Code civil nouveau modernise les dispositions relatives au remplacement et à la destruction de ce qui a été réalisé en violation d'une obligation. Il dispose notamment que : « (...) *le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation (...)* ». C'est ici que le standard du *coût raisonnable* joue le rôle de sous-directive d'application de l'équilibre contractuel. La faculté de remplacement est ainsi soumise à trois conditions : le créancier doit d'abord mettre en demeure le débiteur. Il doit ensuite, après la mise en demeure, laisser un *délai raisonnable* au débiteur pour s'exécuter. Enfin, le créancier ne peut faire exécuter l'obligation par un tiers que si cette exécution présente un *coût raisonnable*. Bien que la réforme entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016 ait supprimé l'exigence d'autorisation judiciaire préalable du créancier, il apparaît que – lorsque le juge est saisi par une contestation ultérieure – la notion de *délai raisonnable* lui octroie la possibilité de prendre en compte l'éventuelle urgence qu'il peut y avoir pour le créancier à obtenir l'exécution de l'obligation. L'utilité du contrat initialement conclu pourrait alors être préservée. En cas d'extrême urgence, il s'agirait également d'admettre une exception à l'exigence d'une mise en demeure préalable, notamment en matière de péril d'immeuble. Le délai devient alors un moyen pour le juge de faire de l'exécution une exécution « utile », pérennisant l'efficacité contractuelle. Il en va alors de même pour la notion de *coût raisonnable*, laquelle préserve

---

<sup>2105</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, n° 03-21.136 : *Bull. civ.* III, n° 103, p. 96, *JCP* 2005, II, 10152, note BERNHEIM-DESSAUX S., MESTRES J., FAGES B., « Tandis que la troisième chambre civile assure l'exécution forcée », *RTD civ.* 2005, p. 596 ; *CCC* 2005, n° 187, note LEVENEUR L. ; *RDI* 2005, p. 299, obs. MALINVAUD PH.

<sup>2106</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 4 mars 2021, n° 19-17.616, v. PIÉDELIÈVRE S., « Empiètement et rejet de la proportionnalité », *Gaz. pal* 2021, n° 17, p. 22.

<sup>2107</sup> MALAURIE PH., AYNÈS L., *Les biens*, 7<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2017, n° 550.

l'utilité contractuelle pour la partie débitrice de l'obligation. Le créancier ne peut pas exiger la mise en œuvre de l'article 1222 du Code civil à partir du moment où l'exécution dépasse l'engagement financier prévisible. Par exemple, il a pu être relevé que la commande et la pose de quatre cumulus dans une partie commune de 13m<sup>2</sup> étaient sans lien avec une simple remise en état de la pièce litigieuse<sup>2108</sup>. Le standard du *coût raisonnable* concilie et concrétise les principes de force obligatoire et d'équilibre contractuel. L'exécution forcée en nature ne sera, *in fine*, envisageable que si le coût pour le débiteur n'est pas manifestement disproportionné ou déséquilibré par rapport à son intérêt pour le créancier. Cela signifie que le *coût raisonnable* est apte à réaliser une confrontation authentique entre les deux forces contradictoires inhérentes à la relation contractuelle. En effet, le respect de l'intérêt du créancier à obtenir l'exécution de l'engagement, tel qu'il était prévu au contrat, ne doit pas s'exercer au préjudice du débiteur.

**557. Du coût raisonnable de l'exécution forcée indirecte à la disproportion manifeste.** Dans le projet d'ordonnance, l'article 1221 relatif à l'exécution forcée directe, disposait que « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* ». Toutefois, nous l'avons constaté, l'emploi du raisonnable, au même titre que la normalité ou la bonne foi comporte un risque accru d'insécurité juridique, car la subjectivité intrinsèque à la formulation de standards issus de ces principes ne peut être corrigée. Qu'il s'agisse du coût ou du délai raisonnables ou déraisonnables, la même question se pose : raisonnable par rapport à quoi ? En revanche, l'utilisation du standard de la *disproportion manifeste* évite cet écueil. La marge de manœuvre du juge est bien plus réduite eu égard à l'injonction d'évidence attachée à l'excès considéré. C'est pourquoi une uniformisation des standards dans le régime de l'exécution forcée serait bienvenue. Si la réforme du droit des contrats a en effet remplacé le coût manifestement déraisonnable par la disproportion manifeste, le législateur n'a pas entendu modifier l'article 1222 qui dispose que le créancier peut faire exécuter lui-même son obligation « dans un délai et à un coût raisonnables ». Bien que cette exigence veille également à l'équilibre du contrat puisqu'elle « *tend à maintenir une certaine équivalence économique entre l'exécution par le débiteur, qui était celle*

---

<sup>2108</sup> CA Bastia, ch. civ., 2<sup>e</sup> section, 13 avril 2022, n° 21/00288.



*initialement prévue, et celle opérée par un tiers* »<sup>2109</sup>, elle crée une incohérence entre l'exécution forcée directe et indirecte. Plus que le caractère raisonnable du coût, c'est le caractère *manifestement disproportionné* qui sera sans doute recherché par les juges par analogie avec l'exception admise à l'article 1221 pour l'exécution forcée directe.

**558. Le raisonnable supplanté par l'équilibre contractuel.** Le raisonnable, entendu comme une force créatrice de sanction et de légitimation, ne permet pas de diriger le juge dans l'application du standard. C'est en revanche le cas de l'équilibre contractuel. Pour le comprendre, il faut envisager la relation de complémentarité entre les standards du raisonnable et l'équilibre contractuel selon une approche finaliste et objective. Le caractère raisonnable doit s'envisager en considération des rapports de force établis par le contrat et hors du contrat, ce qui implique une mise en balance des intérêts. L'appréciation des standards du raisonnable doit s'effectuer *in concreto*, en fonction de l'équilibre global du contrat et non d'un équilibre abstrait ou d'égalité parfaite. Par ailleurs, les standards du raisonnable, sous le prisme de l'équilibre contractuel, participent d'une application mesurée de celui-ci. Ne seront sanctionnés que les déséquilibres les plus criants. Cette approche objective renforce, dans une certaine mesure, la prévisibilité contractuelle. D'une part, le délai raisonnable doit être appréhendé comme un délai économiquement et moralement équilibré : il permet de préserver l'équilibre économique du créancier pour lequel le délai constitue une prestation attendue tout en promouvant la protection de la partie faible par l'octroi d'un délai de réflexion ou d'exécution suffisamment long. D'autre part, le coût raisonnable attaché à l'exécution forcée offre une limitation de l'intérêt du créancier en maintenant un équilibre contractuel raisonnable. De fait, l'exécution forcée de l'obligation ne sera ordonnée que si celle-ci ne revêt pas un coût totalement disproportionné eu égard aux intérêts en présence.

**559. Conclusion.** Si l'affirmation les standards du délai raisonnable et du coût raisonnable appliquent le concept du raisonnable paraît théoriquement satisfaisante, ce raisonnement ne valorise pas une lecture correcte du contrat. C'est une tautologie qui ne nourrit pas la recherche de la finalité pratique des standards en droit des contrats.

---

<sup>2109</sup> AYNES A., « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *Dr. et patr.* juin 2016, 49 s., spéc. p. 50 ; CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2019, p. 148, n° 128.122.

L'obédience des standards contractuels aux exigences de la bonne foi et du raisonnable est certaine, mais elle ne traduit pas l'essence de la technique juridique. Renvoyer les standards à ces principes implique, en réalité, de leur donner pour référence la normativité et le droit lui-même. Pour mieux les comprendre, il conviendrait, en revanche, de les analyser en considération de leur finalité et non selon leur expression ou leur source. Le coût et le délai raisonnables ont pour finalité de maintenir ou de rétablir l'équilibre contractuel. De la même façon, le standard de la *faute lourde ou dolosive* constitue une sous-directive permettant la concrétisation effective de l'équilibre externe au sein des règles de réparation du préjudice (§2).

## §2. LA CONCRÉTISATION DANS LES RÈGLES DE RÉPARATION DU PRÉJUDICE

**560. Plan.** Le standard de la faute lourde ou dolosive, en tant qu'il se rattache à une sanction du contractant le privant des bénéfices d'une limitation de responsabilité, représente un instrument de concrétisation de l'équilibre externe (**A – La faute lourde ou dolosive**). Il met en balance l'efficacité économique liée à la prévisibilité du contrat, et la protection de la partie lésée par un comportement grave. Par ailleurs, si la réforme n'a pas consacré des mécanismes plus rigoureux comme celui des dommages et intérêts punitifs, force est de constater que le standard qui aurait été utilisé pour leur mise en œuvre – la *faute manifestement délibérée* – respectait également la logique de l'équilibre (**B – L'hypothèse de la faute manifestement délibérée**).

### A. LA FAUTE LOURDE OU DOLOSIVE

**561. Le caractère concrétisable du standard de la faute lourde ou dolosive.** Le standard de la faute lourde<sup>2110</sup> ou dolosive a vocation à s'appliquer davantage à l'équilibre externe qu'à l'équilibre interne du contrat dans la mesure où il ne constitue pas l'instrument

---

<sup>2110</sup> Que la jurisprudence avait déjà assimilé à la faute dolosive, v. notamment : Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2014, n° 13.21-980: *Bull. civ. I*, n° 180, *D.* 2015. 131, note BRUN PH. ; *RDC 2015*, p. 246, obs. DESHAYES O. ; *RTD civ.* 2015, p. 134, obs. BARBIER H. Depuis un arrêt de la chambre des requêtes du 24 octobre 1932 (Req., 24 oct. 1932, DP 1932. 1. 176) la Cour perpétue la formule considérant que « la *faute lourde, assimilable au dol, empêche le contractant auquel elle est imputable de limiter la réparation du préjudice qu'il a causé aux dommages prévus ou prévisibles lors du contrat et de s'en affranchir par une clause de non-responsabilité* ».

de mesure des prestations et des obligations convenues au contrat, mais celui du comportement du contractant considéré du point de vue des valeurs morales et économiques propres au droit contractuel. Les articles 1231-3 et 1231-4 du Code civil subordonnent la règle de réparation du dommage prévisible à une absence de faute lourde ou dolosive imputable au débiteur.<sup>2111</sup> C'est ainsi que la Cour de cassation, dans l'arrêt Faurecia II<sup>2112</sup>, avait réaffirmé<sup>2113</sup> que « *la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* ». La faute dolosive, quant à elle, implique la volonté consciente de méconnaître une obligation valable : « *le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par une intention de nuire* »<sup>2114</sup>. Le standard de la faute lourde ou dolosive présente un seuil de gravité particulièrement élevé de sorte que seule une faute d'une particulière gravité permettra au créancier d'obtenir la totalité des dommages et intérêts, même non prévisibles ou prévus, qui constituent une suite directe et immédiate de l'inexécution. Le législateur entend rétablir l'équilibre entre la nécessité économique de restreindre les dommages et intérêts contractuels au regard d'un enjeu de prévisibilité et la nécessité pour le créancier qui a subi la gravité du comportement de son contractant de se voir réparer l'intégralité de ses dommages. La justice contractuelle prend ici le pas sur la prévisibilité économique du

---

<sup>2111</sup> C. civ. art. 1231-3 : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ». L'article 1231-4 dudit Code ajoute que : « *Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution* ».

<sup>2112</sup> Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Faurecia*: Bull. civ. IV, n° 115, D. 2010. 1832, obs. et note MAZEAUD D. ; D. 2011. 35, obs. BRUN PH et GOUT O. ; D. 2011, 472, obs. AMRANI MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B. ; RTD civ. 2010. 555, obs. FAGES B.

<sup>2113</sup> Ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 02-18.326, Bull. civ. ch. mixte. n° 3, p. 9, D. 2005. 1864, note TOSI ; D. 2005. 2748, obs. KENFACK H. ; D. 2005. 2836, obs. AMRANI-MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B.

<sup>2114</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 févr. 1969 : Bull. civ. I, n° 60, Soc. des comédiens français ; D. 1969. 601, note MAZEAUD D. ; JCP 1969, II, 16030, note PRIEUR M. : « *Attendu qu'après avoir rappelé que l'effet de la clause pénale ne peut être écarté que par le dol ou la faute lourde d'un des contractants, l'arrêt énonce que pour obtenir des dommages-intérêts supérieurs au montant de la clause pénale la société des comédiens français devait démontrer "non seulement que "Giraud" a eu la volonté de ne pas exécuter ses obligations mais encore qu'il a agi avec malignité dans l'intention de nuire à son cocontractant* » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1975, 74-13.217 : Bull. civ. I, n° 290 ; D. 1976. 151, note MAZEAUD D. ; Com. 19 janv. 1993, n° 91-11.805 : Bull. civ. IV, n° 24, p. 14 : « *Attendu, enfin, que l'arrêt retient que, tandis qu'elle poursuivait des conversations et des échanges de correspondance avec son cocontractant relativement aux modifications à apporter à la présentation de la revue, la société Dargaud avait pris toutes dispositions pour réaliser celle-ci avec un autre imprimeur, ce qui démontrait que cette société, qui n'invoquait que des griefs inconsistants, avait mis fin au contrat l'unissant à la société SCIA en vue de se soustraire à la préférence accordée à cette dernière en cas de modification notable de la revue ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résulte que la société Dargaud s'était refusée, de propos délibéré, à exécuter ses obligations contractuelles, la cour d'appel a pu décider que cette société avait commis une faute dolosive faisant obstacle, quant à l'évaluation du dommage, à l'application de la limitation prévue à l'article 1150 du Code civil* ».

contrat. Notamment, un transporteur de marchandises qui sous-traite l'opération alors même qu'il s'est vu interdire toute sous-traitance par l'expéditeur<sup>2115</sup>, la compagnie aérienne qui fait le choix d'une politique de surbooking, en connaissance du risque qu'il implique de ne pouvoir assurer l'embarquement de la totalité des passagers ayant réservé dans un vol déterminé<sup>2116</sup>, ou encore le banquier qui donne accès à un coffre-fort sans vérification d'identité<sup>2117</sup>, commettent des fautes de nature à les priver des bénéfices des limitations d'indemnisation<sup>2118</sup>. Somme toute, la réforme du droit des contrats a-t-elle pérennisé l'équilibre préalable en reproduisant les anciens articles 1146 à 1151 du Code civil.

Toutefois, le législateur n'a pas consacré certains mécanismes plus rigoureux, tels que les dommages et intérêts punitifs<sup>2119</sup>, sanctionnant l'auteur d'une *faute manifestement délibérée*, standard, qui, en tout état de cause, répondait à l'objectif de concrétisation de l'équilibre contractuel (B).

## B. L'HYPOTHÈSE DE LA FAUTE MANIFESTEMENT DÉLIBÉRÉE

**562. La faute manifestement délibérée.** L'avant-projet Catala proposait, en effet, l'introduction en droit français<sup>2120</sup> du mécanisme des dommages et intérêts punitifs<sup>2121</sup>. L'article 1371 du Code civil prévoyait que « *l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et*

---

<sup>2115</sup> Com. 4 mars 2008, n° 07-11.790 : *Bull. civ.* IV, n° 53, *D.* 2008. *AJ* 844, obs. DELPECH X. ; *Ibid.*, 2009. pan. 972, obs. KENFACK H. ; *JCP* 2008, II, 10079, note GUIGNARD D. ; *RLDC* 2008/5, n° 2875, obs. LE GALLOU C. ; *Dr. et patr.* 2/2009. 132, obs. AYNÈS L., et STOFFEL-MUNCK PH. ; *CCC* 2008, n° 172, obs. LEVENEUR L. ; *RTD civ.* 2008, 490, obs. JOURDAIN P. ; *RTD com.* 2008, 845, obs. BOULOC B.

<sup>2116</sup> CA Paris, 15 sept. 1992, *D.* 1993. 98, note DELEBECQUE PH.

<sup>2117</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 1988, *D.* 1989, p. 349.

<sup>2118</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, 19<sup>e</sup> éd., 2021, n° 416 et s. ; DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y. M., *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018, p. 594.

<sup>2119</sup> PIERRE PH., « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats - Rapport français », *RDC* 2010, n° 3, p. 1117.

<sup>2120</sup> Un groupe de travail du Sénat avait également proposé l'introduction de dommages et intérêts punitifs, Rapp. d'information au Sénat, par les sénateurs Alain Anziani et Laurent Bêteille (Doc. Sénat n° 558, 15 juill. 2009), rec., n° 24 : « *Autoriser les dommages et intérêts punitifs en cas de fautes lucratives dans certains contentieux spécialisés, versés par priorité à la victime et, pour une part définie par le juge, à un fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public, et dont le montant serait fixé en fonction de celui des dommages et intérêts compensatoires* ».

<sup>2121</sup> JAUFFRET-SPINOSI C., « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *LPA* 2002, n° 232, p. 8 : « *Les dommages-intérêts punitifs semblent être une spécificité des pays de common law. Apparus en Angleterre à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle (les premiers arrêts datent de 1763), ils ont traversé l'Atlantique et se sont enracinés dans le droit des États-Unis, mais d'Angleterre ils ont essaimé dans les pays du Commonwealth. On les retrouve en Australie, en Nouvelle-Zélande, en Afrique du Sud, au Canada. Et les dommages-intérêts punitifs semblent bien vivaces ; s'ils sont parfois attaqués, limités ou contrôlés, aucun pays ne remet en cause leur existence* ».

notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages et intérêts compensatoires, à des dommages et intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public (...). Or, l'introduction de ce mécanisme en droit des contrats pose la question de la finalité et de la mission assignées à la responsabilité civile en général et à la responsabilité contractuelle en particulier. La responsabilité contractuelle doit-elle se cantonner à la compensation de dommages résultant d'une inexécution ou doit-elle réprimer<sup>2122</sup> le contractant fautif ? Il s'agirait, par ce biais, de créer une responsabilité dite préventive<sup>2123</sup>, à l'image de la loi pénale. Il y a trente ans, la Cour de cassation avait toutefois affirmé la nécessité, afin de préserver l'équilibre et la cohérence du droit contractuel, de cantonner la responsabilité à l'octroi de dommages et intérêts compensatoires. Elle avait ainsi déclaré que « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »<sup>2124</sup>. D'autant qu'il existe déjà, en droit commun, des instruments, aux mains des parties, permettant de sanctionner l'inexécution du contractant au-delà du préjudice effectivement subi par le créancier. C'est le cas de la clause pénale que nous avons envisagée, dont l'équilibre relatif peut être, *a posteriori*, contrôlé par le juge grâce au standard de la clause manifestement excessive ou dérisoire. Toujours est-il que malgré les interrogations philosophiques et politiques que leur instauration suscite, le projet Catala avait conditionné la mise en œuvre de ces dommages et intérêts punitifs à un standard au seuil de gravité particulièrement élevé : la *faute manifestement délibérée*. C'est souligner, une fois encore, à quel point le standard fait office d'instrument d'objectivation et de concrétisation de premier ordre pour assurer l'équilibre au sein de dispositions discutées. Subordonner ces dommages et intérêts à la condition d'une *faute manifestement délibérée* impliquerait, de fait, pour le juge, de rapporter la preuve d'une faute d'une gravité supérieure à la faute lourde ou dolosive. Ce standard restreindrait ainsi de façon significative le nombre de cas concernés et ne sanctionnerait que les comportements les

---

<sup>2122</sup> V. notamment : CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995.

<sup>2123</sup> PIERRE PH., « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats - Rapport français », *RDC* 2010, n° 3, p. 1117 : « La question de l'introduction des dommages et intérêts punitifs n'est-elle pas vouée à concentrer tout ce qui, en droit des contrats et de la responsabilité, peut faire polémique ? Quelle place, d'abord, accorder à l'interventionnisme judiciaire – car pour punir, il faut d'abord surveiller ! – en ces temps où il n'est de cesse de dénoncer le recul de l'autonomie des volontés contractuelles ? Quelles missions assigner à notre droit de la responsabilité civile, au-delà de son rôle usuel de compensation des dommages ? Convient-il d'ajouter à sa palette une touche ouvertement répressive, qui viendrait enrichir en aval une finalité que la responsabilité dite « préventive » s'efforce de garnir en amont, en des jours où le principe de précaution parviendra nécessairement à l'examen direct de la Cour de cassation ? ».

<sup>2124</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 juill. 1981, *Gaz.pal.* 1982, 1, p. 109, note CHABAS F.

plus inadmissibles. En ce sens, la *faute manifestement délibérée* participerait de l'équilibre externe.

### ***Conclusion Section II***

**563. La concrétisation de l'équilibre externe.** Le standard, instrument de mesure de l'équilibre externe, le concrétise en l'appliquant. Quatre standards participent efficacement de cette réalisation : les standards dits « *du raisonnable* » d'une part, les standards relatifs à la faute et le standard de la disproportion manifeste, d'autre part.

**564. La concrétisation de l'équilibre externe par les standards du délai et du coût raisonnables.** Le recouplement des standards du raisonnable avec le principe de l'équilibre externe s'est opéré par le truchement d'une analyse de la finalité des standards du raisonnable et non de leur source abstraite. Les standards du raisonnable, dans cette optique, contribuent à la recherche de l'équilibre contractuel puisqu'ils ne renvoient pas au communément admis, mais requièrent et réalisent la pondération des intérêts impliquant le respect de l'utilité économique du contrat et la protection de la partie la plus faible. En promouvant l'équilibre raisonnable, ils participent d'une proportionnalité finalisée : réinstaurer le rapport contractuel tel qu'il aurait dû s'établir en l'absence de déséquilibres majeurs. De la sorte, le délai raisonnable est appréhendé comme un instrument de contrôle d'un délai économiquement utile – c'est-à-dire comme un élément attendu de la prestation – et un délai moralement satisfaisant – garantissant au contractant un laps de temps suffisant pour que soient réunies toutes les conditions indispensables à un consentement éclairé. Le coût raisonnable s'analyse, en considération de l'équilibre contractuel, comme l'outil d'évolution d'une limite au dépassement des valeurs d'équilibre au-delà de laquelle ce dépassement sera considéré comme rédhibitoire et entraînera la sanction de l'exécution forcée, mais en deçà de laquelle cette sanction aurait été disproportionnée eu égard aux circonstances de l'espèce.

**565. La concrétisation de l'équilibre externe par le standard de la faute lourde ou dolosive.** De la même façon, le standard de la faute lourde ou dolosive admet un seuil critique particulièrement élevé. Il implique que seule une faute d'une particulière

gravité permettra au créancier d'obtenir la totalité des dommages et intérêts, même non prévisibles, qui constituent une suite directe et immédiate de l'inexécution.

## CONCLUSION

### CHAPITRE SECOND

**566. L'objectivation par la technique.** Le standard juridique, avant d'être un contenu, est une technique législative formelle. Aussi procure-t-il à l'équilibre contractuel externe l'instrument de mesure nécessaire à son objectivation. Le standard contractuel opère, en puisant son contenu dans l'équilibre externe, comme un dispositif de connexion harmonisant les forces contradictoires et les valeurs inhérentes à l'équilibre externe. Le standard juridique concourt alors à la recherche épistémologique complexe du droit contractuel, ajustée à la réalité dans laquelle il s'inscrit. En dépassant la dichotomie entre les visions altruistes et individualistes propres au droit contractuel, il restaure la cohérence des dispositions législatives en favorisant un certain équilibre. Le standard est un conciliateur qui harmonise les valeurs inspirant la norme avec les faits, qu'il est capable de mesurer et de quantifier dans leur infinie variété. Par la technique, le standard réunit la rigueur d'une vision formelle du droit et l'idéalité de l'aspiration substantielle à la justice. Dans cette perspective, l'équilibre externe, objectivé par le standard, est appréhendé comme *la coexistence harmonieuse des principes juridiques libéraux et moraux, traduits par le biais d'une technique juridique formelle objective, telle que le standard, retranscrivant les valeurs politiques, philosophiques et sociales introduites par ces mêmes principes*. Cette coexistence harmonieuse aboutira, de la sorte, à un droit des contrats cohérent, à la fois suffisamment protecteur des injustices les plus flagrantes et adapté à la réalité économique dans laquelle il s'inscrit.

L'équilibre externe, objectivé par la technique du standard, est également concrétisé par ce dernier.

**567. La concrétisation par le standard.** Les standards juridiques issus du raisonnable, aussi bien que les standards de la faute lourde, dolosive ou de la disproportion manifeste ont une finalité commune. Ils constituent l'instrument de mesure et le procédé de mise en parallèle et de pesée des intérêts et des valeurs aboutissant à une cohérence et une harmonie du droit contractuel.





## CONCLUSION

### TITRE SECOND

#### **568. Une interdépendance assurée entre le principe et le standard contractuel.**

L'appréhension de l'équilibre, en droit des contrats, indépendamment de la technique législative qui l'applique était particulièrement malaisée. L'équilibre contractuel interne, d'une part, doit nécessairement être doté d'un instrument de mesure efficace pour sanctionner les déséquilibres qui privent le contrat de son utilité. Le *déséquilibre significatif*, *l'avantage manifestement excessif*, la *contrepartie dérisoire* ou *illusoire* ou encore la *disproportion manifeste* sont autant de standards juridiques présentant au juge un seuil de gravité suffisamment élevé pour garantir une certaine sécurité juridique – le point critique réduisant d'autant la marge de manœuvre du juge – et suffisamment malléable pour s'adapter à la réalité complexe du contenu contractuel. L'équilibre externe, d'autre part, commande que les valeurs contradictoires et sous-jacentes au droit contractuel, traduites par les principes juridiques, soient véhiculées par une technique législative formelle et objective. C'est le standard qui constitue selon nous le mécanisme privilégié capable de maintenir l'équilibre contractuel dans sa double manifestation.

**569. L'objectivation et la concrétisation de l'équilibre interne et externe par les standards.** L'équilibre interne d'abord, a été défini comme *le contenu contractuel, envisagé dans sa globalité, au sein duquel les valeurs, quantitatives ou qualitatives ne sont pas, à l'évidence, discordantes*. L'équilibre externe ensuite, représente *la coexistence harmonieuse des principes juridiques libéraux et moraux, traduits par le biais d'une technique juridique formelle objective, telle que le standard, retranscrivant les valeurs politiques, philosophiques et sociales introduites par ces mêmes principes*. Cette coexistence harmonieuse aboutira, de la sorte, à un droit des contrats cohérent, à la fois suffisamment protecteur des injustices les plus flagrantes et adapté à la réalité économique dans laquelle il s'inscrit. Ces nouvelles définitions objectivées de l'équilibre interne et externe nous ont conduit à démontrer la concrétisation effective de l'équilibre contractuel par les standards du droit des contrats en en dressant une liste exhaustive.

D'une part, les standards juridiques du droit des contrats, d'application du principe

d'équilibre interne sont au nombre de sept : les « *conditions substantiellement différentes* »<sup>2125</sup> ; l'« *avantage manifestement excessif* »<sup>2126</sup> ; la « *contrepartie illusoire ou dérisoire* »<sup>2127</sup> ; le « *déséquilibre significatif* »<sup>2128</sup> ; l'« *exécution excessivement onéreuse* »<sup>2129</sup> ; l'« *inexécution suffisamment grave* »<sup>2130</sup> et enfin, la « *pénalité convenue manifestement excessive ou dérisoire* »<sup>2131</sup>. Au sein de la formation du contrat, le standard des *conditions substantiellement différentes* implique que le juge quantifie le déséquilibre à partir de la comparaison entre le contenu réel du contrat et son contenu supposé en l'absence de vice. La nullité du contrat est ainsi conditionnée par un seuil de gravité élevé. De la même façon, au regard des clauses du contrat, les standards du *déséquilibre significatif* ou de la *clause manifestement excessive ou dérisoire* forment l'outil de sanction et de correction des déséquilibres les plus importants. C'est dire qu'en présence d'un standard, le juge est tenu de quantifier le déséquilibre factuel grâce à une mesure quantifiable ou chiffrable conditionnant la sanction à un seuil élevé. Aussi, en matière d'exécution contractuelle, les standards juridiques de *l'exécution excessivement onéreuse* ou de *l'inexécution suffisamment grave* conditionnent-ils le correctif judiciaire à un seuil particulièrement grave, restreignant d'autant la marge de manœuvre du juge.

D'autre part, les standards juridiques du droit des contrats, d'application du principe d'équilibre externe sont, quant à eux, au nombre de quatre : la *faute lourde* ou *dolosive*, la *disproportion manifeste* et enfin le *délai* et le *coût raisonnables*. Une lecture finaliste de chacun des standards a ouvert la voie à l'association de ces derniers à l'équilibre contractuel. Effectivement, si l'on avait eu égard seulement à l'origine ou au rattachement primaire de ces standards, c'est notamment le raisonnable qui aurait été appréhendé comme la directive référentielle. Or, le raisonnable n'a, avant tout, pour finalité, que celle d'atteindre une harmonie ou un équilibre proportionné.

---

<sup>2125</sup> C. civ. art. 1130.

<sup>2126</sup> C. civ. art. 1141 et 1143.

<sup>2127</sup> C. civ. art. 1169.

<sup>2128</sup> C. civ. art. 1171.

<sup>2129</sup> C. civ. art. 1195.

<sup>2130</sup> C. civ. art. 1219, 1220 et 1124.

<sup>2131</sup> C. civ. art. 1231-5.

## CONCLUSION

### SECONDE PARTIE

**570. À la recherche de la directive référentielle propre aux standards contractuels.** La première partie de cette étude était consacrée à la définition théorique du standard juridique en droit. Ce dernier a, ainsi, pu être défini comme *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle*. Cette approche avait abouti à une définition quasi matérielle du standard. Il restait, en effet, à l'appliquer à une matière donnée et à y rechercher le ou les référentiels susceptibles d'apporter un éclairage particulier aux standards. Nous avons choisi, dans la seconde phase de notre étude, de cantonner celle-ci au droit commun des contrats. L'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et ratifiée le 20 avril 2018, a, notamment, mis à l'honneur les notions indéterminées, qui sont passées de neuf à plus de quarante. L'effort de systématisation et de classification des standards semblait, dès lors, indispensable.

Toujours est-il que plusieurs principes juridiques contractuels étaient susceptibles de représenter la directive référentielle propre aux standards contractuels : la bonne foi et le raisonnable, d'une part, et l'équilibre contractuel, d'autre part. L'étude substantielle et conceptuelle de la bonne foi et du raisonnable a, toutefois, révélé leur inaptitude dans l'exercice de singularisation des standards. Le raisonnable, puisqu'il est un concept au fondement de la norme, et la bonne foi, un concept au fondement de la justice, œuvrent plutôt, au même titre que la normalité, en tant que forces créatrices, trop abstraites pour la réussite de notre projet définitoire.

C'est pourquoi, dans un second temps, il s'est agi de sonder les caractéristiques et les origines de l'équilibre contractuel, entendu comme principe juridique émergent. L'équilibre contractuel a, dès lors, été défini en considération de son origine, la justice contractuelle, mais surtout eu égard à sa finalité : l'harmonie. L'équilibre contractuel possède une finalité double : celle de réaliser l'harmonie du contenu du contrat – l'équilibre interne – d'une part, et celle d'établir l'harmonie du droit contractuel – l'équilibre externe – d'autre part. Nous avons considéré ainsi, *a priori*, en nous rapportant à notre pyramide statique de référence, que l'équilibre contractuel pouvait être appréhendé, au sein du droit positif, indépendamment des standards qui l'appliquent.

Néanmoins, les difficultés théoriques et pratiques mises en lumière par l'analyse

abstraite de l'équilibre interne et externe nous ont conduit à envisager son interdépendance avec les standards contractuels.

**571. Le standard juridique, une sous-directive d'objectivation et de concrétisation de l'équilibre contractuel interne et externe.** D'abord, l'équilibre interne, indépendamment des standards contractuels, avait été analysé par le biais de quatre critères théoriques : *la réciprocité, la commutativité, l'équivalence et la proportionnalité*. Leur mise en œuvre ne pouvant obéir qu'à la formule du « tout ou rien » s'est avérée insatisfaisante. En effet, ces critères pèchent par l'absence d'une gradation modératrice, laquelle est indispensable à l'équilibre interne qui doit aussi, pour ne pas compromettre la dynamique des échanges, prendre en compte la logique contractuelle du droit positif. Celle-ci est caractérisée, notamment, par l'absence de sanction généralisée de la lésion, c'est-à-dire du déséquilibre objectif entre deux prestations. C'est en revanche la présence de ce seuil de gravité élevé, caractéristique des standards contractuels appliquant l'équilibre interne, qui nous a permis d'en objectiver la définition.

Les standards contractuels traduisent l'image d'un système d'alarme à la sensibilité relative : ils ne déclenchent l'intervention du juge que lorsqu'ils détectent des irrptions patentes – significatives ou manifestes – et particulièrement menaçantes. L'équilibre interne ne commande donc, du fait de son application par les standards, que le respect d'un équilibre *a minima*. Le standard juridique, constitue bien, en ce sens, une sous-directive d'objectivation de l'équilibre interne, défini comme *un contenu contractuel, envisagé dans sa globalité, au sein duquel les valeurs, quantitatives ou qualitatives ne sont pas, à l'évidence, discordantes*. De la même façon, au sein des dispositions dans lesquelles ils sont intégrés, les standards contractuels sont les instruments de mesure conditionnant l'application de l'équilibre interne aux faits présentés au juge. Ils concrétisent, de la sorte, l'équilibre contractuel interne.

Ensuite, l'équilibre externe, propre au droit contractuel, avait pu être défini comme la *coexistence harmonieuse des valeurs contradictoires et sous-jacentes au droit contractuel*. Néanmoins, une étude des valeurs du droit des contrats, déconnectée de la réalité du droit positif et de la technique législative, ne pouvait constituer une démarche scientifique rigoureuse. Le recours à la technique du standard par le législateur a permis, en revanche, d'objectiver cette approche épistémologique du droit des contrats. L'équilibre externe, par le truchement des standards, a pu être décrit comme *la coexistence harmonieuse des principes*

*juridiques libéraux et moraux, traduits par le biais d'une technique juridique formelle objective, telle que le standard, retranscrivant les valeurs politiques, philosophiques et sociales introduites par ces mêmes principes.* Cette coexistence harmonieuse aboutira, de la sorte, à un droit des contrats cohérent, à la fois suffisamment protecteur des injustices les plus flagrantes et adapté à la réalité économique dans laquelle il s'inscrit. Le législateur semble ainsi, par le biais de la réforme, avoir reconnecté le droit des contrats aux valeurs légitimantes dont le positivisme classique avait voulu rejeter l'inspiration jugée compromettante. Mais il a tenu à garantir, en même temps, la rigueur d'une démarche qui se contraint à l'expérience des faits en soumettant la nébuleuse axiologique à la technique juridique qui est chargée de les traduire dans la réalité. Cette technique est celle du standard. Par ailleurs, outre sa capacité à objectiver l'approche épistémologique du droit contractuel, le standard juridique a frayé un chemin de concrétisation efficace de l'équilibre interne. Les standards du *délai et du coût raisonnables* ou encore de la *disproportion manifeste* et de la *faute lourde ou dolosive*, constituent les instruments quantifiables nécessaires à la restauration d'une certaine cohérence contractuelle.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

---

**572. Une démarche renouvelée.** Le constat de *l'imperfection des approches contemporaines du standard* a mis en exergue la nécessité de circonscrire la notion afin d'en cerner les contours et les implications pratiques. Pour ce faire, il s'est agi, en premier lieu, d'en déterminer *la nature* par une méthode réductionniste consistant à comparer le standard aux autres espèces composant la famille des notions indéterminées. L'identification du standard dans le genre des notions indéterminées a, par suite, conduit à la détermination de ses *caractères propres*. Néanmoins, cette approche théorique, réduisant le standard à un outil fonctionnel quasi matériel, a dû être complétée par une approche contextuelle. L'identification de la directive référentielle du standard dans l'univers contractuel a, ainsi, précédé l'étude de son application par le standard juridique.

**573. Le standard, au-delà de l'indétermination fonctionnelle et du critère de normalité.** Le standard juridique, au-delà de la malléabilité engendrée par son indétermination intrinsèque, est un formidable outil de mise en cohérence des normes supérieures subjectives exprimant un *devoir être* particulièrement prégnant. Or, les définitions qui avaient été proposées au cours du siècle dernier ne permettaient pas d'aboutir à un tel constat : la première, au travers d'une approche fonctionnelle qui n'appréhende le standard qu'en tant que directive ou critérium indéterminé facilitant d'un côté l'adaptation du droit, mais générant de l'autre une forte insécurité juridique ; la seconde, par le biais d'une approche matérielle, qui assimile le standard à l'expression d'une normalité dogmatique ou descriptive assez nébuleuse. En effet, l'approche fonctionnelle du standard, au demeurant riche et intéressante dans la mesure où elle met en lumière les implications et les usages de la notion, réduit en réalité celle-ci à un simple terme générique, susceptible d'accueillir dans la classe conceptuelle qu'il désigne l'ensemble des notions indéterminées. Les principes juridiques, les notions-cadres ou encore les simples notions indéterminées sans caractères propres constituent des *espèces* de la *famille* des notions indéterminées et présentent des qualités compatibles qui les rendent capables d'assurer les mêmes services. La transposabilité de la définition fonctionnelle du standard manifestait ainsi son incapacité à opérer une singularisation suffisante du standard juridique.

C'est pourquoi il a été nécessaire de se tourner vers une définition conceptuelle ou



matérielle du standard, proposant une grille de lecture plus éclairante que celle qui avait été utilisée par l'approche fonctionnelle ou formelle. Toutefois, l'idée de normalité présentée comme dénominateur commun à tous les standards juridiques n'a pas permis d'établir la carte d'identité du standard juridique. Il demeurerait toujours cette notion générique dont l'idée de normalité venait fédérer encore les nombreux attributs. Car la normalité est davantage qu'un principe. Force créatrice inhérente au droit tout entier, elle n'a, somme toute, que grevé d'un supplément d'abstraction une notion déjà en déficit de concrétisation et de précision. Si la normalité figure parmi les fondements du droit, il est inévitable qu'elle se trouve à l'origine de l'ensemble des règles. Elle inspire le standard, soit, mais elle ne rend pas compte de sa spécificité technique. Qu'est-il ? Qu'est-ce qui, dans le standard, fait qu'il fonctionne en tant que standard ? Comment ne pas achopper sur ce constat de redondances, ne pas échouer sur un pléonasme de l'indétermination juridique ?

L'incapacité des approches fonctionnelles et matérielles du standard à le distinguer vraiment des autres notions indéterminées impliquait, pour la réussite du projet définitoire, sinon un changement de paradigme, du moins un changement de méthode.

**574. Une approche réductionniste de la notion de standard.** Si aucune des définitions présentées n'est parvenue à endiguer le processus de confusion des notions, alors même qu'elles étaient d'une remarquable richesse, tant intellectuelle que sémantique, c'est qu'un changement de méthode était indispensable à la réalisation de notre entreprise. Les auteurs avaient conduit des recherches à la fois fines et pratiques de la notion, mais ont, semble-t-il, manqué son identification, justement – et paradoxalement – parce que le standard, lorsqu'il était placé sous le microscope de l'examen, était dissocié, isolé des notions indéterminées préexistantes. Or, l'affirmation d'une identité passe sans doute par la phase incontournable de la confrontation avec ce qui est proche et cependant différent. Il s'agissait, par conséquent, de dessiner le champ d'investigation et de prendre du recul, d'envisager et de considérer le standard dans une optique plus holistique.

Dès lors et dans un premier temps, il a semblé opportun de comparer, au-delà d'une matière juridique déterminée, les notions indéterminées auxquelles était souvent assimilé le standard : le principe juridique et la notion-cadre. Redéfinissant le principe juridique comme une directive transcendante et la notion-cadre comme une directive auxiliaire et contingente, nous avons trouvé la clé de voûte de notre système dans la notion de sous-directive. La démarche réductionniste, fonctionnant par l'identification de notions

connues pour déterminer une inconnue, a révélé la différence de nature entre le principe, la notion-cadre et le standard. Les deux premières représentent des directives alors que le standard est une sous-directive destinée à les appliquer et à les concrétiser, voire, parfois, à les concilier. *In fine*, cette perspective nous a ouvert une voie décisive : en concluant à l'existence de trois notions indéterminées remplissant chacune une fonction particulière et spécifique dans l'acte de juger, en aboutissant donc à cette distinction fondamentale entre directive et sous-directive, nous avons pu mettre en lumière un rapport hiérarchique d'application.

**575. Une sous-directive inscrite dans un rapport d'application.** La caractéristique fondamentale du standard, sa nature propre, se traduit ainsi dans l'expression de *sous-directive*. La préposition *sous* évoque une *dépendance* et une *référence* à un objet supérieur : le critère ou le référentiel matériel du standard. C'est dire que ce dernier ne constitue pas seulement un dénominateur commun, mais conditionne la réalité même des standards. Ceux-ci constituent, dès lors, les instruments *dépendants* d'application d'une directive à laquelle ils se *réfèrent*. Les trois notions indéterminées dessinent par conséquent, dans les mécanismes complexes de leur fonctionnement et de leurs liens, une pyramide statique de référence, du principe vers le standard.

Cette démonstration a mis en évidence les différentes fonctions de ces notions. Le principe, d'abord, constitue un référentiel supérieur en ce qu'il prime les règles, il les fonde et les systématisé. Il est aussi un référentiel transcendant puisqu'il introduit dans le droit des valeurs métajuridiques. Dans cette perspective, il apparaît comme une notion métajuridique *ante-positive*, source matérielle du contenu du droit se transformant, une fois introduit à la législation, en une source formelle. La notion-cadre, ensuite, ne possède qu'une fonction subsidiaire ou contingente, elle n'intervient qu'en renfort du principe en tant que référentiel. La notion-cadre, telle que *l'intérêt de l'enfant* ou *l'intérêt social*, décrit au juge le contexte sociolégal auquel la situation ou le comportement en cause devraient se conformer. Enfin, le standard juridique constitue le critère technique d'application des directives supérieures. Il est la représentation d'une catégorie normative incomplète. Le standard n'a pas de réalité *per se*, il la puise dans le référentiel qu'il applique. Dénué de contenu propre, il n'est cependant pas privé de toute *matérialité*.

Il a donc été question, en considération de l'analyse préliminaire sur la normalité, d'aboutir à une nouvelle définition matérielle ou conceptuelle du standard. Si la normalité

ne satisfaisait pas à une nécessaire circonscription des standards, leur contenu devait donc, en définitive, être recherché dans un référentiel plus précis : celui des principes juridiques. Le standard, cantonné à l'indicatif de l'être, c'est-à-dire aux faits, est dénué de contenu idéalisé. Standard et principe s'avèrent, dans cette optique, deux notions ontologiquement opposées. La valeur n'est qu'un affluent alimentant et enrichissant le standard sans épuiser l'idiosyncrasie de sa technique. Elle n'est, somme toute, qu'un élément annexé à sa nature propre. Le standard est donc bien *dépendant* du principe auquel il se *réfère* au regard de son contenu et de sa fonction.

La relation entre les deux notions ne se limite pourtant pas, en seconde analyse, à une dépendance, mais se révèle comme une *interdépendance* : le standard applique le principe en ce qu'il représente un outil évaluatif. Il a pour fonction de mesurer l'intensité d'application du principe auquel il se réfère. Le standard mesure une *quantité de valeur*. Cette application se traduit, de même, par une conciliation et une concrétisation du principe.

Si le standard représente une catégorie normative incomplète dans la mesure où il est *dépendant*, relativement à son contenu, de la directive à laquelle il se *réfère*, il n'est pas, cependant, dépourvu de *caractères propres*.

**576. Une sous-directive aux caractères propres.** Décrire la nature du standard comme sous-directive et l'identifier au sein de la famille des notions indéterminées ne dispensait pas de singulariser le standard en tant que *sous-directive*. Il présente, en ce sens, deux caractères principaux : une capacité de concrétisation et d'objectivation qui influent directement sur le rapport d'application examiné.

D'une part, le standard fonctionne en tant que sous-directive *concrétisable*, c'est-à-dire relativement indéterminée, car même s'il conserve une dose d'indétermination, il est toujours *quantifiable* ou *chiffable* : c'est un instrument de mesure gradué. À rebours du principe qui constitue une notion médiate et abstraite, le standard est immédiat, concret et pragmatique. En ce sens, le standard précise et nuance en termes de degré le principe qu'il applique. La liberté du juge, en matière de standard, se limite à une fourchette d'interprétation alors qu'en présence d'un principe, à l'instar de la *bonne foi*, le juge peut faire véritablement œuvre créatrice.

D'autre part, le standard correspond à une sous-directive dénuée de valeur en soi, autrement dit, il porte en lui une capacité d'objectivation. L'association du standard et de

l'objectivité pouvait sembler, à première vue, paradoxale. S'il n'était pas question de nier la subjectivité intrinsèque du standard en considération de son indétermination, le but de cette étude résidait dans la démonstration que la technique du standard induisait de l'objectivité dans l'acte de juger au regard de la subjectivité inhérente à la nature du principe. Dans cette perspective, il a été question de s'interroger sur l'objectivité du fait par rapport à la subjectivité des valeurs. En effet, puisque le standard appartient au domaine de *l'être*, il relève du domaine des *faits*. En revanche, puisque le principe est lié au domaine du *devoir être*, il se rapporte aux *valeurs*. Le fait, pour le juriste, étant indissociable du droit, il a fallu établir le rapport entre ces deux notions pour affirmer l'existence d'un fait brut antérieur à tout sujet. Le droit, construit sur un monde d'*idées*, systématisées dans un corpus de règles, est nécessairement subjectif. De la même façon, les valeurs sont ontologiquement subjectives dans la mesure où elles sont les fruits d'un acte créateur du sujet. Le fait, en revanche, constituant de la réalité, est objectif : il est l'objet de la perception, de la mémoire, de l'examen. La corrélation établie entre fait et valeur ainsi qu'entre droit et fait, il s'est agi de démontrer la capacité d'objectivation du principe par le standard, en tant que sous-directive objective. Le standard, représentatif d'une règle factuelle, opère selon un mécanisme bien plus objectif que le principe, qui repose, en dernière analyse, sur un socle de valeurs. Le standard, instrument de mesure factuel du principe, objective ce dernier.

La détermination des caractères propres du standard a entraîné, par ailleurs, des incidences particulières sur l'appréhension de la notion.

**577. Les conséquences liées aux caractères propres.** L'identification du standard par sa nature et ses caractères propres a permis, d'une part, d'établir une nouvelle classification des standards dans la taxinomie des notions indéterminées et a impliqué, d'autre part, la réévaluation de l'insécurité juridique *a priori* induite par la notion.

La nouvelle définition proposée du standard, entendu comme *une sous-directive d'application d'une directive référentielle dotée de deux caractères propres : l'objectivation et la concrétisation* nous a permis d'opérer une reclassification au sein de la taxinomie des notions indéterminées. Il a été question, dès lors, de réévaluer les catégories existantes et de les appréhender sous le prisme de notre nouvelle définition, mais surtout, et en premier lieu, en considération de la définition du standard comme *instrument de mesure*, que nous partageons avec Monsieur Rials. En effet, les classifications préexistantes avaient été

établies sans égard à ce critère fondamental de distinction. Les notions dogmatiques et non évaluatives ne doivent pas être assimilées aux standards : elles expriment une *référence* et non *l'instrument de mesure* de la référence. Ces notions ont alors été requalifiées de principes, tels que la *proportionnalité* ou de notions-cadre telles que *l'ordre public*, *l'intérêt* ou *l'attente légitime*. Par ailleurs, les standards dits descriptifs ou quantitatifs représentent des notions indéterminées sans caractères propres. Ces dernières ne traduisent, au travers d'adjectifs ou de compléments de nom, que les qualités de malléabilité et de flexibilité dans les textes législatifs. Elles n'ont pas pour objet de concilier des enjeux de politique législative contradictoires. En ce sens, la fonction des notions indéterminées ordinaires, telles que *l'habitation réelle* ou la *procuration suffisante* est bien plus restreinte que celle qu'assume le standard. Par suite, et en considération de notre nouvelle définition du standard, une liste exhaustive de ces derniers a pu être proposée, dans le cadre du droit des contrats, fondée sur la dualité du principe d'équilibre contractuel, interne et externe.

En tout état de cause, cette sur-intégration des notions indéterminées dans la catégorie des standards avait engendré un effet pervers : le standard, alors même qu'il est la notion la moins indéterminée dans son genre, était réputé être un vecteur majeur d'insécurité juridique.

Du fait de leurs caractères, l'insécurité portée par les standards doit être largement relativisée. La capacité d'objectivation du standard, qui découle de son lien consubstantiel avec les faits, implique que l'insécurité qu'il engendre soit liée à la variabilité des faits. Or, le juge doit bien établir une matérialité des faits pour les juger par l'entremise des règles du droit. C'est dire que cette variabilité factuelle désigne l'assise contextuelle de tout jugement, dont le juriste ne peut se départir. En outre, le caractère concrétisable du standard, sa capacité à être quantifiable ou chiffrable, en tant qu'instrument de mesure gradué, limite l'interprétation du juge à une fourchette étroite. Par ailleurs, accessible à tous en s'exprimant en termes du langage courant et pourvoyeur d'une précision accrue, par rapport au principe, en commandant une évaluation quantitative, le standard exerce un impact limité sur la sécurité juridique. En réalité, la question de la sécurité juridique dépend amplement de la conception politique que l'on se fait de la *règle* : si l'on oppose souvent le couple règle rigide - sécurité et standard - insécurité, la réalité s'avère beaucoup moins tranchée. En somme, le choix, par le législateur, d'une règle rigide, opère comme un arbitraire ou un arbitrage officialisé identifiable en amont de l'édiction de la norme. En revanche, opter pour le standard c'est privilégier un libre arbitre, exercé *a posteriori*, par le

juge. En effet, soit la loi impose *a priori* les significations : elle ne dirait qu'une seule chose et le juge n'aurait qu'une seule réponse à appliquer à la situation juridique donnée, soit l'on admet que l'autorité judiciaire fait dire à la loi ce qu'il aura, *a posteriori*, désigné comme la bonne réponse. Cette alternative révèle en dernière analyse l'incidence de la vision substantielle du droit sur la forme du droit. Enfin, rappelons encore une fois que la liberté d'interprétation s'avère, en cas d'utilisation du standard tel que nous l'avons défini, particulièrement contenue et balisée.

**578. Définition renouvelée du standard.** Le standard juridique a pu être défini, *in fine*, comme *une sous-directive d'objectivation et de concrétisation d'une directive référentielle* ; le référentiel le plus approprié à la systématisation et à l'interprétation du standard étant le principe juridique. Ils fonctionnent, de fait, selon une relation de dépendance réciproque. Toujours est-il que cette définition théorique ne répondait pas tout à fait à l'objectif conceptuel envisagé. Appréhender le standard en considération de sa nature, de son fonctionnement et du rapport d'application qu'il entretient avec le principe ne suffisait pas à pallier l'absence de détermination de son contenu. Cette recherche ne pouvait être menée qu'en contexte, c'est-à-dire au sein d'une matière donnée. La définition du standard, propre à la matière choisie, serait, alors, susceptible de le transformer en *notion conceptuelle*.

**579. D'une approche théorique à une approche matérielle : l'identification du référentiel spécifique aux standards contractuels.** La définition théorique du standard devait être confrontée à l'épreuve du droit positif pratique pour faire sens. Le standard, ainsi décrit, impliquait qu'il ne puisse pas être défini conceptuellement *a priori* pour toutes matières, de façon universelle. Développer notre théorie au sein du droit des contrats n'était pas le fruit d'une option aléatoire. La réforme dont il a été l'objet, d'abord, au travers de l'ordonnance du 10 février 2016 et ensuite, avec la loi de ratification du 20 avril 2018<sup>2132</sup>, laissait un champ de réflexion et de possibilités d'interprétations quasi illimitées. Par la définition du standard contractuel, nous ne prétendons pas parvenir à une compréhension globale du droit des contrats, mais simplement apporter une pierre à l'édifice d'une

---

<sup>2132</sup> L. n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

construction d'ensemble. Il demeurait que l'identification de la directive référentielle propre au droit contractuel n'était pas chose facile. Le *raisonnable*, la *bonne foi* aussi bien que *l'équilibre contractuel* semblaient toutefois susceptibles, du moins *a priori*, de pouvoir faire office de référentiel propre aux standards contractuels. Or, dans la mesure où le *raisonnable* et la *bonne foi* agissent au fondement du droit et de la justice, chaque règle de droit pourrait, sans doute, parce qu'elle exprime un *devoir être*, être analysée sous leur prisme. La complexité intrinsèque au standard nécessitait une référence plus précise, affichant, avec une certaine évidence, la *finalité de sa mesure*. Le principe d'équilibre contractuel est apparu, dans cette optique, comme le référentiel le plus satisfaisant. Tirant ses origines de la justice contractuelle aristotélicienne et entendu comme le juste milieu, l'équilibre contractuel a pour finalité l'égalité relative des prestations se traduisant par une harmonie et une stabilité contractuelles. Cette harmonie a deux objets : l'équilibre *interne* au contrat et l'équilibre *externe* des règles qui le régissent.

La définition de ce double équilibre, dans l'abstrait, était, toutefois, critiquable. L'idéal de justice et d'égalité qu'il véhiculait rendait le principe inopérant et peu adapté au droit contractuel positif. Pour leur réalisation, l'équilibre interne et externe avaient donc besoin du relais des standards, technique législative objective et concrétisable. Étant donné que le droit des contrats repose sur un socle de valeurs économiques et morales, la technique du standard entendue comme sous-directive objective et concrétisable, apporte cohérence et précision aux enjeux sous-jacents, malgré son indétermination *a priori*. Jalonnant le droit des contrats, de sa formation à son inexécution, les standards contractuels font une application mesurée de l'équilibre contractuel : sanctionnant les disproportions et les déséquilibres les plus évidents, subordonnant la rupture des contrats à des conditions quantitatives ou qualitatives particulièrement exigeantes, il protège la partie faible tout en privilégiant la continuité du contrat ou la garantie des intérêts du créancier lorsque les enjeux économiques priment. Permettant à la sève morale de continuer d'irriguer le droit contractuel, tout en dénonçant les dérives de concepts trop vagues comme la *bonne foi*, le *raisonnable*, ou la *normalité*, les standards contractuels offrent une rationalité vertueuse à la matière.

**580.**      **L'application de la directive référentielle par le standard contractuel.** Le référentiel propre au standard contractuel identifié, il restait à l'inscrire dans son *rapport d'application*. Liés dans un *rapport d'interdépendance*, le principe d'équilibre et le standard

contractuel convergent vers une finalité spécifique : sanctionner les déséquilibres les plus importants, ceux, notamment, qui privent le contrat de son utilité, ou harmoniser les valeurs contradictoires et sous-jacentes au droit contractuel par une technique formelle objective. L'équilibre interne a, *in fine*, été défini comme *le contenu contractuel, envisagé dans sa globalité, au sein duquel les valeurs, quantitatives ou qualitatives ne sont pas, à l'évidence, discordantes*. L'équilibre externe a été décrit, par ailleurs, comme *la coexistence harmonieuse des principes juridiques libéraux et moraux, traduits par le biais d'une technique juridique formelle objective, le standard juridique, retranscrivant les valeurs politiques, philosophiques et sociales introduites par ces mêmes principes. Cette coexistence harmonieuse aboutira, de la sorte, à un droit des contrats cohérent, à la fois suffisamment protecteur des injustices les plus flagrantes et adapté à la réalité économique dans laquelle il s'inscrit*. Sur la base de ces nouvelles définitions objectivées par l'intermédiaire du standard, il s'est agi d'étudier la force de concrétisation de l'équilibre par les standards contractuels. Au sein du Code civil, onze standards ont pu être identifiés, et, chaque fois, c'est le principe d'équilibre interne ou externe qu'il concrétisent.

D'une part, au stade de la formation du contrat, les standards contractuels concrétisent l'équilibre interne au regard du consentement et des prestations contractuelles. Le standard des *conditions substantiellement différentes* est un outil chiffrable et quantifiable qui commande au juge d'évaluer l'importance et la portée du déséquilibre à partir de la comparaison entre le *contenu réel* du contrat et son contenu *supposé* en l'absence de vice. La nullité du contrat est ainsi conditionnée par un seuil de gravité très élevé. Le standard du déséquilibre significatif, ou de la clause manifestement dérisoire, quant à eux, subordonnent la correction de la clause ou son réputé non écrit à un caractère d'évidence. C'est-à-dire quand – et seulement dans la mesure où – la gravité du déséquilibre s'impose à l'esprit, sans possibilité d'objection. En tous cas, dans toutes les règles instituées pour garantir une certaine justice contractuelle, c'est le standard qui est convoqué, en tant que technique législative conditionnant la prise en compte du déséquilibre. Dans le même sens, parmi les règles relatives à l'exécution contractuelle, les standards juridiques de *l'exécution excessivement onéreuse* ou de *l'inexécution suffisamment grave*, étant donné le degré élevé du déséquilibre qui est requis en vue de la sanction qu'il faut envisager et que leur expression ne commande qu'à cette seule condition, restreignent la marge de manœuvre du juge et concrétisent l'équilibre interne.

D'autre part, l'équilibre externe est concrétisé par les standards du *délai* et du *coût raisonnables*, de la *faute lourde ou dolosive* ou encore de la *disproportion manifeste*. Cette



concrétisation n'opère pas dans les mêmes termes puisque l'objet attaché à l'équilibre n'est pas identique. Ces standards exigent ici de mesurer directement la quantité d'une qualité, la quantité d'une valeur. Les standards du raisonnable fonctionnent selon une balance des intérêts impliquant le respect de l'utilité économique du contrat et la protection de la partie la plus faible. Ces standards participent d'une proportionnalité finalisée. Les standards de la disproportion manifeste, ainsi que de la faute lourde ou dolosive, conditionnent, de façon analogue, la sanction du déséquilibre et par là même la restauration de la cohérence contractuelle, à un degré de gravité particulièrement élevé.

**581.** « *Un au-delà de sa propre pensée* »<sup>2133</sup>. Dénué de la prétention d'apporter une définition parfaite du standard juridique, ce travail permettra sans doute de reconsidérer une technique qui a suscité à la fois de l'intérêt, des interrogations, de la perplexité et de la défiance. Ces humeurs et ces positions nous ont accompagné tout au long de notre travail. Cette notion indéterminée réduite à sa mollesse sémantique, cette lacune juridique à l'obligatorité d'apparence faible, cette expression porteuse d'une moralité aux accents un peu vieillots, ce standard dont le nom évoque la monotonie impersonnelle du calibrage a fini par prétendre à sa réhabilitation. Au terme de l'investigation, il semble que les éléments étudiés, les pistes découvertes, les confrontations réalisées, les termes élucidés selon une certaine approche et une méthode peu à peu mise au point, nous invitent à considérer cette revalorisation comme étant méritée. Il a fallu questionner les évidences anciennes, les ressemblances apparemment indiscutables, visiter les terres désertées du lexique juridique et, par-dessus tout, déverrouiller les catégories, vider leur contenu et interroger les rapports, les liens, les oppositions et les différences entre les éléments ainsi réellement mis en présence. Peu à peu, cet ovni à la fois étranger et omniprésent, toujours vaguement suspect, mais dont le contentieux est en même temps abondant et vague de sorte que la culpabilité ne s'établit pas, peu à peu, donc, cette inconnue de l'arsenal juridique nous a semblé sortir de sa gangue nébuleuse, se dépouiller d'oripeaux juxtaposés au fil du temps. Les doutes qu'il a soulevés ne seraient-ils pas, en grande partie, dus à la confusion sémantique et catégorielle dans laquelle il se trouvait ?

Plus que d'une incertitude menaçante, c'est de remarquable plasticité dont son

---

<sup>2133</sup> CARBONNIER J., *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979, p. 249 : « le législateur qui entend que son œuvre vive (...) doit savoir creuser à même les textes un au-delà de sa propre pensée ».

indétermination spécifique, qui est, c'est vrai, son ADN, est pourvoyeuse. Entre l'absolu du principe référent et la complexe réalité qui n'est évidemment pas à sa hauteur, il sait épouser les faits, calculer l'importance des imperfections des relations humaines sans les marquer au fer rouge d'un rigorisme intransigeant.

Le standard est un instrument. Il émet le son que le juge interprète – au sens, justement où le musicien interprète – à partir d'une partition co-composée par le juge et le législateur, mais que ce dernier a annotée de façon à restreindre la plupart des velléités de personnalisation. Il produit un son maîtrisé. Car le standard est un outil de modération double : il modère l'abstrait en le contraignant aux faits et il modère la capacité d'intervention de l'autorité judiciaire. Il harmonise toutes ces rencontres. Il est d'un pragmatisme tempéré et réfléchi.

À l'heure de la mondialisation à laquelle le droit n'échappe pas, l'engouement du législateur s'est fait croissant et l'intérêt intellectuel et pratique que le standard éveille se justifie : cette mondialisation charrie des excès en tous genres, frénésies mercantiles ou au contraire lourdeurs, voire paralysies bureaucratiques, nouvelles radicalités, politiques et idéologiques. Le droit est une construction vivante. Ses fondations baignent dans le terreau de valeurs souvent immémoriales et universelles et nous avons voulu les réinviter dans l'examen parce qu'elles justifient le droit aux yeux du justiciable. Des pierres s'ajoutent aux pierres de l'édifice ou en sont retranchées, au fil de l'évolution des sociétés qui en absorbent de nouvelles et en récusent d'anciennes. Ce n'est pas un processus linéaire : des valeurs contradictoires coexistent et prennent le pas, tour à tour, les unes sur les autres. C'est le cas de celles qui s'agissent au sein du droit des contrats. Il nous a semblé, là encore, que le standard juridique parvenait, non pas à les éluder, mais à les faire vivre ensemble. Le standard porte donc la voix d'un droit conciliateur. Balancier léger et efficace, il laisse s'exprimer les valeurs et les volontés individuelles, mais en amortissant les remous antagonistes délétères afin que le contrat – troisième terme de l'équation – puisse se former et s'exécuter au mieux. Le nouvel objet a assumé au fur et à mesure de notre examen des contours d'une netteté inattendue parce que le standard n'est précisément pas un contenu, mais une technique dont le fonctionnement complexe a rendu ce travail passionnant. Le standard est une technique qui *marche*, une dynamique qui produit un résultat que la description des pièces détachées, *inertes*, n'est pas susceptible de figurer. Le standard est une machine surprenante : la représentation inanimée de ses composantes manquerait à faire comprendre le processus lancé par l'ensemble ajusté. La machine est propulsée par l'idéal dans le monde protéiforme des faits, jusqu'aux plus imprévus, sur lesquels elle pose

son curseur. Sa capacité fonctionnelle, en tant que mécanisme juridique, est d'être ce mesureur d'excès – des irrégularités et des déséquilibres factuels d'abord – mais aussi de ceux-là mêmes qui lui semblaient consubstantiels – la liberté créatrice laissée dangereusement à l'autorité judiciaire –. Or, le dispositif, d'apparence si élémentaire, fonctionne avec une certaine subtilité : il ne condamne que l'outrage suffisamment grave et il ne consent à épauler le juge qu'en le conduisant sur une voie étroite et en ne lui octroyant pas de pouvoirs manifestement excessifs. À l'aube, peut-être, d'un droit algorithmique, le standard pérennise une justice humaine, une justice qui ne se laisse justement pas *standardiser*, qui parle avec les mots du justiciable, les mots des valeurs éternelles qui fédèrent les Hommes dans l'espace et le temps.

Aristote avait placé au premier rang des vertus vivantes la *phronesis* – la sagesse pratique –. La langue française traduit le concept par les deux termes de prudence et de sagacité formant un couple indissociable : la vertu de la prudence ne s'acquiert véritablement que par l'expérience, la confrontation avec le réel. Aussi est-ce l'épreuve des faits qui dicte la mesure juste aux valeurs – et non l'inverse – en impulsant concrètement le passage à l'acte. C'est bien en ce sens qu'opère le standard, porte-étendard sans doute perfectible, mais significativement vertueux, d'un droit vivant.





## BIBLIOGRAPHIE

---

### I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS ET TRAITÉS

ANCEL P., *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022.

ANDRIEU L., THOMASSIN N., *Cours de droit des obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Gualino, 2022.

AUBERT J.-L., DUTILLEUL F., *Le contrat, droit des obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017.

AUBERT J.-L., FLOUR J., SAVAUX E.,

◇ *Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, 17<sup>e</sup> éd., Sirey, 2022.

◇ *Droit civil, Les obligations*, t. III. *Le rapport d'obligation*, 10<sup>e</sup> éd., Sirey, 2022.

◇ *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 18<sup>e</sup> éd., Sirey, 2020.

AUBRY C., RAU C., *Cours de droit civil français*, t. IV, 1942.

BENABENT A., *Droit des obligations*, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2021.

BERGEL J.-L., CIMAMONTI S., ROUX J.-M., TRANCHANT L., *Traité de droit civil, Les biens*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012.

BLANC N., LATINA M., MAZEAUD D., *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022.

BOFFA R., *Droit civil*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022.

BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, 18<sup>e</sup> éd., Sirey, 2022.

CABRILLAC R., *Droit des obligations*, 15<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022.

CAPITANT H., *Introduction à l'étude du droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., Paris-Pedone, 1929.

CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I et II, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015.

CARBONNIER J., *Droit civil*, t. II, *Les Biens, les Obligations*, PUF, 2017.

CHANTEPIE G., LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018.

CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018.

**CORNU G.**,

◇ *Linguistique juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005.

◇ *Droit civil, Introduction – Les personnes - Les biens*, 12<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2005.

**DELEBECQUE PH., COLLART DUTILLEUL F.**, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2019.

**DEMOGUE R.**, *Les notions fondamentales du droit privé*, Dalloz, 2011.

**DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M.**, *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018.

**DISSAUX N., JAMIN C.**, *Réforme du droit des obligations, du régime général de la preuve des obligations, commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016.

**DRUFFIN-BRICCA S., HENRY L.-C.**, *Introduction générale au droit*, 16<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022.

**DROSS W.**, *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2020.

**FABRE MAGNAN M.**,

◇ *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, t. I, 6<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 2021.

◇ *Le droit des contrats*, PUF, « Que sais-je ? », 2018.

**FAGES B.**, *Droit des obligations*, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2021.

**FENOUILLET D., MALINVAUD P., MEKKI M.**, *Droit des obligations*, 15<sup>e</sup> éd., Lexisnexis, 2019.

**GAUDEMET J.**, *Le droit privé romain*, Armand Colin, 1974.

**GHESTIN J., BARBIER H.**, *Traité de droit civil, Introduction générale*, t. I, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020.

**GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M.**,

◇ *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. I : *Le contrat, le consentement*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013.

◇ *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. II : *L'objet et la cause. Les nullités*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013.

**HOUTCIEFF D.**, *Droit des contrats*, 7<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2022.

**JOSSERAND.**, *Cours de droit civil positif français*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1933.

**LARROUMET C.**, *Droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 6<sup>e</sup> éd., Economica, 2007.

**LARROUMET C., BROS S.**, *Les obligations*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 10<sup>e</sup> éd., Economica, 2021.

**LE TOURNEAU P.**, (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022.

**MAINGUY D.**, *Contrats spéciaux*, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022.

**MALAURIE P., AYNES L., GAUTIER P.-Y.**, *Droit des contrats spéciaux*, 12<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022.

**MALAURIE PH., AYNES L., STOFFEL-MUNCK PH.**,

◇ *Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022.

◇ *Cours de droit civil, Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2011.

**MALINVAUD P., MEKKI M., SEUBE J.-B.**, *Droit des obligations*, 16<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2021.

**MARTY G., RAYNAUD P.**, *Droit civil*, t. II, vol. I, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1988.

**MAZEAUD H., L., et J., CHABAS F.**, *Leçon de droit civil*, t. II, *Obligations théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1998.

**PLANIOL M.**, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1906.

**PLANIOL M., RIPERT G.**, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1952.

**PORCHY-SIMON S.**, *Les obligations*, 15<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022.

**RABU G.**, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Ellipses, 2019.

**RENAULT-BRAHINSKY C.**, *L'essentiel de la réforme du droit des obligations*, Gualino, 2018.

**ROUBIER P.**, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2<sup>e</sup> éd., Recueil Sirey, 1951.

**SERIAUX A.**,

◇ *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1998.

◇ *Manuel de droit des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., PUF, 2020.

**TERRÉ F., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015.

**TERRÉ F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., CHENEDE F.**, *Droit civil, Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022.

**TERRE F., MOLFESSIS N.**, *Introduction générale au droit*, 14<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022.

**ZENATI-CASTAING F., REVET TH.**, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale, Quasi-contrats*, PUF, 2014.



## II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

### A. OUVRAGES SPÉCIAUX

**AARNIO A.**, *Le rationnel comme raisonnable : La Justification en droit*, LGDJ, Montchrestien, La pensée juridique, 1992.

**AGNOUX F.**, *La notion de l'intérêt de l'enfant. La convention internationale des droits de l'enfant*, Août 2009.

**AMSELEK P.**, *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012.

**ANGENOT M.**, *Le rationnel et le raisonnable, sur un distinguo de Chaim Perelman*, Discours social, vol. 42, 2012.

**ATIAS C.**,

◇ *Questions et réponses en droit*, PUF, 2009.

◇ *Philosophie du droit*, PUF, 1999.

**ATYIAH V.-P.-S.**, *An introduction to the law of contract*, 4<sup>e</sup> éd., Clarendon Law Series, 1989.

**BATIFFOL H.**, *La philosophie du droit*, PUF, 1960.

**BECCARIA C.**, *Des délits et des peines*, Livourne, 1764.

**BERGEL J.-L.**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1985.

**BEUDANT.**, *Cours de droit civil français*, t. VIII, vol. I, 2<sup>e</sup> éd., Rousseau, 1936.

**BONFILS P., GOUTTOIRE A.**, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2008.

**BOURCIER D.**, *La décision artificielle : le droit, la machine et l'humain*, PUF, 1995.

**BROUSSEAU R.**, *L'économie des contrats, Technologie de l'information et coordination interentreprises*, PUF, 1993.

**CAPITANT H.**,

◇ *De la cause des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1927.

◇ *L'illicite, t. I, L'impératif juridique*, 1929.

**CARBONNIER J.**,

◇ *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd., Defrénois, 1995.

◇ *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1998.

◇ *Sociologie juridique. Le procès et le jugement*, Cours ronéotypé par l'Association corporative des étudiants en droit, 1961-1962.

**CHÉNEDÉ F.**, *De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité*, Dalloz, 2012.

**COLLINET M.**, *L'équité et la bonne foi dans les obligations, Répétitions écrites de Pandectes*, Cours D.E.S. Droit Romain, Histoire du droit, Paris, 1934.

**CRUET J.**, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908.

**DABIN J.**, *La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans les rapports de droit privé*, Sirey, 1929.

**DE BECHILLON D.**, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

**DEMOGUE R.**,

◇ *Les notions fondamentales du droit privé*, Dalloz, 2011.

◇ *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Rousseau, 1931.

**DE PAGE H.**, *À propos du gouvernement des juges, l'équité en face du droit*, Sirey, Bruylant, 1931.

**DEL VECCHIO G.**, *Les principes généraux du droit*, Paris, 1925.

**DELMAS-MARTY M.**, *Pour un droit commun*, Le Seuil, 1994.

**DOMAT.**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, éd. Pépié, 1701.

**DUMONT L.**, *Homo aequalis I, Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, Galimard, 1977.

**FABREGUETTES M.P.**, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1926.

**FAUVARQUE-COSSON B.** (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Droit privé comparé et européen, vol. 4, 2007.

**FENET A.**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836.

**FOUILLÉE A.**, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880.

**GAVAZZI G.**, *Norme primaire et norme secondaire*, G. Giappichelli, 1967.

**GENY F.**,

◇ *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, A. Chevalier-Marescq & Cie, 1899.

◇ *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Sirey, 1914.

**GHESTIN J.**,

◇ *Cause de l'engagement et la validité du contrat*, LGDJ, 2006.

◇ *La formation du contrat*, *Traité de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993.

◇ *Les effets du contrat*, *Traité de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1994.

- GOLTZBERG S.**, *Les sources du droit*, PUF, « Que sais-je ? », 2018.
- GOYARD-FABRE S.**, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992.
- HARRAY S.**, *Richard A. Posner, l'analyse économique du droit*, Michalon, 2003.
- HART H.-L.-A.**, *The concept of Law*, Clarendon Law Series, 1967.
- HASSEMER W.**, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, Heymann, 1968.
- HAURIOU M.**, *Principes du droit public*, 1<sup>re</sup> éd., Dalloz, 1910.
- KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962.
- LACROIX A.**, *La raison, Platon, Aristote, Kant, Heidegger*, Armand Colin, 2005
- LAMBOTTE C.**, *Technique législative et codification*, Story Scientia, 1988.
- LENOBLE J., OST F.**, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980.
- LIBCHABER R.**, *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013.
- LONG M.**, *Avant-propos*, EDCE 1988.
- L'ABBE DE CONDILLAC M.**, *La logique ou les premiers développements de l'art de penser*, An III.
- MACKAAY E., ROUSSEAU S.**, *Analyse économique du droit*, LGDJ, 2008.
- MALAURIE PH.**, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 1996.
- MAZEAUD H., MAZEAUD L., TUNC A.**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, LGDJ, 2013.
- MOOR P.**, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005.
- OGIEN R.**, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine : et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Paris, Grasset, 2011.
- OPPETIT B.**,
- ◇ *Droit et modernité*, PUF, 1998.
  - ◇ *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, Précis, 1999.
- PERELMAN C.**,
- ◇ *L'empire rhétorique*, Librairie philosophique VRIN J., 2<sup>e</sup> éd., 2002.
  - ◇ *Droit moral et philosophie*, LGDJ, 1976.

- ◇ *Éthique et droit*, Bruxelles, LGDJ, 2011.
- ◇ *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, 1984.

**PERELMAN C., VANDER ELST R.**, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

**PORTALIS J.-E.-M.**, *Écrits et discours juridiques et philosophiques*, PUAM, 1988.

**POSNER R.-A.**,

- ◇ *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995.
- ◇ *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1983.

**MACKAAY E., ROUSSEAU S., LARROUCHE P., PARENT A.**, *Analyse économique du droit*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021.

**MOTULSKY H.**, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 2002.

**POUND R.**, *An introduction to the Philosophy of Law*, New Haven: Yale university Press, 1955.

**RABAULT H.**, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris, L'Harmattan, 2000.

**RADI Y.**, *La standardisation et le droit international : Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruylant, 2013.

**RANOUIL V.**, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*. Travaux et recherches de l'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, t. XVI, PUF, 1980.

**RIGAUX FR.**, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966.

**RIPERT G.**,

- ◇ *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.
- ◇ *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.
- ◇ *Revue critique de la législation et de jurisprudence*, LGDJ, 1909.

**ROCHFELD J.**, *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2022.

**RUDDEN B.**, *The new river. A legal history*, Clarendon Press, 1985.

**SÉRIAUX A.**, *Le droit comme langage*, Lexis-Nexis, 2020.

**TIMSIT G.**,

- ◇ *Les figures du jugement*, PUF, 1993.
- ◇ *Archipel de la norme*, PUF, 1997.

**TOURRE P. A.**, *La légistique*, L'Harmattan, 2018.

**TROPPER M.**, *La philosophie du droit*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, « *Que sais-je ?* », 2011.

**VILLEY M.**,

- ◇ *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003.
- ◇ *Réflexions sur la philosophie et le droit, Les Carnets*, PUF, 1995.

**VON IHERING R.**, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenacre, Paris, 1886-1888, Reproduction Anastatique Bologna.

**ZENATI F.**, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991.

## B. THÈSES ET MONOGRAPHIES

**AL SANHOURY A.-A.**, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise*, Lyon, Marcel Giard, 1925.

**ALBIGES C.**, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000.

**AMSELEK P.**, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964.

**ANCEL M.**, *La « common law » d'Angleterre*, Paris, 1927.

**AZER-ZOUARI M.**, *Le principe de bonne foi en droit international de l'investissement*, Carthage, 2018.

**BARBIERI J.-J.**, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, Toulouse, 1981.

**BECQUART J.**, *Les mots à sens multiples en droit civil français, Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, Lille, 1928.

**BEIGNIER B.**, *La sécurité juridique*, Défrénois, Tome 35, 2009, n° 127 et s.

**BELAID S.**, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974.

**BERNARD E.**, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, 2009.

**BERTHIAUD D.**, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, 1999.

**BERRADA S.**, *Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire*, Bordeaux, 2003.

**BONNEL G.**, *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, Limoges, 2005.

**BOUMGHAR M.**, *Une approche de la notion de principe dans le système de la convention européenne des droits de l'homme*, A. Pedone, 2010.

**BRICKS H.**, *Les clauses abusives*, LGDJ, 1982

- BRUNET CH.**, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Paris, 1973.
- CALMES S.**, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001.
- CASTETS-RENARD C.**, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003.
- CHASSAGNARD S.**, *La notion de normalité en droit privé français*, Toulouse I, 2000.
- CHAUDOUET S.**, *Le déséquilibre significatif*, Montpellier, 2018.
- CHIREZ A.**, *De la confiance en droit contractuel*, Nice, 1977.
- COET P.**, *Les notions-cadres dans le Code civil, études des lacunes intra legem*, Paris II, 1985.
- CORNU-THÉNARD N.**, *La notion de fait dans la jurisprudence classique, étude sur les principes et la distinction entre fait et droit*, Paris II, 2011.
- COULANGE P.**, *Analyse économique de la production du droit*, Aix-Marseille, 1990.
- COURDIER A.-S.**, *Le solidarisme contractuel*, Lexis-Nexis, 2006.
- DANIS-FATÔME A.**, *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004.
- DARMAISIN S.**, *Le contrat moral, contribution à l'étude de la règle morale dans les obligations civiles*, Paris II, 1998.
- DEJEAN DE LA BATIE N.**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit français*, LGDJ, 1965.
- DELOBEL C.**, *L'unilatéralisme en droit des contrats, essai de rationalisation*, Nice, 2011.
- DESGORCES R.**, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, Paris II, 1992.
- DUBISSON M.**, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1958.
- DUMORTIER T.**, *L'ordre public : Essai sur quelques usages contemporains d'un standard classique*, Paris X, 2010.
- DUONG L.-M.**, *La notion de raisonnable en droit économique*, thèse, Nice, 2004
- DREANO M.**, *La non-discrimination en droit des contrats*, LGDJ, 2018.
- DUPONT N.**, *L'objectivation en droit privé*, Paris X, 2008.
- DUPUIS B.**, *La notion d'intérêt social*, Paris XIII, 2001.

**DURANCEAU J.**, *Analyse critique de trois conceptions de l'objectivité des valeurs dans la perspective du réalisme de John Searl*, Montréal, 2018.

**DRAPIER S.**, *Les contrats imparfaits*, Université Aix-Marseille, 2001.

**EDEL V.**, *La confiance en droit des contrats*, thèse, Montpellier 1, 2006.

**FABRE-MAGNAN M.**, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992.

**FAGES B.**, *Le comportement du contractant*, Aix-Marseille, PUAM, 1997.

**FAURE-ABBAD M.**, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle : contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2003.

**FIN-LANGER L.**, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002.

**FISCHER J.**, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004.

**FRELETEAU B.**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, Université de Bordeaux, 2015.

**GENICON T.**, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007.

**GERRY-VERNIÈRES S.**, *Les « petites » sources du droit, à propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, Recherches juridiques, 2012.

**GIAUME C.**, *La protection du consommateur contre les clauses abusives*, Nice, 1989.

**GORPHE F.**, *Le Principe de la Bonne foi*, LGDJ, 1928.

**GOYARD-FABRE S.**, *Essai de critique phénoménologique du droit*, éd., Klincksieck, 1972.

**GRAS N.**, *Essai sur les clauses contractuelles*, Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2014.

**GUERLIN G.**, *L'attente légitime du contractant*, Université Picardie Jules Verne, 2008.

**GUIOMARD F.**, *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, Paris X, 2000.

**HADJ-AISSA H.**, *Contribution critique à l'étude du déséquilibre significatif au sens de l'article L 442-1 du Code de commerce*, Université de Lorraine, 2019.

**HELLERINGER G.**, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, LGDJ, 2012.

**HOUTCIEFF D.**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

**HUFTEAU Y.-L.**, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965.

**JABBOUR R.**, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 2016.

**JACQUES PH.**, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005.

**JACOMINO F.**, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, Nice, 2020.

**JALUZOT B.**, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, 2001.

**JARROSSON C.**, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987.

**JOUET G.**, *L'évolution de l'idée d'égalité dans le droit public français*, Paris, 1909.

**KARIMI A.**, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, 2001.

**KERNALEGUEN FR.**, *L'extension du rôle des juges de cassation*, Rennes, 1979.

**KOLB R.**, *La bonne foi en droit international public : Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Graduate Institute Publications, 2000.

**LAGELLE A.**, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, Nice, 2012,

**LARDEUX G.**, *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011.

**LASSERRE-KIESOW V.**, *La Technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, 2002.

**LATINA M.**, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, 2009.

**LE BARS TH.**, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1997.

**LE GAC-PECH S.**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.

**LEMAY P.**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare & Martin, 2014.

**LITTY O.**, *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésions usuels*, Paris, LGDJ, 1999.

**LOUIS-CAPORAL D.**, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, Montpellier I, 2014.

**MALLEN G.**, *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence, analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L'Harmattan, 2014.



**MARTIN M.**, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, PUAM, 2012.

**MAURY J.**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Toulouse, 1922.

**MARTY G.**, *La distinction du fait et du droit : essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Sirey, 1929.

**MARTY R.**, *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, Paris II, 1995.

**MAZEAUD D.**, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992.

**MOLTUSKY H.**, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948.

**MONTOIR C.**, *Les principes supérieurs du droit pénal des mineurs délinquants*, Université Panthéon-Assas, 2014.

**MOUIAL-BASSILANA E.**, *Le renouveau de la cause en droit des contrats. Essai de mise en lumière d'une conception objective du contrat*, Nice, 2003.

**MOULY-GUILLEMAUD C.**, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, 2006.

**MORIN E.**, *La méthode, III, La connaissance de la connaissance*, Points Seuil, 1986.

**MUSSON V.**, *La modération en droit privé des contrats*, Nice, 2006.

**NOBLOT C.**, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ, 2002.

**PAULIN C.**, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996.

**PASCAL J.**, *Les perspectives d'évolution du droit de la filiation en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant*, Le petit juriste, 2019.

**PEGLION-ZIKA C.-M.**, *La notion de clause abusive : au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, Paris II, 2013.

**PELGRIN K.**, *Le contentieux de la fin de contrat : un droit à la recherche d'un nouvel équilibre contractuel*, Nice, 2007.

**PICOD Y.**, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989.

**PHILIPPE D.-M.**, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant, 1986.

**RADI Y.**, *Standardisation et droit international*, Bruylant, 2013.

- RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H.**, *Le raisonnable en droit des contrats*, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2009.
- RIALS S.**, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980.
- ROCHFELD J.**, *Cause et type de contrats*, LGDJ, 1999.
- SAUPHANOR N.**, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris I, 1998.
- SAVAUX E.**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, LGDJ, 1997.
- STARK B.**, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, LGDJ, 1995.
- STATI O.-M.**, *Le standard juridique*, L. Chauny et L. Quinsac, 1927.
- STOFFEL-MUNCK M.**, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.
- STOFFEL-MUNCK M.**, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, Mémoire, PUAM, 1994.
- THIRION J.**, *L'avènement de l'equity comme source du droit*, Strasbourg, 1993.
- THOMAS V.**, *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, Paris II, 1976.
- TISSEYRE S.**, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012.
- VINEY G.**, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, LGDJ, 1965.
- VOLANSKY A.**, *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, LGDJ, 1930.
- VOUIN R.-FM.**, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939.
- WEILL A.**, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Thèse Strasbourg, 1938.
- ZOLLER E.**, *La bonne foi en droit international public*, Éd A. Pedone, Paris, 1977.

### III. ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

**AARNIO A.**, « Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit », *RIDC* 1994, vol. 46, n° 3, p. 945.

**ALEXY R.**, « The construction of Constitutional Rights », *RFDC* 2012/3, n° 91, pp. 465-477.

**ALPA G.**, « Les principes directeurs dans les avant-projets de réforme européens », *RDC* 2013, n° 1, p. 431.

**AMSELEK P.**,

◇ « Éléments pour une mythologie juridique de notre temps », *RRJ* 1980.

◇ « La teneur indéterminée du droit », Texte issu d'un rapport présenté au Colloque sur « Le doute et le droit » Organisé à la Cour d'appel de Paris le 12 avril 1991 par l'institut de formation Continue au Barreau de Paris.

◇ « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *RRJ* 1999, p. 37.

**ANCEL B.**, « L'intérêt de l'enfant, entre paternalisme et autonomie », *LPA* 2014, n° 62, p. 6.

**ANCEL P.**,

◇ « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999.

◇ « Les sanctions de l'inexécution contractuelle dans le projet de réforme français », in BRUN PH., *Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaison franco-argentines*, Dalloz, 2015, pp. 95-108.

**ANDRÉ-VINCENT PH.**, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », *APD* 1972, t. XVII, L'interprétation dans le droit, p. 138.

**ANDRIEU T.**, « La réforme du droit des contrats ratifiée : la cohérence et la sécurité juridique préservées », *Gaz. pal.* 2018, n° 2 p. 13

**ANDRIEUX A.**, « La codification de la violence dépendance : une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *LPA* 2016, n° 167, p. 6.

**ANGENOT M.**, « Le rationnel et le raisonnable, sur un distinguo de Chaïm Perelman », *Discours social*, vol. 42, 2012, p. 6.

**ARNAUD A.-J.**, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques » *Droit et société* 1997, n° 35, pp. 11-35.

**ARSAC-RIBEYROLLES A.**, « L'abus à la baisse dans la fixation du prix », *LPA* 2006, n° 20, p. 10.

**ATIAS C.**, « Le crise de la motivation judiciaire », *in Cycles de conférences « Droit et Technique de cassation »*, 17 mai 2005, Consultable sur le site de la Cour.

**ATIAS C., LINOTTE D.**, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, p. 251.

**AUBREE Y.**, « Contrat de travail : clauses particulières », *Rep. trav.* 2017, actu. 2018, n° 179.

**AUBRY H.**, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC* 2005-3, p. 639.

**AUQUE F.**, « Retour du juge par la loi ? », *AJDI* 2016, p. 184.

**AUTIN J.-L.**, « L'usage de la régulation en droit public », *in* MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1995, p. 43.

**AVERSENG C.**, « Comment structurer la complexité sans renoncer à l'exhaustivité thématique d'un état de l'art en sciences de gestion ? », *Management & Avenir* 2011, n° 41, n° 1, p. 369.

**AYNES A.**, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *Dr. et Patr.* 2016. 49 s, spéc. p. 50.

**AYNES L.**,

◇ « Le devoir de renégocier », *RJ com.* 1999, n° spécial, p. 11.

◇ « La cause inutile et dangereuse », *Dr. et patr.* oct. 2014, n° 240, p. 40.

◇ « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC* 2016, n° 112, p. 14.

**BAHUREL C.**, « le standard du raisonnable », *RDA* 2014, n° 9, p. 60.

**BAILLY-MASSON C.**, « L'intérêt social, une notion fondamentale », *LPA* 2000, n° 224, p. 6.

**BALAT N.**, « Forclusion et prescription », *RTD civ.* 2016, p. 751.

**BARBIER H.**,

◇ « La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de « l'équilibre général du contrat », *RTD civ.* 2016, p. 614.

◇ « La violence par abus de dépendance », *JCP* 2016, 421.

◇ « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247.

◇ « De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège des contreparties en tout genre », *RTD civ.* 2018, p. 102.

◇ « Contrat conclu par un dirigeant décédé : nullité relative... et pourquoi pas absolue ? », *RTD civ.* 2016, p. 105.

◇ « Le juge des référés peut-il réviser l'équilibre du contrat ? », *RTD civ.* 2022, p. 126.

**BARRAL O.**, « Le juge cet artisan du réel », *Entretien avec Odile Barral, Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les valeurs du magistrat*, p. 113.

**BARRAUD B.**, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », *RRJ* 2016-4, n° 164.

**BATIFFOL H.**, « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35.

**BEHAR-TOUCHAIS M.**,

◇ « Les autres moyens d'appréhender les contradictions légitimes en droit des contrats », in BEHAR-TOUCHAIS M. (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université de Paris V le 13 janvier 2000*, Economica, p. 85.

◇ « Le réveil de la belle au bois dormant : à propos de l'abus dans la fixation du prix », *RDC* 2015, n° 2, p. 293.

**BEIGNIER B.**, « Nouvelle protection des époux et des partenaires envers la solidarité en cas d'emprunts », *Dr. Fam.* 2014, n° 56.

**BELORGEY J.-M.**, « De la mesure dans l'action publique : vertus, limites et paradoxes d'un principe juridique », *Rev. admin.* p. 122.

**BERGEL J.-L.**,

◇ « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *RRJ* 1988-4, p. 809.

◇ « Différence de nature (égale) différence de régime », *APD* 1966, p. 255.

◇ « Propos conclusifs », *RRJ* 2012-5, hors-série n° 26, p. 2287.

**BERNARD-MAUGIRON N.**, **DUPRET B.**, « L'ordre public et le référent islamique. Usages d'un standard juridique en contextes européen et nord-africain », *Les Cahiers de la Justice*, 2013, vol. 3, p. 153.

**BERNS T.**, « Quel modèle théologique pour le politique chez Bodin ? », in *Les origines théologico-politiques de l'humanisme européen*, Bruxelles, Ousia.

**BICHERON F.**, « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. pal.* 2015, n° 120, p. 24.

**BILLIER J.-C.**, « Les valeurs morales : la neutralité libérale par-delà le relativisme », *Informations sociales, Caisse nationale d'allocations familiales* 2006/8, n° 136, p. 20.

**BLANC N.**,

◇ « Les standards en droit d'auteur », *RDA* 2014, n° 9, p. 80.

◇ « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, n° 113, p. 394.

◇ « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC* 2019, n° 02, p. 155.

**BLONDEL M.**, « La bonne foi en droit des sûretés », *LPA* avril 2022, n° 4, p. 11.

**BLONDEL PH.**, « Le fait source de droit », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Dray*, Dalloz, 2000, pp. 203-224.

**BOCCARA B.**, « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire », *JCP* 1975, 2742, n° 19.

**BOFFA R.**, « La validité du contrat », Dossier : « Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : parfaire sans défaire », *Gaz pal.* 2015, n° 120, p. 18.

**BOFFA R., MEKKI M.**, « Droit des contrats », *D.* 2022, p. 310.

**BONICCO-DONATO C.**, « La question des normes chez Hume » in FRIDMAN B. (dir.), VAN WAEYENBERGE A. (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs (de Hume aux rankings)*, Bruylant, 2014, p. 282.

**BOUCHER V., BOURGEOIS-MACHUREAU B.**, « Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs », *AJDA* 2008, p. 575.

**BOUDON R.**, « À propos du relativisme des valeurs : retour sur quelques intuitions majeures de Tocqueville, Durkheim et Weber », *Revue française de sociologie* 2006, vol. 47, n° 4, p. 877.

**BOUIX C.**, « Les notions indéterminées, entre adaptation et sécurité », in NICOD M. (dir.), *Les rythmes de production du droit*, PUT 1 Capitole, 2016, pp. 271-291.

**BOULANGER J.**, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Études Ripert : le droit privé français au milieu du XXe siècle*, t. I, 1950, p. 51.

**BOURASSIN M.**, « L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats », *LPA* 2016, n° 122, p. 9.

**BOURCIER D., TAUZIAC V.**, « Rapport final du standard technique à la norme juridique, impacts et enjeux, Mission de recherche droit et justice », Paris, *Mission de recherche Droit et justice*, 1995.

**BOURDIEU P.**, « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes*, Gallimard, 1973, pp. 1292-1309.

**BRAIBANT M.**, « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, p. 297.

**BROCHIER E.**, « Le point de vue de l'avocat sur le nouveau droit des obligations après ratification », in « le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 (Paris, 7 juin 2018) », *RDC* 2018, n° hors-série, p. 37.

**BROS S.**, « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *RDC* 2015, n° 03, p. 761.

**BROUSSEAU E.**, « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises », in RAVIX J.-L. (dir.), *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, éd CNRS, 1996, p. 23.

**BRUNET P.**, « À quoi sert la théorie des principes généraux du droit » in *Les principes en droit*, Economica, 2007, pp. 175- 187.

**CABRILLAC R.**, « Article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015, p. 772.

**CADIET L.**,

◇ « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, pp. 177-199.

◇ « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », *Mélange Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 42.

**CALAIS-AULOY M.-T.**, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA* 1999, n° 157.

**CALABRESI G.**, « Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », *Yale Law Journal* 1961, vol. 70, n° 4, p. 499.

**CAUDAL S.**, « Rapport introductif », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Études juridiques, Economica, 2008, p. 10.

**CARBONNIER J.**,

◇ « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in PERELMAN CH., VAN DER ELST. (dir.), *Les notions à contenu variable*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2013/04.

◇ « Le Code civil » in Nora P., (dir.), *Les lieux de mémoire*, III. La Nation, 2. Le territoire, l'État, le patrimoine, Gallimard, Paris, 1986, pp. 293-315, spéc. p. 305.

**CATTALANO-CLOAREC G.**, « Le déséquilibre significatif : l'intangibilité du contrat n'est plus, place à la justice contractuelle ! », *LEDC* 2016, n° 03, p. 6.

**CAVALIER B.**, « Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise. Quel avenir pour la théorie de l'imprévision ? », *RLDC* 2009/62, p. 53.

**CHABAAN R.**, « Les standards en droit de l'arbitrage », *RDA* 2014, n° 9, p. 85.

**CHAGNY M.**,

◇ « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJ Contrats d'affaire – Concurrence – Distribution* 2016, p. 115.

◇ « D'une exigence d'absence de déséquilibre significatif à un impératif d'équilibre ? », *RTD com.* 2018, p. 641.

**CHAIHLOUDJ W.**, « La lutte contre le déséquilibre dans les contrats de la propriété intellectuelle. Regards prospectifs après la réforme du droit civil des contrats », *RTD com.* 2017, p. 527.

**CHANTEPIE G.,**

- ◇ « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC* 2009, n° 3, p. 1233.
- ◇ « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », *AJ Contrats d'affaire – Concurrence – Distribution* 2015, p. 218.
- ◇ « Contrat : effets – Contenu du contrat », *Rép. civ.* 2018, n° 41, p. 72.

**CHANTEPIE G., LATINA M.,** « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.* 2018, p. 309.

**CHANTEPIE G. (dir.), LATINA M. (dir.), OHSAWA A. (dir.),** *Le renouveau du droit des obligations : perspectives franco-japonaises*, L'Harmattan, 2020.

**CHARPENTIER E.,** « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », in *Les Cahiers du droit*, vol 45, n° 1, 2004.

**CHASSAGNARD-PINET S.,**

- ◇ « Droit et normalité : appréhension et évaluation des comportements anormaux » in LAVENUE J.-J., VILLALBA B (dir.), *Vidéo-surveillance et détection automatique des comportements anormaux : Enjeux techniques et politiques*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2011, pp. 119-131.
- ◇ « Le vocabulaire », Dossier : « Le nouveau discours contractuel », *RDC* 2016, n° 113, p. 581.
- ◇ « La protection de la partie faible dans le nouveau droit des contrats français », in CHANTEPIE G. (dir.), LATINA M. (dir.), OHSAWA A. (dir.), *Le renouveau du droit des obligations : perspectives franco-japonaises*, L'Harmattan, 2020, pp.55-76.

**CHAZAL J-P.,**

- ◇ « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *APD* 2001, vol. 45, p. 303.
- ◇ « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin? », in JAMIN C., MAZEAUD D. (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 121.
- ◇ « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC* 2003, n° 1, p 27.
- ◇ « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, n° 1, p. 32.
- ◇ « Justice contractuelle », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1.
- ◇ « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats? », *D.* 2015, p. 673.

**CHÉNEDÉ F.,**

- ◇ « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015, n° 3, p. 655.
- ◇ « La cause est morte... vive la cause? », *CCC* 2016, étude 4.
- ◇ « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *AJ contrat* 2018, p. 25.

**CHÉROT J.-Y.,**

- ◇ « Paul Amselek et la normativité en droit », *RRJ Droit prospectif* 1999, n° 27.
- ◇ « L'analyse des concepts en droit, sur quatre thèses de Hart et quelques questions », *RRJ* 2012-5, n° hors-série, n° 26, p. 2273.



**CITOT V.**, « L'idée d'humanité, par-delà l'universalisme métaphysique et le relativisme nihiliste », *Le philosophe* 2009/1, n° 31 p. 89.

**CLAUDEL E.**, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? », *RTD com.* 2016, p. 460.

**COASE R.**, « The problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, vol. 3, n° 1, 1961.

**COLONNA D'ISTRIA F.**, « Le concept de concept juridique », *RRJ* 2012-5, n° hors-série, n° 26, p. 2243.

**CORNU L.**,

◇ « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires : rapport de synthèse », *RRJ* 1987, *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires*, n° 4, p. 1175.

◇ « Normalité, normalisation, normativité : pour une pédagogie critique et inventive », *Le Télémaque* 2009/2, n° 36, p. 29.

**COURET A., DONDERO B.**, « Le statut des dirigeants, le gouvernement d'entreprise, la RSE ; la notion d'intérêt social », *Plateforme France Université Numérique - Session mai-juin 2014*.

**CROTTET B.**, « De la constitutionnalité du caractère non négligeable de l'atteinte constituant un préjudice écologique réparable », *Gaz. Pal* 2021, n° 28, p. 30.

**CUBA D., DUGNE J.**, « L'abus de faiblesse », in *La réforme du droit des contrats*, 1<sup>re</sup> Journée Cambacérès, p. 233.

**DADOUN A.**, « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif dans les relations commerciales ? », *LPA* 2011, n° 73.

**DALE W.**, « L'utilisation des standards dans le système juridique anglais », *RRJ* 1988-4, p. 887.

**DANG A-T.**, « Monnaie, libéralisme et cohésion sociale. Autour de John Locke », *Rev. éco.* 1997, p. 761.

**DASUYAUX B.**, « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *LPA* 2005, n° 4, p. 3.

**DAVID R.**, « Discussion du rapport du Prof. TUNC A. sur « les standards et l'unification du droit », in *Livre du Centenaire de la société de législation comparée*, Paris, LGDJ, 1970, p. 135.

**DE CABARRUS C., GENICON T., MEYER L., DESHAYES O., VIGNEAU V.**, « L'office du juge et le contrat », *RDC* juin 2022, n° 2, p. 160.

**DE FONTMICHEL M.**, « La bonne foi dans l'arbitrage », *RDA* 2016, p. 104.

**DE LA MARNIERRE E.-S.**, « Clause pénale : indemnité forfaitaire, dédit et pouvoir du juge de modérer ou augmenter », *D.* 1990, p. 390.

**DELEBECQUE PH.**,

- ◇ « Les standards dans les droits romano-germaniques », *RRJ* 1988-4, p. 872.
- ◇ « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », *Gaz. pal.* 1997. 2. doct. 1184.
- ◇ « La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls », *D.* 1999, p. 115.
- ◇ « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », *LPA* 2000, n° 90, p. 22.

**DELEDALLE G.**, « Réflexions sur l'abstraction et la nature de l'abstrait. À propos de la philosophie de J. Laporte », *Revue Philosophique de Louvain* 1950, t. 48, n° 17, p. 72.

**DELMAS-MARTY M.**, « Cours : Un pluralisme ordonné », *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Leçon inaugurale prononcée le jeudi 20 mars 2003, Chirat, p. 475.

**DERATHE R.**, « La Philosophie des lumières en France, Raison et modération selon Montesquieu », *Revue internationale de philosophie*, vol. 6, n° 21, 1952, p. 275.

**DEROUSSIN D.**, « La bonne foi contractuelle (droit romain-xix<sup>e</sup> siècle) : esquisse d'une évolution », in OPHÈLE C., REMY P. (dir.), *Traditions savantes et codifications*, 2007, Faculté de droit de Poitiers, LGDJ, p. 83.

**DESCAMPS O.**, « L'esprit de l'article 1382 du code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *Droits*, vol. 41, n° 1, 2005, p. 91.

**DESHAYES O.**,

- ◇ « Précisions sur la nature et les fonctions de la règle de l'effet relatif des conventions », in *Études Geneviève Viney*, 2008, LGDJ, p. 333.
- ◇ « La formation des contrats », in « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? (Paris, 16 février 2016) », *RDC* 2016, n° hors-série, p. 21.
- ◇ « L'office du juge et le contrat », *RDC* juin 2022, n° 2, p. 160.

**DE SORBAY G.**, « L'attractivité du droit français des contrats : rêve ou réalité ? », <https://www.village-justice.com/articles/attractivite-droit-francais-des-contratsrevelite-Par-GillesSorbay,24019.html>

**DESPROCHES P.**, « Subjectivité et éthique dans la philosophie de Kierkegaard », 11 juin 2010 : <https://www.nonfiction.fr/article-3526-subjectivite-et-ethique-dans-la-philosophie-de-kierkegaard.htm>

**DEUMIER P.**, « Les motifs des motifs des arrêts de la Cour de cassation – Étude de travaux préparatoires », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz 2008, p. 125.

**DIATKINE D.**, « Hume et le libéralisme économique », *Cahiers d'économie Politique*, 1989, 16-17, p. 3.

**DIJON X.**, « Pour une transcendance de la bonne foi dans la légitimité du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 39, p. 167.

**DISSAUX N.**,

◇ « Les standards doctrinaux », *RDA 2014*, n° 9, p. 39.

◇ « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », *AJ Contrat 2017*, p. 10.

**DOLL P.J.**, « L'usure, le démarchage et la publicité en matière de prêt d'argent », *Gaz. pal 1967*, I, doctrine 99.

**DOURNAUX F.**, « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale », *RDC 2021*, n° 2, p. 8.

**DOUVILLE TH.**, « Constitutionnalité de la limitation de la réparation du préjudice écologique pur », *LEDA* avril. 2021, n°4, p. 3.

**DUBOIS C.**, « Pour les choses de peu, peu de droit... ou de la constitutionnalité du préjudice écologique », *Gaz. Pal 2021*, n° 15, p. 18.

**DURAND J.-P.**, « Code civil et droit canonique », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, p. 59.

**DRAI P.**,

◇ « Le délibéré et l'imagination du juge », Conférence prononcée lors d'une session de l'ENM, 22-26 octobre 1979.

◇ « Le juge civil et l'administration de la preuve » *APD 1986*, t. 30, p. 202.

**DRIGUEZ L.**, « Une brèche dans le rempart contractuel de la rémunération des salariés », *D. 2014*, p. 1628.

**DROSS W.**, « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ Droit prospectif*, n° spécial, *Cahier de méthodologie juridique* n° 26, 2012, p. 2234.

**DUHAIME L.**, « The Reasonable Man - Law's Ghost God », *Duhaime.org*, 2014 : <http://www.duhaime.org/LegalResources/TortPersonalInjury/LawArticle-1378/The-Reasonable-Man--Laws-Ghost-God.aspx>

**DUMORTIER T.**, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », *La Revue des droits de l'homme*, mis en ligne le 26 novembre 2013, consulté le 21 mars 2019 : <http://journals.openedition.org/revdh/189> ; DOI : 10.4000/revdh.189.

**DUONG L.**, « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », *RIDC 2008*, p. 701.

**DUPICHOT P.**, « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC 2013*, n° 1, p. 387.

**DURAND J.-P.**, « Code civil et droit canonique », *Pouvoirs 2003/4*, n° 107, p. 59.

**EID I.**, « Les enjeux de la réforme du Code civil et ses innovations », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 245.

**EISENMANN C.**, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et classifications en science juridique », *APD* 1966, p. 26.

**ETIENNEY A.**, « La durée de la prestation, ou le temps dans la satisfaction du créancier », *LPA* 2007, n° 44, p. 4.

**FABRE-MAGNAN M.**,

◇ « Avantages et inconvénients des principes directeurs », *RDC* 2012, n° 04, p. 1430.

◇ « Un projet à refaire », *RDC* 2016, n° 04, p. 782.

**FAES H.**, « Sens et valeur des droits de l'homme », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2011/2 (n° 264), p. 73.

**FAGES B.**,

◇ « La lutte contre les déséquilibres significatifs reçoit le renfort du Conseil constitutionnel », *RTD civ.* 2011, p. 121.

◇ « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018 », in « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 (Paris, 7 juin 2018) », *RDC* 2018, n° hors-série, p. 15.

**FAUVARQUE-COSSON B.**, « UNIDROIT, la CNUDCI et le droit international des contrats », *RDC* 2012, n° 4, p. 1355.

**FENOUILLET D.**,

◇ « Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016, n° 2, p. 358.

◇ « Les valeurs morales » Dossier : « Le nouveau discours contractuel », *RDC* 2016, n° 113, p. 589.

**FERCOT C.**, « Précision et droits de l'homme dans les ordres juridiques allemand et suisse », *La revue des droits de l'homme* 7/2015, mis en ligne le 16 juillet 2015, p. 1.

**FERNET M.**, « Contrats internationaux : de l'utilité des notions à contenu variable » : <https://consultation.avocat.fr/blog/marie-fernet/article-11303-contrats-internationaux-de-l-utilite-des-notions-a-contenu-variable.html>, juin 2016.

**FLAMENT L.**, « Le raisonnable en droit du travail », *D. soc.* 2007, p. 16.

**FLÜCKIGER A.**, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007.

**FONTAINE M.**,

◇ « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels », in GHESTIN J., FONTAINE M. (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, n° 2.

◇ « Les Principes UNIDROIT : expression de la pratique contractuelle actuelle ? », in « Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international – Réflexion sur leur utilisation dans l'arbitrage international », *Bull. Cour internationale d'arbitrage*, supplément spécial, CCI 2002, p. 101.

**FORSÉ M.**, et **PARODI M.**, « Justice distributive, la hiérarchie des principes selon les européens », *Revue de l'OFCE* 2006/3, n° 98, p. 213.

**FORTIER V.**,

◇ « La fonction normative des notions floues », *RRJ*, 1991-3, p. 756.

◇ « Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable », *JDI* 1996, p. 315.

**FRANCOIS C.**, « Présentation des articles 1188 à 1992 du nouveau chapitre III « l'interprétation du contrat », 2016.

**FRELAT-KAHN B.**, « Entre nature et contingence : de la normalité à la normativité », *Le Télémaque*, 2009, n° 39, p. 45.

**FREUND J.**, « Droit et politique. Essai de définition », *APD* 1971, p. 15.

**FRISON-ROCHE M.-A.**, « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », *LPA* 2000, n° 259, p. 4.

**FROMONT M.**, « Principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, p. 156.

**FROUIN J.-Y.**, « La notion de « faits justifiant la prise d'acte de la rupture » par le salarié aux torts de l'employeur », *Cah. soc.* n° 253/2013, p. 244.

**FULCHIRON H.**, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.

**GAUDEMET J.**, « Il diritto canonico nella storia cultura giuridica Europea » (1991), in *La Doctrine canonique médiévale*, Collected Studies Series CS435, Norfolk, Variorum, 1994, XVII, p. 3.

**GAUTIER P.-Y.**, « La hiérarchie inversée des modes de résolution es contrats », *Dr. et patr.* oct. 2014, p. 70.

**GAUTIER Y.**, « Ordre public », *Rép. eur.* août 2004, n° 1, p. 10.

**GAVINI C.**, « L'efficacité des normes, enquête en contrepoint », *FIP* 2006, p. 42.

**GÉNIAUT B.**, « La force normative des standards juridiques », in **THIEBERGE C.**, (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Lextenso éditions, Bruylant, 2009, pp. 183-197.

**GENICON T.,**

- ◇ « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats », in *La place du juriste face à la norme*, Assoc. Henri Capitant, t. XVI, Dalloz, 2012, pp. 85-133.
- ◇ « Contrat et protection de la confiance », *Actes du colloque de la journée franco/italienne* organisé à Bologne les 19 et 20 oct. 2012, *RDC* 2013, n° 1, p. 336.
- ◇ « Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », Dossier : « Réforme du droit des contrats, débat », *Dr. et Patr.* oct 2014, n° 240, p. 60.
- ◇ « Défense et illustration de la cause en droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015. p. 1551.
- ◇ « Résolution et résiliation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP* 2015, p. 1605.
- ◇ « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n° 4, p. 751.
- ◇ « L'office du juge et le contrat », *RDC* juin 2022, n° 2, p. 160.

**GERMAIN D.**, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010-3, n° 3, p. 599.

**GERRY-VERNIÈRES S.**, « Préjudice écologique : conformité à la Constitution de la protection contre les seules atteintes non négligeables », *Gaz. Pal* 2021, n° 15, p. 28.

**GHESTIN J.,**

- ◇ « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p. 1.
- ◇ « Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. éco. Ind.* 2000, n° 92, p. 81.

**GJIDARA-DECAIX S.**, « Appréciation de la bonne foi du débiteur et pouvoir souverain des juges du fonds », *Rev. Procédures collectives* 2020, n° 5, comm. 115.

**GOEBLE J.-P.**, « Rules and standards: a critique of two critical theorists », *Duquesne Law Review*, vol. 31, n° 1, art. 4, 1992, p. 51.

**GOUBINAT M.**, « L'édiction de principes généraux, quel intérêt ? », *LPA* 2013, n° 256, p. 13.

**GOYARD-FABRE S.**, « De l'idée de la norme à la science des normes : Kant et Kelsen », in AMSELEK P., (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, p. 220.

**GRIMALDI C.,**

- ◇ « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon », *D.* 2016. p. 1009.
- ◇ « Une clause pénale peut-elle seulement créer un déséquilibre significatif? », *LEDICO* 2017, n° 11, p. 3.

**GROSSER P.**, « L'exécution forcée en nature », *AJ Contrats d'affaire – Concurrence – Distribution* 2016, p. 119.

**GUASTINI R.,**

- ◇ « Lex superior, Pour une théorie des hiérarchies normatives », *Revus* 2013/21, pp. 47-55, spéc. p. 47.
- ◇ « Gerarchie normative », *Revus* 2013/21, pp. 57-70.
- ◇ « Les principes de droit en tant que source de perplexité juridique », in Caudal s. (dir.), *Les principes en droit, Études juridiques, Economica*, 2008, p. 113.

**GUINCHARD S.**, « Les solutions d'organisation procédurale », *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, p. 52.

**HAID F.**, « Le langage des concepts législatifs », *RRJ* 2012-5, n° hors-série n° 26, p. 2187.

**HARANG L.**, « Engagement et valeurs morales », *Sens-Dessous* 2006/1, n° 0, p. 77.

**HAURIOU M.**, « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926, p. 265.

**HAUSER J.**, « Domicile du mineur : du fait et du droit », *RTD civ.* 1992, p. 48.

**HAUTEREAU-BOUTONNET M.**, « La bonne foi en droit de l'environnement », *RDA* 2016, p. 75.

**HEINICH J.**, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, n° 03, p. 521.

**HENAFF P.**, « L'unité des notions-cadre », *JCP* 2005, n° 48, doct. 189.

**HENRY X.**, « Clauses abusives dans les contrats commerciaux : états des lieux dix ans après », *AJ Contrat* 2018, p. 370.

**HERMITTE V.-M.-A.**, « le rôle des concepts mous dans les techniques de déjudiciarisation », *APD* 1985, p. 331.

**HERVIO-LELONG A.**, « Le bref délai de l'article 1648 : chron. d'une mort annoncée », *D.* 2002, p. 2069.

**HILGER G.**, « La règle d'or et l'équilibre contractuel », *LPA* 2019, n° 06, p. 221.

**HONTEBEYRIE A.**, « Article 1167, la contrepartie illusoire ou dérisoire », *RDC* 2015, n° 3, p. 757.

**HOUTCIEFF D.,**

- ◇ « Par la loi, mais au-delà de la loi », *AJ Contrats* 2017, p. 175.
- ◇ « La contrepartie convenue n'est-elle que la cause de l'obligation en pire », *Gaz Pal janv.* 2018, n° 1, p. 32.
- ◇ « De la subjectivation de la proportionnalité du cautionnement », *Sociétés* 2020, n° 5, p. 293.
- ◇ « Pour un retour aux bonnes mœurs », *RTD civ.* 2021, p. 757.

- ◇ « Devoir de mise en garde du banquier : l'appréciation mesurée du risque d'endettement excessif », *RTD civ.* 2021, p. 434.
- ◇ « La mise en œuvre du bénéfice de disproportion : en attendant la réforme », *Sociétés* 2021, n° 7, p. 497.
- ◇ « L'appréciation subjective de la disproportion manifeste », *Sociétés* 2021, p. 50.
- ◇ « L'harmonie des textes est une fin en soi », *Gaz. pal.* 2022, n° 16, p. 5.
- ◇ « La violence économique régénérée », *Gaz. pal.* 2022, n° 16, p. 4.

**HUGLO J-G.**, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers du conseil constitutionnel*, 2001, n° 11. Consultable sur le site du Conseil.

**HUYGUES F.B.**, « Confiance et économie », *Le site de François-Bernard Huygues*, 11 janvier 2011 : [https://www.huyghe.fr/actu\\_868.htm](https://www.huyghe.fr/actu_868.htm)

**JACKIEWICZ A.**, « Études sur l'évaluation axiologique : présentation », *Langue française* 2014/4, n° 184, p. 126.

**JACQUINOT N.**, « La constitutionnalisation de la solidarité » in HECQUARD-THÉRON M. (dir.), *Solidarité(s) : perspectives juridiques*, PUT 1 Captiole, p. 101.

**JACOB J.-B.**, « De la normativité de la valeur en droit » *Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les valeurs du magistrat*, p. 45.

**JAOUEN M.**, « Le jeu des standards en matière contractuelle : Variation sur le contrôle des clauses abusives dans les contrats standardisés », *RDA* 2014, n° 9, p. 66.

**JAUFFRET-SPINOSI C.**, « Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes » in GRUNDMANN S., MAZEAUD D., (dir.), *General clauses and Standards in European Contract law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 36.

**JARROSSON C.**, « La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales », in (COLL.) *L'éthique dans les relations économiques internationales, en hommage à Philippe Fouchard*, 2006, Pedone, p. 185.

**JEAMMAUD A.**,

- ◇ « Norme et règle de droit », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Lyon*, 1972, t. II, pp. 105-155.
- ◇ « L'ordre : une exigence du droit ? », in ANCEL, RIVIER et AL. (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne, Presses universitaires de Saint-Etienne, 2003, p. 20.
- ◇ « De la polysémie du terme principe dans les langages du droit et des juristes », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Études juridiques, Économica, 2008, p. 53.

**JESTAZ PH.**,

- ◇ « Le langage et la force contraignante du droit » in INGBERT L., VASSART P. (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 72.
- ◇ « Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. Econ. Ind.* n° 92, 2000.



- ◇ « Art. 1125 », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *Doc. Fr.* 2006, p. 27.
- ◇ « L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue », *JCP* 2006, I, p. 177.
- ◇ « Définir le droit... ou l'observer », *RTD civ.* 2017, p. 775.
- ◇ « Rapport de synthèse », *RRJ* 1988-4, p. 1192 et s.

**JOURDAIN P.**, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP* 2016, 909.

**JOURDAN-MARQUES J.**, « La computation des délais en matière de déféré : petits détails pratiques et grands enjeux théoriques », *D.* 2022, p. 1687.

**JUILLET C.**, « Les standards en droit des sûretés » : *RDA* 2014, n° 9, p. 72.

**JUNQUAS D.**, « La normalité, qu'est-ce que c'est », *Café philo*, 23 mars 2011 : [http://cafe-philobiarritz.over-blog.com/pages/Daniel Junquas La normalite questce que cest-6083694.html](http://cafe-philobiarritz.over-blog.com/pages/Daniel_Junquas_La_normalite_questce_que_cest-6083694.html)

**KAIRALLAH G.**, « Le raisonnable en droit privé français. Développements récents » *RTD civ.* 1984, n° 9, p. 446.

**KASSOUL H.**, « Déséquilibre significatif : preuve de la soumission et appréciation du déséquilibre », *LEDC* 2021, n° 05, p. 4.

**KENNEDY D.**, « Form and substance in private law adjudication », *Harvard Law Review*, vol. 89, p. 1685.

**KERCHOVE M.**, « Rien n'est simple, tout se complique. La complexité, limite à la simplification du droit » in RUEDA F., POUSSON-PETIT J., *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, Toulouse, PUT 1 Capitole, 2010, pp. 105-122.

**LABRUSSE-RIOU C.**, « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et du droit de la famille », in *Etudes offertes à René Modière*, Dalloz, 1981, p. 167.

**LAGARDE X.**, « L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes », *LPA* 2007, n° 70.

**LAGELEE-HEYMANN M.**, « Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, p. 473.

**LAITHIER Y.-M.**,

- ◇ « Remarques sur les conditions de la violence économique », *LPA* 2004, n° 235, p. 5.
- ◇ « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 161.
- ◇ « Les règles relatives à l'inexécution du contrat », *JCP* 2015, p. 47.
- ◇ « La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi », *D.* 2015, p. 746.

**LAMBERT-FAIVRE Y.**, « L'évolution de la responsabilité civile : d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.* 1987, p. 1.

**LARRALDE J.-M.**, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA* 2002, n° 231, p. 12.

**LARROUMET C.**, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008, p. 2441.

**LATINA M.**,

- ◇ « L'attractivité du droit des contrats : la fonction de modèle », in *Blog de réforme du droit des contrats*, Dalloz, sept. 2015.
- ◇ « Les obligations de moyens et de résultat (art. 1250) » in *Blog de réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016.
- ◇ « La bonne foi », *Rép. civ.* 2017, n° 151.
- ◇ « Principes directeurs du droit des contrats », *Rép. civ.* 2017, actu. fév. 2020, n° 105.
- ◇ « Contrat : généralités », *Rép. civ.* 2017, actu. 2019, n° 103.
- ◇ « La contrainte économique est caractérisée par un abus de dépendance et un avantage excessif », *RDC* 2022, n° 1, p. 9.

**LA TORRE M.**, « Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart », *Revus* 2013/21, pp. 117-139.

**LAYDU J.-B.**, « Vers une simplification de la responsabilité des père et mère ? », *LPA* 2003, n° 78, p. 16.

**LE BRAS G.**, « La formation du droit romano-canonique », in ANDRIEU-GUITRANCOURT P. (dir.), *Actes du congrès de droit canonique, Cinquantenaire de la Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris (1947)*, Letouzey et Ané, 1950, p. 335.

**LE GAC-PECH S.**,

- ◇ « Principes généraux et droit prospectif », *LPA* 2011, p. 4.
- ◇ « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.* 2014, p. 581.
- ◇ « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? », *LPA* 2015, n° 191, p. 4.
- ◇ « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA* 2016, n° 119, p. 7.

**LECUYER H.**, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, LGDJ, 1999, p. 643.

**LEFEBVRE B.**, « La justice contractuelle, mythe ou réalité ? », *Les cahiers de droit* 1996, vol. 37, n° 1, p. 19.

**LEGEAIS D.**, « Principe de proportionnalité », *RTD com.* 2015, p. 727.

**LEGEAIS D., GRAFF-DAUDET M., MATUCHANSKY O.**, « Sûretés personnelles - Actualité du droit des sûretés personnelles », *Rev. Droit bancaire et financier* 2021, n° 4, étude 13.

**LE MONIER DE GOUVILLE P.**, « De l'usage du standard en procédure pénale », *RDA* 2014, n° 9, p. 43.

LEMOULAND J.-J., « Famille » *in Rép. civ.* sept. 2015, actu. Juill. 2019, n° 90.

LE PILLOUER A., « Indétermination du langage et indétermination du droit », *Droit et Philosophie 2017*, Vol. 9-1, p. 19.

LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges en l'honneur de Paul Didier*, Economica, 2008, p. 264.

LEROY Y., « La notion d'effectivité du droit », *DS*, 2011/3, n° 79, p. 717.

LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., « Résolution », *Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats*, 2021, Chapitre 3215.

LIBCHABER R., « Sur l'effet novatoire de la codification à droit constant », *RTD civ.* 1997, p. 778.

LOISEAU G.,

◇ « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2015, p. 496.

◇ « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, p. 56.

◇ « La vulnérabilité en droit commun », *in Les droits du contractant vulnérable*, 2016, Larcier, p. 125.

◇ « La notion de standard en droit privé », *in BRUGUIÈRE J.-M. (dir.), Les standards de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2018, pp. 5-12.

LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., « De la loyauté dans le contentieux administratif des contrats », *Contrats, marchés publ.* 2012, n° 2, repère 2.

LUC I., « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA* 2014, n° 3, p. 112.

LYON-CAENG., « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* p. 1946, n° 98, p. 83.

MAC CORMICK N., « On reasonableness » *in PERELMAN CH., VAN DER ELST. (dir.), Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 134.

MACKAAY E., « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision » *Langages* 1979, 12<sup>e</sup> année, n° 53, p. 33.

MACKAAY E., LEBLANC V., KOST-DE-SEVRES N., DARANK E., « L'économie de la bonne foi contractuelle » *in Mélanges Jean Pineau*, Thémis, 2003, p. 435.

MAGNON X., « Qu'est-ce que le droit peut faire du raisonnable ? », *in Le raisonnable en droit administratif : actes du colloque de Toulouse*, 20 mars 2015, Éditions l'Épilogue, 2016, p. 24.

MAINGUY D.,

◇ « Le "raisonnable" en droit (des affaires) », *in LE DOLLY E. (dir.), Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, Collection Droit et économie, juin 2010, p. 307.

- ◇ « Du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option », Dossier : « Réforme du droit des contrats, débat », *Dr. et Patr*, oct. 2014, n° 240, p. 60.
- ◇ « Loyauté et droit des contrats de droit privé », *Droit et loyauté*, Dalloz, 2015, p. 6.
- ◇ « Le contractant, personne de bonne foi ? » in ALBIGÈS ET NÉGRON (dir.), *La réforme du droit des contrats*, Publications de la faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 83.

**MALABOU C.**, « La plasticité en souffrance », *Sociétés & Représentations* 2005/2, n° 20, p. 31.

**MALAURIE PH.**,

- ◇ « Le droit civil français des contrats à la fin du XXe siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec 1999, p. 187.
- ◇ « L'intelligibilité des lois » *Pouvoirs* 2005, vol. 114, n° 3, 2005, p. 131.
- ◇ « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G* 2008, I, 204.

**MALLET-BRICOUT B.**, « La bonne foi en droit des biens », *RDA* 2016, p. 51.

**MARTENS P.**, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxells, Bruylant, 1993, p. 60.

**MARTIN R.**,

- ◇ « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP* 1974, I, 2625, n° 39.
- ◇ « Retour sur la distinction du fait et du droit », *D.* 1987, chron. n° 10.

**MAULIN E.**, « L'invention des principes », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit, Études juridiques*, Economica, 2008, p. 25 et s.

**MAUME F.**, « Réforme du droit des contrats et protection de la partie faible », *Le petit juriste*, 2016, p. 6.

**MAURY J.**,

- ◇ « Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives », in *Études Lambert*, Sirey, LGDJ, 1938, t. I, p. 421.
- ◇ « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *RIDC* 1951, p. 485.

**MATUTANO E.**, « Des instruments de la légistique, utiles et trop souvent ignorés : les grilles de lecture », *LPA* 2017, n° 222, p. 6.

**MAYAUX L.**, « La contrepartie dans le contrat d'assurance », *RGDA* déc. 2017, n° 12, spéc. n° 10.

**MAYER P.**, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », in *Études Pierre Lalive*, 1993, Helbing et Lichtenhahn, p. 543.

**MAZABRAUD B.**, « Dernières nouvelles de l'équité », *Les cahiers de la justice* 2022/1, *Les valeurs du magistrat*, p. 33.

**MAZEAUD D.,**

- ◇ « Vœux au Président de la République, 3 janvier 2005 », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 18, juillet 2005.
- ◇ « Rapport de synthèse », in « La réforme du droit français des contrats en droit positif », *RDC* 2009, n° 25, p. 397.
- ◇ « Clause pénale », *RDC* 2010, n° 4, p. 930.
- ◇ « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, p. 603 ;
- ◇ « Bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexis-Nexis-Dalloz, 2012, p. 904.
- ◇ « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014, n° 1.
- ◇ « Sur les standards », *RDA* 2014, p. 35.
- ◇ « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Dr et Patr.* oct. 2014, p. 38.
- ◇ « Imaginer la réforme », *RDC* 2016, n° 113, p. 610.
- ◇ « La place du juge en droit des contrats », *RDC* 2016, n° 113, p. 333.
- ◇ « Observations conclusives » Dossier : « La réforme du droit des contrats : quelles innovations », *RDC* 2016, n° 112, p. 53.
- ◇ « Quelques mots de la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912.

**MEKKI M.,**

- ◇ « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDC* 2006/4, p. 1051.
- ◇ « La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 », Paris, juin 2014. Consultable sur le site de l'auteur.
- ◇ « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. pal.* 2015, p. 37.
- ◇ « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or explain ! », *Gaz. pal.* 2016, n° 252, p. 18.
- ◇ « Qui dit contractuel, dit juge ? », *Gaz. pal.* 2016, n° 14, p. 3.
- ◇ « Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si... », *Gaz. pal.* 2016, n° 270, p. 15.
- ◇ « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016, p. 494.
- ◇ « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2018. Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 890.
- ◇ « Droit des contrats », *D.* 2022, p. 310.

**MEKKI M., MENARD C.**, « Ne pas nuire à autrui, est-ce toute la morale ? » : [http://philo.licorne.org/?page\\_id=885](http://philo.licorne.org/?page_id=885), 2019.

**MELLERAY F.**, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Rep. cont. adm.* 2007, n° 54

**MÉNARD B.**, « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? Prospection à partir de l'abus du droit de propriété », *RTD civ.* 2022, p. 1.

**MESTRE J.**,

- ◇ « Décision ordinale et relations contractuelles », *RTD civ.* 1999, p. 394.
- ◇ « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *Revue Lamy Droit civil* mars 2009, n° 58, p. 9.

**MILLARD E.**, « La hiérarchie des normes », *Revus* 2013/21, pp. 163-199

**MOLFESSIS N.**,

- ◇ « Aarnio A., Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit », *RIDC* juillet-septembre 1994, vol. 46, n° 3, p. 945.
- ◇ « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA* 1998, n° 117, p. 21.
- ◇ « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 186.
- ◇ « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, p. 699.
- ◇ « L'avènement du droit de la codification à droit constant », *RTD civ.* 2002, p. 592.

**MONETTE P.-Y.**, « Le principe du raisonnable dans l'action administrative », *Chroniques de droit public*, n° 3, éd. Mys & Breesch, Gand, 2001.

**MOUIAL-BASSILANA E.**, « La réforme du droit des contrats : la symbolique du paradoxe », *BJS* 2016, n° 11, p. 629.

**MOULIN J.-M.**, « Le poids de l'intérêt social, à propos des sûretés pour autrui », *Gaz. pal.* 2015, n° 209, p. 26.

**MUIR WATT H.**, « Reliance et définition du contrat » in *Mélanges Michel Jeantinn*, Dalloz, 1999, p. 57.

**MÜLER D.**, « Transcendance et fragilité des valeurs. Pour une éthique universelle, pluraliste et démocratique », *Revue d'éthique et de théologie morale* 2006/3 (n° 240), p. 61.

**MULLER Y.**, « L'abus réprimé : la correction par le juge - Le délit d'abus de biens sociaux ou la symbolique de l'abus », *Gaz. pal.* 2009, n° 353, p. 30.

**NABET P.**, « Le principe de proportionnalité s'invite en droit des procédures collectives », *Dalloz actu.* 28 avr. 2010.

**NASSIF P.**, « Et vous, êtes-vous normal ? », *Philosophie magazine* 2011, n° 47, p. 37.

**NAVARRO J.-S.**, « Standards et règle de droit », in « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *RRJ* 1988, p. 837.

**NERON S.**, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP* 2011, n° 38, doct. 1003.

**NEVES-MIRANDA M.**, « L'application du principe de la bonne foi objectif dans les contrats à partir de l'affaire « Ryan Lochte », 7 avril 2017 : <https://www.village->

[justice.com/articles/application-principe-bonne-foi-objectif-dans-les-contrats-partir-affaire-Ryan,24689.html](http://justice.com/articles/application-principe-bonne-foi-objectif-dans-les-contrats-partir-affaire-Ryan,24689.html)

**NICOLAS-VULLIERME L.**, « Le délai raisonnable ou la mesure du temps », *LPA* 2005, n° 1, p. 7.

**NIORT J-F.**, « Droit, économique et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléonien », *Droit et économie*, *APD* 1992, t. 37 p. 101.

**OGIEN R.**, « L'indépendance des normes à l'égard des valeurs », *Colloque international* « Les défis d'Hilary Putnam », 24 mars 2005, p. 6.

**ORIANNE P.**, « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ* 1988-4, p. 1038.

**OST V.-F.**,

◇ « Les multiples temps du droit », *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 115.

◇ « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in TIMSIT G., CLAISSE A., BELLOUBET-FRIER N. (dir.) *Les administrations qui changent*, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1996, p. 73.

◇ « Conclusion générale » in *Les sources du droit revisitées : Théorie des sources du droit*, vol 4, Paris, Anthemis, 2013, p. 875.

**OUEDRAOGO A.**, « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2013, 26.1.

**PACTEAU B.**, « La jurisprudence, une chance du droit administratif? », *RA* 1999, n° spécial 6, p. 79.

**PAISANT G.**, « Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 », *D.* 1995, p. 223.

**PARAIN-VIAL J.**,

◇ « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *APD* 1951, p. 131.

◇ « La nature du concept juridique et la logique », *APD* 1966, p. 45.

**PATTARO E.**, « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique », *RRJ* 1988-4, p. 816.

**PENIN O.**, « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *CCC* 2017, étude 9.

**PERELMAN C.**,

◇ « L'usage et l'abus des notions confuses », in PERELMAN C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, 1984, p. 152.

◇ « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in PERELMAN CH., VANDER ELST R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 133.

**PÉRÈS C.**, « Observations sur “l’absence” de principes directeurs à la lumière du projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015, n° 111z5, p. 647.

**PERRIN J.-F.**, « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? » in PERELMAN CH., VANDER ELST R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 202.

**PETEV V.**,

◇ « Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence », *APD* 1985, t. 30, p. 187.

◇ « Standards et principes généraux du droit », *RRJ* 1988-4, p. 825.

◇ « L’ontologie du droit par le média de son langage », *RRJ* 2012-5, n° hors-série n° 26, p. 2203.

**PEYRON-BONJAN C.**, « Points de vue philosophiques sur les concepts : notion, concept, catégorie, principe, qualification », *RRJ* 2012-5, n° hors-série n° 26, p. 2237.

**PICODY Y.**, « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Libre droit, Mélanges en l’honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 805.

**PIÉDELIÈVRE S.**, « Surendettement – Procédure de surendettement », *Rep. proc. Civ. nov.* 2021, n° 67.

**PIERRE PH.**,

◇ « La place de la responsabilité objective, notion et rôle de la faute en droit français », *Revue juridique de l’ouest* 2010-4, p. 403.

◇ « L’introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats - Rapport français », *RDC* 2010, n° 3, p. 1117.

**PIERS M.**, « Good Faith in English Law – Could a Rule Become a Principle ? », *The Tulane European and Civil Law Forum*, 2011, p. 123.

**PIGEON L.-P.**, « La traduction juridique : l’équivalence fonctionnelle » in GÉMAR J.C., *Langage du droit et traduction. Essais de jurilinguistique*, Montréal, 1982, Linguatex Collection et Conseil de la langue française, p. 273.

**PIGNARRE L.-F.**, « la codification des principes constitutionnels dans le Code civil », *RDC* 2018, n° 4, p. 648.

**PINARD D.**, « Le droit et le fait dans l’application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », *Les Cahiers du droit* 1989, vol. 30, n° 1.

**PINSOLLE PH.**, « Distinction entre le principe de l’estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 1998, p. 905.

**PIROVANO A.**, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l’entreprise ? », *D.* 1997, p. 189.



**PIZZORUSSO A.**, « Standards et contrôle de constitutionnalité des lois », *RRJ* 1988, p. 987.

**POLIN R.**, « Les valeurs fondamentales de la démocratie », in *La République entre démocratie sociale et démocratie aristocratique*, Paris cedex 14, PUF, « Questions », 1997, p. 52.

**PONS L.**, « Déséquilibre significatif, abus de dépendance et private equity », *Journal des sociétés*, n° 144, 2016, p. 21.

**PORTALIS J.-E.M.**, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviôse an IX », in (Coll. Litec) *Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, d'après le facsimilé de l'édition de Paris : Joubert, 1844, éd. du Juris Classeur 2004.

**POUND R.**,

◇ « The Administrative Application of Legal Standard », *Allocution à la rencontre de l'American Bar Association*, présentée à Boston, 2 novembre 1919.

◇ « Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law », *7 Tulane Law Rev.*, 1933, p. 483.

**PRADEL J.**, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *D.* 2019, p. 490.

**PUTMAN V.-E.**, « Le temps et le droit », *Dr. et patr.* janv. 2000, n° 78, p. 43.

**QUINTANE G.**, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in TUSSEAU G. (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 17.

**RABAULT H.**, « Droit et axiologie : la question de la place des « valeurs » dans le système juridique » : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresnancy/comm5/rabaulttd5.pdf>

**RADBRUCH G.**, « Le but du droit », *Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de Sociologie*, 1937, p. 48.

**RADE C.**, « Une modification minimale du contrat de travail ne justifie pas la résiliation judiciaire (tardive) du contrat de travail aux torts de l'employeur », *Lexbase Hebdo, éd. Sociale* 2014, n° 576.

**RANGEON F.**, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 130.

**RANIERI V.-F.**, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *RIDC* 1998, p. 1055.

**RAY J.-E.**, « Dix ans plus tard, que reste-t-il de l'auto-licenciement ? », *Cah. soc.* n° 253/2013, p. 228.

**REVET TH.,**

- ◇ « Un revirement fâcheux : l'abandon de la condition d'ignorance, par le second contractant ayant procédé le premier aux formalités de publicité foncière, de l'existence d'un premier contrat translatif », *RTD civ.* 2011 p. 369.
- ◇ « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217.
- ◇ « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, n° 113, p. 373.
- ◇ « Le nouveau discours contractuel (Rapport de synthèse), *RDC* 2016, n° 113, p. 667.
- ◇ « Une philosophie générale? », in « La réforme du droit des contrats : quelles innovations? », *RDC* 2016, n° 112, p. 5.

**RIALS S.**, « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN CH., VANDER ELST R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39.

**RICOT J.**, chronique audio, Le rationnel se confond-il avec le raisonnable? : <http://jactiv.ouest-france.fr/job-formation/se-former/14-coin-philosophie-rationnel-seconfond-il-avec-raisonnable-42573>, 2015.

**RICHAUD C.**, « L'audience : un critère de la représentativité patronale conforme à la Constitution », *Gaz. pal.* 2016, n° 25, p. 29.

**RIPERT G.**, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Levy. À propos de : La vision socialiste du Droit », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928, p. 21.

**ROBERT J.-A., CHARLUTEAU Q.**, « La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels », *RLDC* 2009/62, p. 49.

**ROBERT P., SOUBIRAN-PAILLET F., VAN DE KERCHOVE M.**, « Normativités et internormativités », in *Normes, normes juridiques, normes pénales*, L'Harmattan, 1997, p. 17.

**ROBINEAU M.**, « À propos des limites d'une codification à droit constant », *AJDA* 1997, p. 655.

**ROCHFELD J.,**

- ◇ « Contrat et libertés fondamentales », *RDC* 2003, n° 1, p. 17.
- ◇ « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *RDC* 2006, p. 113.
- ◇ « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français », *RDC* 2013, n° 4, p. 1601.

**RODIÈRE R.**, « Les principes généraux du droit privé français », *RIDC*, n° spécial, vol. 2, 1980, p. 309.

**ROGUE F.**, « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris? », *D.* 2018, p. 1559.

**RONTCHEVSKY N.**, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », *AJCA*, mars 2016, p. 112.

**ROUHETTE.**, « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC* 1986. p. 369.

**ROUVIÈRE F.**,

- ◇ « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *RRJ* 2014-5, n° hors-série n° 28, p. 2213.
- ◇ « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n° 113, p. 600.
- ◇ « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », in TANQUEREL TH., FLUCKIGER A., COLL., *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, Bruylant, 2015, pp. 117- 137.
- ◇ « Le revers du principe différence de nature (égale) différence de régime », in *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 415.

**ROUVILLOIS F.**, « L'efficacité des normes, réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *FIP* 2006, p. 3.

**RUDDEN M., JUILHARD P.**, « La théorie de la violation efficace », *RIDC* 1986-4, p. 1015.

**RZEPECKI N.**, « Les opérations de crédit et la solidarité ménagère de l'article 220 du Code civil », *JCP* 1999, I, p. 148.

**SALAS D.**, « L'équité ou la part maudite du jugement », in *Justice et Équité, Justices*, 1998, n° 9, p. 109.

**SABETE W.**, « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit à la difficulté de jugement de fait ou suite antihumaine », in *La création du droit par le juge*, *APD* 2007, t. 50, p. 392. .

**SARGOS P.**, « Le principe du raisonnable, Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *JCP G* 9 nov. 2009, n° 46.

**SCHWARZ-LIEBERMAN H.-A.**, « Les notions de right reason et de reasonable man en droit anglais », *APD* 1978, t. 23, *Les formes de rationalité en droit*, p. 43.

**SÉRIAUX A.**, « Le Code civil entre artisanat et idéologie », *Droits* 2005/2, n° 42, p. 119.

**SMORTO G.**, « La justice contractuelle », *RIDC* 2008, vol. 60, n° 3, p. 586.

**SPITZ J.-F.**, « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007, p. 281.

**STEINLÉ-FEUEBACH M.-F.**, « Vers une objectivation de la responsabilité civile dans l'intérêt des victimes », *Histoire de la justice*, 2015, vol. 25, n° 1, p. 63.

**STOFFEL-MUNCK PH.**, « L'abus dans la fixation unilatérale du prix », *RDC* 2015, n° 2, p. 233.

**STURLESE B.**, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, n° 02, p. 398.

**TALLON D.**,

- ◇ « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.
- ◇ « Le concept de bonne foi en droit français du contrat », in *Conferenze e seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto*, Rome, 1994.
- ◇ « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 883.

**TARUFFO M.**, « La justification des décisions fondées sur des standards », *RRJ* 1988, p. 1129.

**TEBOUL G.**, « L'abus en droit des affaires et le pouvoir modérateur du juge », *Gaz. pal.* 2009, n° 353, p. 3.

**THÉVENOT L.**, « Jugements ordinaires et jugement de droit », *Annales Économie, Société, Civilisation* 1992, n° 6, p. 1279.

**THIBIERGE C.**,

- ◇ « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.* 1997, p. 376.
- ◇ « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

**THILMANY J.**, « Fonctions et révisabilité des clauses pénales en droit comparé », *RDC* 1980, n° 32, p. 17.

**TIMSIT G.**,

- ◇ « Sur l'engendrement du droit », *Rev droit public* 1988-1, p. 39.
- ◇ « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, 78, 1996, p. 375.

**TIREL M.**, « La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », *D.* 2019, p. 2317.

**TISSEYRE S.**,

- ◇ « Clauses abusives : application de l'article 1171 du code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun », *D.* 2022, p. 539.
- ◇ « Rescision pour lésion : le délai raisonnable pour opter peut durer quatre ans ! », *D.* 2022, p. 501.

**TOUFFAIT A.**, **TUNC A.**, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487.

**TOURNAFOND O.**, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil », *D.* 2008. 260.

**TOURNAUX S.**, « L'obiter dictum de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011, p. 45.

**TRANNOY A.**, « L'économie est-elle une science ? » in JACQUILLAT B., DE BOISSIEU C., *À quoi servent les économistes*, Presses universitaires de France, 2010, p. 49.

**TREPPOZ E.**, « Bonne foi et méthode conflictuelle », *RDA* 2016, p. 97.

**TRESCASES A.**, « Les délais préfix », *LPA* 2008, n° 22, p. 6.

**TREVES R.**, « Kelsen et le kantisme », *Dr. soc* 1987, n° 7, p. 328.

**TROPER M.**,

◇ « Le positivisme juridique », Synthèse, n° spécial, *Philosophie et épistémologie juridique*, 1986, p. 191.

◇ « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas, 1975, p. 133 et s.

**TUNC A.**, « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC* 1970, n° 22-2, p. 250.

**TUSSEAU G.**,

◇ « Critique d'une métonymie fonctionnelle, La notion trop fonctionnelle de notion fonctionnelle », *RFDA* 2009, p. 641.

◇ « Sur le métalangage du comparatiste », *Revus* 2013/21, pp. 91-115.

**VALAIS V.**, « La réforme du Code civil : quels enjeux pour nos contrats ? », *Daloz IP/IT*, mai 2016, p. 230.

**VALEMBLOIS A.-L.**, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », in *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2005, n° 17.

**VAN MERBEECK J.**, « Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », *RIEJ* 2016/1, vol. 76, pp. 97.

**VEDEL M.-G.**, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, p. 851.

**VIANDIER A.**, « La crise de la technique législative », *Droits* 1986, n° 4, p. 75.

**VINEY F.**, « L'expansion du « raisonnable » dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ? », *D.* 2016, p. 1940.

**VIOLA A.**, « La loi doit être la même pour tous : vers la fin d'un principe républicain ? », in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, t. 1 : Bilans et t. 2 : Réformes-Révolutions, PUT 1 Capitole, 2005, p. 601.

**VISSER'T HOOFT H.PH.**, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *APD* 1972, *L'interprétation dans le droit*, p. 283.

**WAQUET P.**, « Cessons de parler de « prise d'acte », *Dr. soc.* 2014, p. 97.

WITZ C., « Le juge et la révision du contrat : vision du droit français », *LPA* 30 mars 2018, n° 65, p. 10.

WROBLEWSKI J., « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit », *RRJ* 1988-4, p. 847.

ZAGREBELSKY G., « Diritto per: valori, principi o regole ? A proposito della dottrina dei principi di Ronald. Dworkin, *Quaderni fiorentini* », n° 31, 2002, p. 872.

ZENATI-CASTAING F., « Les principes généraux en droit privé », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Études juridiques, Economica, 2008, p. 257.

ZIELINSKA AA., « Autour de la loi de Hume : entre le normatif et l'évaluatif, entre right et good », *Raison Publique* 2017/2, n° 22, p. 135.

#### IV. NOTES ET OBSERVATIONS SOUS JURISPRUDENCE

##### AMRANI-MEKKI S.,

- ◇ Obs. sous Ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 02-18.326 : *Bull. Mixt.* n° 3, p. 9, *D.* 2005. 2836 ; *D.* 2011. 472.
- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, n° 10-21.900 : *Bull. civ.* III, n° 152, *D.* 2012. 439.
- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 19 juin 2012, n° 11-17.105, *D.* 2013. 391.

##### AUBERT J.-L.,

- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 24 sept. 2003, n° 02-12.474 : *Bull. civ.* III, n° 161, p. 143, *Deffrénois* 2004. 382.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 01-03.662 : *Bull. civ.* I, n° 211, p. 166, *Deffrénois* 2004. 381.

##### AYNES L.,

- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 01-03.662 : *Bull. civ.* I, n° 211, p. 166, *RDC* 2004. 273.
- ◇ Obs. sous Com. 4 mars 2008, n° 07-11.790 : *Bull. civ.* IV, n° 53, *Dr. et patr.* 2/2009. 132.
- ◇ Note sous Com., 28 févr. 2018, n° 16-24.841 : *Bull. civ.* IV, n° 24, *JurisData* n° 2018-002761, *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 112.

##### BARBIER H.,

- ◇ Obs. sous Com. 7 oct. 2014, n° 13-21.086 : *Bull. civ.* IV, n° 143, *RTD civ.* 2015. 381.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2015, n° 14-15.655 : *Bull. civ.* I, n° 131, *RTD civ.* 2015. 875.
- ◇ Obs. sous Com. 7 juin 2016, n° 14-17.978 : *JurisData* n° 2016-011198, *RTD civ.* 2016. 614.

##### BOUBLI J.-D.,

- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2011, n° 09-70.262 : *Bull. civ.* III, n° 3, *RDI* 2011. 220.

**BOULOC B.,**

- ◇ Obs. sous Com. 4 mars 2008, n° 07-11.790 : *Bull. civ. IV*, n° 53, *RTD com.* 2008. 845.
- ◇ Obs. sous Com. 18 sept. 2012, n° 11-19.629 : *Bull. civ. IV*, n° 163, *RTD com.* 2012, 842.
- ◇ Obs. sous Com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086 : *Bull. civ. IV*, n° 143, *RTD com.* 2015. 144.

**BRUN PH.,**

Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2014, n° 13.21-980 : *Bull. civ. I*, n° 180, *D.* 2015. 131.

**BUY F.,**

Note sous Com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086 : *Bull. civ. IV*, n° 143, *D.* 2014. 2329.

**CARVAL S.,**

Obs. sous Ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12.449 : *Bull. AP.* n° 3, *RDC* 2008. 1151.

**CHAMPAUD C.,**

Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 3 mars 1993, n° 91-15.613 : *Bull. civ. III*, n° 28, *RTD com.* 1993. 665.

**CHAUVEL P.,**

Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 01-03.662 : *Bull. civ. I*, n° 211, p. 166, *Dr. et patr.* 1/2004. 89.

**COHET-CORDEY F.,**

Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 19 juin 2012, n° 11-17.105, *D.* 2013. 391, *JCP* 2013, 302.

**CONSTANTIN A.,**

Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 29 mars 2006, n°05-16.032 : *Bull. civ. III*, n° 88, *JCP* 2006. I. 153.

**CORNU G.,**

Obs. sous Cass., ch. mixte, 20 janv. 1978 : *Bull. civ. ch. mixte*, n° 1, *RTD civ.* 1978. 377.

**COUPET C.,**

Obs. sous Com. 7 juin 2016, n° 14-17.978 : *JurisData* n° 2016-011198, *D.* 2016. 2042.

**DESHAYES O.,**

Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2014, n° 13.21-980 : *Bull. civ. I*, n° 180, *RDC* 2015. 246.

**DELEBECQUE PH.,**

- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : *Bull. civ. I*, n° 300, p. 207, *D.* 1999, somm. 115.
- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, n° 10-21.900 : *Bull. civ. III*, n° 152, *Deffrénois* 1994. 1113.

**DELPECH X.,**

Obs. sous Com. 4 mars 2008, n° 07-11.790 : *Bull. civ. IV*, n° 53, *D.* 2008. *AJ* 844.

**FAGES B.,**

- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, n° 99-15.170 : *Bull. civ. I*, n° 40, p. 25, *RTD civ.* 2001. 363.

- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 24 sept. 2003, n° 02-12.474 : *Bull. civ.* III, n° 161, p. 143, *RTD civ.* 2003. 707.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 01-03.662 : *Bull. civ.* I, n° 211, p. 166, *RTD civ.* 2004. 89.
- ◇ Obs. sous Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243 : *Bull. civ.* IV, n° 186, p. 206, *RTD civ.* 2004. 80.
- ◇ Obs. sous Com. 29 juin 2010, Faurecia, n° 09-11.841 : *Bull. civ.* IV, n° 115, *RTD civ.* 2010 ; *RTD civ.* 2008. 485.

**FERRIER D.,**

Obs. sous Com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086 : *Bull. civ.* IV, n° 143, *D.* 2015. 943.

**GAUTIER P.-Y.,**

Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 3 mars 1993, n° 91-15.613 : *Bull. civ.* III, n° 28, *RTD civ.* 1994. 124.

**GHESTIN J.,**

- ◇ Note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 29 mars 2006, n°05-16.032 : *Bull. civ.* III, n° 88, *D.* 2007. 477.
- ◇ Note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, n° 10-21.900, *JCP* 2011. 1276.

**HAFTEL B.,**

Note sous Com. 18 sept. 2012, n° 11-19.629 : *Bull. civ.* IV, n° 163, *D.* 2012. 2930.

**HALLOUIN J.-C., LAMAZEROLLES E., RABREAU A.,**

Obs. sous Com. 7 juin 2016, n° 14-17.978 : *JurisData* n° 2016-011198, *D.* 2016. 2042.

**HELLERINGER G.,**

Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2010, n° 09-66.969 : *Bull. civ.* I, n° 101, *D.* 2010. 2413.

**HOUTCIEFF D.,**

Note sous Com. 8 jan. 2020, n° 18-19.528 ; *Rev. Soc.* 2020, p. 293.

**JAMIN C.,**

- ◇ Obs. sous Com. 2 juill. 1996, n° 93-14.130 : *Bull. civ.* IV, n° 198, p. 170, *JCP* 1996. I. 3983, n° 14.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : *Bull. civ.* I, n° 300, p. 207, *D.* 1999. 197.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, n° 99-15.170 : *Bull. civ.* I, n° 40, p. 25, *D.* 2001. 1568.

**JOURDAIN P.,**

- ◇ Obs. sous Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 : *Bull. AP.*, n° 9, p. 23, *RTD civ.* 2006. 123.
- ◇ Obs. sous Com. 4 mars 2008, n° 07-11.790 : *Bull. civ.* IV, n° 53, *RTD civ.* 2008. 490.

**JULLET C.,**

- ◇ Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2015, n° 14-13.126 : *Bull. civ.* I, n° 131, *D.* 2015. 2044.
- ◇ Note sous Com. 3 mai 2016, n° 14-25.820 ; *Rev. Soc.* 2016. 660.



**KENFACK H.,**

- ◇ Obs. sous Ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 02-18.326, *Bull. civ. ch. mixte*, n° 3, p. 9, *D.* 2005. 2748.
- ◇ Note sous Ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12.449, *Bull. AP.*, n° 3, *JCP* 2008. II. 10183.

**KOERING R.,**

Note sous Com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619 : *Bull. civ.* IV, n° 136, p. 152, *D.* 2003. 414.

**LACHÈZE C.,**

Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 01-03.662 : *Bull. civ.* I, n° 211, p. 166, *JCP* 2004. II. 10108.

**LAITHIER Y.-M.,**

- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mai 2013, n° 12-16.217, *RDC* 2014. 22.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2015, n° 14-15.655 : *Bull. civ.* I, n° 131, *RDC* 2015. 836.

**LATINA M.,**

Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2010, n° 09-66.969 : *Bull. civ.* I, *LPA* 24 oct. 2011.

**LEGEAIS D.,**

- ◇ Note sous Com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619 : *Bull. civ.* IV, n° 136, p. 152, *JCP E* 2002. 1730.
- ◇ Note sous Com., 28 févr. 2018, n° 16-24.841 : *Bull. civ.* IV, n° 24, *JurisData* n° 2018-002761, *RD bancaire et fin.* 2018, comm. 65 ; *JCP E* 2018. 1197.

**LEVENEUR L.,**

- ◇ Obs. sous Com. 2 juill. 1996, n° 93-14.130 : *Bull. civ.* IV, n° 198, p. 170, *CCC* 1997. 197.
- ◇ Note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 24 sept. 2003, n° 02-12.474 : *Bull. civ.* III, n° 161, p. 143, *CCC* 2003. 174.
- ◇ Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 01-03.662 : *Bull. civ.* I, n° 211, p. 166, *CCC* 2004. 4.
- ◇ Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2004, n° 01-02.020 : *Bull. civ.* I, n° 27, p. 23, *CCC* 2004. 55.
- ◇ Obs. sous Com. 4 mars 2008, n° 07-11.790 : *Bull. civ.* IV, n° 53, *CCC* 2008. 172.
- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, n° 10-21.900 : *Bull. civ.* III, n° 152, *CCC* 2011. 252.

**LIBCHABER R.,**

Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 01-03.662 : *Bull. civ.* I, n° 211, p. 166, *Deffrénois* 2004. 378.

**MALAURIE**

Note sous Com. 27 févr. 1996, n° 94-11.241 : *Bull. civ.* IV, n° 65, p. 50, *D.* 1996. 518.

**MARJAULT Y.,**

Note sous Com. 7 juin 2016, n° 14-17.978 : *JurisData* n° 2016-011198, *Sociétés* 2017. 85.

**MAZEAUD D.,**

- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mars 1993, n° 91-12.031, *Deffrénois* 1994. 347.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janv. 1995, n° 92-17.858 : *Bull. civ.* I, n° 14, p. 10, *Deffrénois* 1995. 1408.

- ◇ Obs. sous Com. 2 juill. 1996, n° 93-14.130 : *Bull. civ.* IV, n° 198, p. 170, *Deffrénois* 1996. 1364.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, n° 99-15.170 : *Bull. civ.* I, n° 40, p. 25, *D.* 2001, 1568 *Somm.* 3239.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 01-03.662 : *Bull. civ.* I, n° 211, p. 166, *RDC* 2004. 273.
- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 29 mars 2006, n°05-16.032 : *Bull. civ.* III, n° 88, *RDC* 2006. 1074.
- ◇ Note et Obs. sous Com. 29 juin 2010, Faurecia, n° 09-11.841 : *Bull. civ.* IV, n° 115, *D.* 2010. 1832.
- ◇ Civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, n° 10-21.900, *D.* 2011. 2711.

**MEKKI M.,**

- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janv. 1953, n° 556 : *Bull. civ.* I, n° 26, *JCP G* 2007, I, 161.
- ◇ Obs. sous Com. 7 juin 2016, n° 14-17.978 : *JurisData* n° 2016-011198, *D.* 2016. 2042.
- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, n° 10-21.900 : *Bull. civ.* III, n° 152, *D.* 2012. pan. 459.
- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 19 juin 2012, n° 11-17.105, *D.* 2013. 391.

**MESTRE J.,**

- ◇ Obs. sous Com. 2 juill. 1996, n° 93-14.130 : *Bull. civ.* IV, n° 198, p. 170, *RTD civ.* 1997. 130.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *RTD civ.* 1999. 394.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, n° 99-15.170 : *Bull. civ.* I, n° 40, p. 25, *RTD civ.* 2001. 363.
- ◇ Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 24 sept. 2003, n° 02-12.474 : *Bull. civ.* III, n° 161, p. 143, *RTD civ.* 2003. 707.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, *RTD civ.* 2004. 89.
- ◇ Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 1996, n° 93-21.414 : *Bull. civ.* I, n° 36, *RTD civ.* 1996. 898.
- ◇ Obs. sous Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243 : *Bull. civ.* IV, n° 186, p. 206, *RTD civ.* 2004, p. 80 ; *RTD civ.* 2006, p. 754.

**MICHEL C.-A.,**

Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv. 2022, n° 20-18.918 : *JurisData* n° 2022-000061, *Lexbase*, *Le Quotidien* du 13 janvier 2022.

**MIGNOT M.,**

Note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv. 2022, n° 20-18.918 : *JurisData* n° 2022-000061, *JCP G* 2022, 231.

**MOLINA L.,**

Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv. 2022, n° 20-18.918 : *JurisData* n° 2022-000061, *LEDC* févr. 2022, n° DCO200q4.

**Mouial-Bassilana E.**

Obs. sous Civ. 2<sup>e</sup>, 22 oct. 2020, n° 19-21.039, *Gaz. Pal.* 23 mars 2021. 27.

**PICOD Y.,**

Note sous Com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619 : *Bull. civ.* IV, n° 136, p. 152, *JCP* 2003, II, 10017.

**PLANQCUEEL A.,**

Note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1968 : *Bull. civ.* III, n° 129, *JCP* 1968. II. 15587.

**POILLOTE.,**

Obs. sous CJUE., 9 nov. 2010, n° C -137/08, VB, *Pénzügyi Lízing Zrt c/Ferenc Schneider*, *D.* 2011. p. 983.

**POISSONNIER A.,**

Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2015, n° 14-15.655 : *Bull. civ.* I, n° 131, *D.* 2015. 1677.

**PONSARD R.,**

Obs. sous Com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086 : *Bull. civ.* IV, n° 143, *AJCA* 2015. 86.

**POUMARÈDE G.,**

Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, n° 10-21.900 : *Bull. civ.* III, n° 152, *RDI* 2011. 623.

**RAYNARD J.,**

Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : *Bull. civ.* I, n° 300, p. 207, *RTD civ.* 1999. 394.

**REJET TH.,**

Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 2010, n° 09-15.891, *RTD civ.* 2011. 369.

**RZEPECKI N.,**

Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : *Bull. civ.* I, n° 300, p. 207, *JCP* 1999. II. 10133.

**SAVAUX E.,**

Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, n° 99-15.170 : *Bull. civ.* I, n° 40, p. 25, *Defrénois* 2001. 705.

**SIMLER PH.,**

Obs. sous Com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619 : *Bull. civ.* IV, n° 136, p. 152, *JCP* 2003, I, 124, n° 6.

**SIZAIRE C.,**

Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv. 2022, n° 20-18.918 : *JurisData* n° 2022-000061, *Constr.-Urb.* 2022, comm. 37.

**SOUSTELLE PH.,**

Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 1996, n° 93-21.414 : *Bull. civ.* I, n° 36, *RTD civ.*, 1997. 571.

**TISSEYRE S.,**

Note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv. 2022, n° 20-18.918 : *JurisData* n° 2022-000061, *D.* 2022, p. 501.

**TOURNAFOND O.,**

Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 déc 2006, n° 05-20.065, *Bull. civ.* III, n° 256 ; *D.* 2007. 371 ; *RDI* 2007. 351.

**TRICOIRE J.-P.,**

Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2011, n° 09-70.262 : *Bull. civ.* III, n° 3, *RDI* 2011. 231.

**TREPOZ S.,**

Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2004, n° 01-02.020 : *Bull. civ.* I, n° 27, p. 23, *JCP* 2004. II. 10149.

**VASSEUR M.,**

Obs. sous Ch. mixte, 20 janv. 1978 : *Bull. civ. ch. mixte*, n° 1, *R.* p. 37 ; *D.* 1978. 349 ; *IR* 229.

**VINEY G.,**

Note sous Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 : *Bull. AP.*, n° 9, p. 23, *D.* 2006, p. 2825.

## V. RAPPORTS

**RAPPORT AU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE** relatif à l'ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

**RAPPORT DU CONSEIL D'ÉTAT**, « Sécurité juridique et complexité du droit », *La documentation française*, 2006.

**RAPPORT D'INFORMATION AU SÉNAT**, par les sénateurs Alain Anziani et Laurent Bételle, Doc. Sénat, n° 558, 15 juill. 2009.

## VI. DICTIONNAIRES SPÉCIAUX, OEUVRES PHILOSOPHIQUES ET LITTÉRAIRES

**ALAIN.**, *Propos*, Pléiade, t. II, 1931.

**ALLAND D., RIALS S.** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

**ARISTOTE.**, *Ethique de Nicomaque*, GF Flammarion, 1992.

**BENVENISTE E.**, *Problèmes de linguistique générale*, Galimard, 1966.

**BERGSON H.**, *La pensée et le mouvant, Introduction*, éd. Desclée de Brouwer, 2020.

**BODIN J.**, *Œuvres philosophiques*, t. I, PUF, 1951.

**CANGUILHEM G.**, *Le normal et le pathologique*, PUF, 1966.

**COMTE-SPONVILLE A.**, *Valeur et vérité*, PUF, 1997.

- CORNU G., par Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd., PUF, 2020.
- DE SAINT-EXUPÉRY A., *Terres des Hommes, Œuvres complètes*, t. I, Gallimard, 1994.
- DEWEY J., *Démocratie et éducation*, Armand Colin, 1975.
- DURKHEIM E., *De la division du travail social*, PUF, 1960.
- GADAMER G., *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Seuil, 1996.
- GAUCHET M., *Le désenchantement du monde*, Gallimard, 1985.
- GAZZANIGA., *Nature's Mind*, Basic books, 1992.
- GUIRAUD P., *La sémantique*, PUF, 1964.
- HEIDEGGER M., *Être et temps*, Gallimard, 1986.
- HEINICH N., *Des valeurs, une approche sociologique*, Gallimard, 2017
- KANT E.,
- ◇ *Critique de la raison pratique*, I, I, Flammarion, 2003.
  - ◇ *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Le livre de poche, 1993.
  - ◇ *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, 1784.
  - ◇ *Métaphysiques des mœurs*, VRIN, 1988.
- KEPPEL G., *La revanche de Dieu*, Seuil, 1991.
- LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Broché, 2010.
- LAVELLE L., *Traité des valeurs*, t. 1, *Théorie générale de la valeur*, PUF, 1991.
- LIPOVETSKY G., *l'Ere du vide*, Gallimard, 1983.
- MALBRANCHE N., *De la recherche de la vérité*, Paris, 1674.
- ORIANNE P., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2003.
- REY-DEBOVE J., REY A. (dir.) *Le Petit Robert*, Le Robert, 2017.
- RICŒUR P., *Le juste*, éd. Esprit, 1995.
- SCHLANGER J., *Objets idéels*, Vrin, 1978.
- WEBER M., *Économie et société*, Tübingen, 192





## INDEX

---

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

**A****Abstrait**

*n° 57.*

**Abus**

*n° 117, 228.*

**Acceptabilité**

*n° 40, 210, 396, 426.*

**Accessibilité**

*n° 31, 162, 341 et s.*

**Action interrogatoire**

*n° 470, 553.*

**Adaptation du droit**

*n° 24, 59*

**Altruisme**

*n° 535.*

**Analyse économique du droit**

*n° 23, 470.*

**Apparence**

*n° 405.*

**Arbitrage**

*n° 251.*

**Attractivité du droit**

*n° 2.*

**Autonomie**

*n° 436.*

**Axiologie**

*n° 37, 462.*

**B****Bergson**

*n° 261.*

**Bon père de famille**

*n° 3, 33, 165, 379.*

**Bonne foi**

*n° 82, 117, 154, 247, 335, 370 et s.*

**C****Catégorie**

*n° 144.*

**Caution**

*n° 70, 76 (nbp), 112 (nbp), 487 (nbp).*

**Cautionnement**

*n° 338.*

**Clarté (de la loi)**

*n° 341 et s.*

**Clause**

◇ Abusive *n° 508 et s.*

◇ De Hardship *n° 523.*

◇ Pénale *n° 512 et s (nbp).*

**Commune intention**

*n° 382 (nbp).*

**Conclusion du contrat**

*n° 497, 500 et s (nbp).*

**Concept**

*n° 310, 509.*

**Conditions suspensive et résolutoire**

*n° 387 (nbp).*



**Conditions générales**

*n° 298, 490 (nbp),*

**Consensualisme**

*n° 41, 476.*

**Consommation (droit de la)**

*n° 75, 135, 509.*

**Contenu du contrat**

*n° 454 et s.*

**Contrat**

◇ *Type n° 3.*

◇ *D'adhésion n° 298, 434, 509 (nbp).*

**Contrepartie illusoire ou dérisoire**

*n° 514.*

**Contrôle des notions de fait**

*n° 274.*

**Coopération**

*n° 163, 388, 408, 411, 418.*

**D**

---

**Délai**

◇ *Bref délai n° 115 et s.*

◇ *Délai raisonnable v. standard*

◇ *Meilleurs délais n° 115 et s.*

**Délégation de pouvoir**

*n° 46, 66, 82.*

**Dépendance**

◇ *Abus (de) n° 449, 503.*

◇ *Notion de n° 138, 154, 207 et s.*

**Dérisoire (Contrepartie)**

*v. Standard*

**Descriptif (Standard)**

*n° 294.*

**Déséquilibre significatif**

*v. Standard*

**Directive (notion de)**

*n° 134.*

**Disproportion manifeste**

*v. Standard*

**Divorce**

*n° 28.*

**Dogmatique**

*n° 307.*

**Domage et intérêts**

*n° 408, 500, 526, 561.*

**Durée**

*n° 463.*

**Durkheim**

*n° 41, 264 (nbp).*

**E**

---

**Échange économique**

*n° 430, 439, 455.*

**Économie du contrat**

*n° 285, n° 528.*

**Effectivité**

*n° 395.*

**Effet relatif**

*n° 250, 469 et s.*

**Efficacité contractuelle**

*n° 376, n° 406, n° 504.*

**Équilibre contractuel**

◇ *Notion n° 401, n° 426 et s.*

◇ *Équilibre interne n° 454 et s, 483 et s.*

◇ *Équilibre externe n° 461 et s, 535.*

**Équité**

*n° 3, 123.*

**Erreur**

*n° 498.*

**Étendard**

n° 4.

**Éthique**

n° 170, 265, 397, 462.

**Excès**

n° 337, 391 et s.

**Exécution forcée**

n° 211, 551.

**F**

---

**Fait (objectivité)**

n° 256 et s.

**Faute lourde ou dolosive**

v. *Standard*

**Force obligatoire**

n° 327, 536, 560 et s.

**Formation du contrat**

n° 497.

**G**

---

**Gauchet**

n° 41.

**H**

---

**Heidegger**

n° 43.

**Hierarchie des normes**

n° 9, 185.

**I**

---

**Imprévision**

n° 488 (*nbp*), 523, 531.

**Inapplicabilité manifeste**

n° 251.

**Inexécution contractuelle**

n° 468, 521 et s, 526.

**Individualisme**

n° 465, 538.

**Intérêt (notion-cadre)**

◇ *Social* n° 132, 174 et s, 318.

◇ *De l'enfant* n° 319.

◇ *De la famille* n° 319.

**Interprétation**

◇ *Complétive* n° 382, 417.

◇ *Explicative* n° 381.

**J**

---

**Justice contractuelle**

n° 408, 434 et s.

**K**

---

**Kant**

n° 258 et s., 397, 436.

**Keppel**

n° 41.

**L**

---

**Langage**

n° 31, 40, 70, 261, 346.

**Légitimité**

n° 110, 396.

**Lésion**

n° 448, 493.

**Liberté contractuelle**

n° 75, 467.

**Lipovetsky**

n° 41.

**Logique inductive**

n° 9.

**Loyauté**

*n° 388, 411, 441, 473.*

**M**

---

**Malléabilité**

*n° 23.*

**Mandat**

*n° 406.*

**Métanorme**

*n° 9, 184 et s.*

**Méthode réductionniste**

*n° 11.*

**Modèle (normalité)**

*n° 95.*

**Morin**

*n° 538.*

**Motivation**

*n° 210.*

**Moyenne**

*n° 93.*

**N**

---

**Négociations**

*n° 410, 498 et s.*

**Notion**

- ◇ Cadre *n° 158, 202.*
- ◇ Fonctionnelle *n° 16, 129, 178 (nbp).*
- ◇ Indéterminée *n° 19, 53, 54, 69.*
- ◇ Sans caractères propres *n° 287 s.*

**Normalité**

*n° 88, 91, 95, 99, 100, 108, 110, 115, 120, 122.*

**Nullité**

*n° 251, 500 (nbp), 503, 514 (nbp).*

**O**

---

**Obligations accessoires**

*n° 247, 337, 408.*

**Offre**

*n° 346, 348 (nbp), 473, 554.*

**Office du juge**

*n° 9.*

**Ogien**

*n° 221.*

**Opportunisme**

*n° 470.*

**Opposabilité**

*n° 250, 310, 469.*

**Ordre public**

*n° 315.*

**P**

---

**Partie faible**

*n° 51, 302, 430 et s, 500, 536.*

**Personne raisonnable**

*n° 543.*

**Positivism**

*n° 7, 8, 266, 462.*

**Prévisibilité**

*n° 2, 330, 344 (nbp).*

**Principe**

- ◇ Juridique *n° 143, 149, 216.*
- ◇ Directeur *n° 365, 374, 421, 438.*
- ◇ Européens *n° 1*

**Prix**

*n° 291, 510.*

**Procès équitable**

*n° 248.*

**Proportionnalité**

*n° 112, 547.*

**Prudence**

*n° 285, 307.*

**Q**

---

**Qualification** (juridique et ordinaire)

*n° 493.*

**R**

---

**Raison**

*n° 195, 197, 377 et s.*

**Raisonné**

◇ *Principe n° 374.*

◇ *Force créatrice n° 393.*

**Rationnel**

*n° 377, 388.*

**Régulation**

*n° 49.*

**Résiliation**

*n° 487.*

**Résolutions**

*n° 527.*

**Rétractation**

*n° 346, 348 (nbp).*

**Régulation** (droit de)

*n° 49.*

**Rupture**

*n° 82.*

**S**

---

**Sécurité juridique**

*n° 132, 330 et s.*

**Soft Law**

*n° 24, 84.*

**Solidarisme contractuel**

*n° 312, 439.*

**Sous-directive** (notion de)

*n° 136.*

**Subjectivation**

*n° 338, 517.*

**Suffisamment grave**

*v. standard*

**Surendettement**

*n° 275.*

**Standard** (définition)

*n° 137, 280, 324, 328, 355, 361.*

**Standards**

◇ *Avantage manifestement excessif n° 152, 295, 487, 493, 503.*

◇ *Conditions substantiellement différentes n° 499 et s.*

◇ *Contrepartie illusoire ou dérisoire n° 449, 487, 490, 512 et s.*

◇ *Coût raisonnable n° 314, n° 355, n° 367, n° 378, n° 410.*

◇ *Délai raisonnable n° 371, n° 405.*

◇ *Déséquilibre significatif n° 199, n° 233, n° 311, n° 484 et s.*

◇ *Disproportion manifeste n° 556 et s.*

◇ *Exécution excessivement onéreuse n° 523 et s.*

◇ *Faute lourde ou dolosive n° 560 et s.*

◇ *Inexécution suffisamment grave n° 526 et s.*

◇ *Pénalité manifestement excessive ou dérisoire n° 512 et s.*

**Standardisation**

*n° 4.*

**Syllogisme régressif**

*n° 110 (nbp).*

**Systèmes juridiques**

*n° 2.*

***T***

---

**Technique**

*n° 4, 45.*

**Temps**

*n° 553*

**Tiers**

*n° 406, 469.*

***U***

---

**Utilitarisme**

*n° 441.*

***V***

---

**Valeurs**

*n° 38, 51, 463, 465, 474.*





## TABLE DES MATIÈRES

---

REMERCIEMENTS.....	
TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	
SOMMAIRE.....	
INTRODUCTION.....	- 1 -
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. L'IMPERFECTION DES APPROCHES CONTEMPORAINES DU STANDARD .....	- 25 -
<i>Section I. L'insuffisance de l'approche fonctionnelle.....</i>	<i>- 28 -</i>
<i>Sous-Section I. Les fonctions attribuées au standard.....</i>	<i>- 30 -</i>
§1. Les fonctions idéologiques.....	- 31 -
A. La fonction économique.....	- 31 -
1. Une souplesse normative.....	- 31 -
a. La souplesse de la règle et le droit d'auteur.....	- 34 -
b. L'adaptation et le droit de la famille.....	- 35 -
2. Une minimisation des coûts et une maximisation de la compétitivité.....	- 36 -
a. L'adaptabilité, vecteur de compétitivité.....	- 36 -
b. L'adaptabilité, outil de réduction des coûts de la justice.....	- 37 -
B. Les fonctions de moralisation et de légitimation.....	- 38 -
1. Un vecteur de moralité.....	- 39 -
2. Une source de légitimation.....	- 42 -
§2. Les fonctions techniques.....	- 46 -
A. Une délégation de pouvoir.....	- 47 -
B. Un instrument de régulation et d'occultation.....	- 49 -
Conclusion Sous-Section I.....	- 52 -
<i>Sous-section II. L'incapacité de l'approche fonctionnelle à circonscrire le standard.....</i>	<i>- 53 -</i>
§1. L'indétermination : dénominateur commun des fonctions.....	- 54 -
A. Le rôle de l'indétermination dans les fonctions idéologiques.....	- 55 -
1. Le rôle de l'indétermination dans le renvoi au monde des valeurs.....	- 55 -
2. Le rôle de l'indétermination dans l'adaptation du droit.....	- 58 -
B. Le rôle de l'indétermination dans les fonctions techniques.....	- 59 -
1. Le rôle de l'indétermination dans la régulation.....	- 59 -
2. Le rôle de l'indétermination dans l'occultation.....	- 60 -
3. Le rôle de l'indétermination dans la délégation de pouvoir.....	- 61 -
§2. L'indétermination : dénominateur commun des notions.....	- 62 -
A. La transposabilité de la définition fonctionnelle.....	- 63 -
B. La concurrence dans les fonctions attribuées.....	- 66 -
1. La concurrence des notions indéterminées dans les fonctions idéologiques.....	- 66 -
a. La concurrence dans le renvoi au monde des valeurs.....	- 66 -
b. La concurrence dans la fonction d'adaptation du droit.....	- 70 -
2. La concurrence des notions indéterminées dans les fonctions techniques.....	- 71 -
a. La concurrence dans la fonction de délégation de pouvoir.....	- 72 -
b. La concurrence dans la fonction d'occultation.....	- 73 -
Conclusion Sous-section II.....	- 75 -



<b>Section II. La relativité de l'approche conceptuelle reposant sur l'idée de normalité .....</b>	<b>77 -</b>
§1. Un critère matériel complexe.....	77 -
A. Un critère contingent.....	78 -
1. La contingence de l'être, la <i>normalité-moyenne</i> .....	80 -
2. La contingence du devoir-être, la <i>normalité-modèle</i> .....	82 -
B. Une mise en œuvre incertaine .....	84 -
1. Un diptyque laissé à la libre appréciation du juge .....	84 -
a. Un référentiel à forte densité d'abstraction.....	84 -
b. Un report de la difficulté sur la notion de normalité .....	85 -
2. Un diptyque hypothétique .....	86 -
§2. Un critère explicatif insuffisant.....	89 -
A. Les limites d'une classification des standards au regard de la normalité.....	90 -
1. La normalité dans les standards inclusifs primaires.....	91 -
a. La légitimité et la normalité .....	91 -
b. La proportionnalité et la normalité .....	93 -
2. La normalité, le délai et l'abus .....	95 -
a. Le délai et la normalité. ....	96 -
b. L'abus et la normalité .....	97 -
B. Les limites d'une singularisation des standards au regard de la normalité.....	99 -
1. Un critère explicatif du droit.....	100 -
2. Un critère non singulier .....	102 -
Conclusion Section II.....	105 -
<b>Conclusion Chapitre Préliminaire .....</b>	<b>107 -</b>

**PREMIÈRE PARTIE. LE STANDARD JURIDIQUE, SOUS-DIRECTIVE D'APPLICATION D'UNE DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE .....** - 111 -

**TITRE PREMIER. LA NATURE DU STANDARD .....** - 117 -

**CHAPITRE PREMIER. UNE SOUS-DIRECTIVE .....** - 119 -

<b>Section I. La réduction notionnelle du standard par le principe.....</b>	<b>122 -</b>
§1. Une directive référentielle primaire .....	124 -
§2. Une différence de nature .....	129 -
Conclusion Section I.....	133 -

<b>Section II. La réduction notionnelle du standard par la notion-cadre.....</b>	<b>134 -</b>
§1. Une directive référentielle subsidiaire .....	135 -
A. Une détermination contemporaine.....	135 -
1. Une notion circonscrite et intentionnelle .....	135 -
2. Un modèle auxiliaire.....	138 -
B. Une directive indéterminée subsidiaire .....	140 -
§2. Une différence de nature .....	142 -
A. Une directive .....	142 -
B. Une directive abstraite .....	143 -
C. Une directive déontique.....	144 -
Conclusion Section II.....	145 -

**Conclusion Chapitre Premier.....** - 147 -

CHAPITRE SECOND. UNE SOUS-DIRECTIVE INSCRITE DANS UN RAPPORT  
D'APPLICATION..... - 149 -

**Section I. Une sous-directive référée..... - 152 -**

§1. La directive référentielle primaire : le principe juridique ..... - 154 -

A. La primauté du principe sur les règles : un référent supérieur ..... - 156 -

B. La primauté du principe sur le droit : un référent transcendant ..... - 157 -

§2. La directive référentielle subsidiaire : la notion-cadre..... - 160 -

A. La détermination d'une directive référentielle subsidiaire..... - 160 -

B. L'emploi législatif de la directive référentielle subsidiaire ..... - 162 -

Conclusion Section I..... - 163 -

**Section II. Une sous-directive dépendante..... - 165 -**

§1. Une dépendance relative à la fonction du standard ..... - 165 -

§2. Une dépendance relative au contenu du standard ..... - 173 -

A. L'identification nécessaire du contenu ..... - 173 -

B. L'absence de contenu propre ..... - 176 -

1. Le défaut de contenu idéal ..... - 177 -

2. L'application du contenu idéal ..... - 180 -

Conclusion Section II..... - 183 -

**Conclusion Chapitre Second..... - 185 -**

**Conclusion Titre Premier..... - 187 -**

TITRE SECOND. LES CARACTÈRES DU STANDARD..... - 189 -

CHAPITRE PREMIER. LA DÉTERMINATION DES CARACTÈRES PROPRES..... - 191 -

**Section I. Une sous-directive de concrétisation ..... - 193 -**

§1. La directive médiate et non concrétisable..... - 195 -

§2. La sous-directive de concrétisation ..... - 198 -

Conclusion Section I..... - 201 -

**Section II. Une sous-directive d'objectivation ..... - 202 -**

§1. L'altérité fondamentale : le fait et la valeur ..... - 203 -

A. L'objectivité du fait ..... - 204 -

1. La séparation du fait et du droit ..... - 204 -

2. L'objectivité du « fait brut » ..... - 206 -

B. La subjectivité des valeurs ..... - 209 -

§2. La conciliation de l'altérité fondamentale..... - 211 -

A. Une règle factuelle..... - 211 -

1. Une expression particulière de la règle ..... - 211 -

2. Une règle de droit mêlée de faits ..... - 213 -

B. Un instrument d'objectivation ..... - 218 -

Conclusion Section II..... - 219 -

**Conclusion Chapitre Premier..... - 221 -**

**CHAPITRE SECOND. L'INCIDENCE DES CARACTÈRES PROPRES..... - 223 -**

***Section I. Une taxinomie à repenser ..... - 224 -***

*§1. La reclassification des notions non standard..... - 224 -*

A. Les notions indéterminées sans caractères propres..... - 226 -

1. La correction de la classification fondée sur la quantifiabilité et la descriptivité..... - 227 -

a. L'impasse des standards quantifiables..... - 228 -

b. L'impasse des standards descriptifs..... - 230 -

2. Le défaut d'identité des notions sans caractères propres..... - 233 -

a. L'indifférence du caractère de modulation..... - 234 -

b. Le défaut d'application et de conciliation..... - 237 -

c. L'absence de directive référentielle..... - 238 -

B. Les notions-cadre et principes juridiques..... - 241 -

1. L'impasse des standards dogmatiques non évaluatifs..... - 242 -

2. La reclassification des standards dogmatiques non évaluatifs..... - 244 -

a. Les notions dogmatiques non évaluatives : principes juridiques..... - 245 -

b. Les notions dogmatiques non évaluatives : notions-cadre..... - 247 -

i. L'ordre public..... - 247 -

ii. La notion d'intérêt..... - 249 -

iii. La notion d'attente légitime..... - 252 -

*§2. La classification des standards contractuels..... - 255 -*

A. Les standards d'application de l'équilibre interne..... - 256 -

B. Les standards d'application de l'équilibre externe..... - 257 -

Conclusion Section I..... - 258 -

***Section II. Une sécurité juridique à réévaluer..... - 260 -***

*§1. Une insécurité factuelle : la capacité d'objectivation du standard..... - 261 -*

*§2. Une insécurité relative : la capacité de concrétisation du standard..... - 267 -*

A. Un vecteur d'accessibilité..... - 267 -

B. Un vecteur de libre arbitre..... - 273 -

Conclusion Section II..... - 275 -

***Conclusion Chapitre Second..... - 277 -***

***Conclusion Titre Second..... - 279 -***

***Conclusion Première Partie..... - 281 -***

SECONDE PARTIE. LE STANDARD CONTRACTUEL, SOUS-DIRECTIVE  
D'APPLICATION DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL ..... - 285 -

TITRE PREMIER. L'IDENTIFICATION DE LA DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE DANS LE  
CONTEXTE CONTRACTUEL ..... - 289 -

CHAPITRE PREMIER. LA RÉFUTATION DE LA BONNE FOI ET DU RAISONNABLE 291

**Section I. Le raisonnable au fondement de la norme..... - 293 -**  
§1. Les contours d'un principe..... - 293 -  
§2. L'identification d'une force créatrice ..... - 297 -  
A. Une force fédératrice de sanctions..... - 299 -  
1. Un outil général de sanction de l'incohérent..... - 300 -  
2. Un fédérateur de l'excessif..... - 304 -  
B. Une force créatrice de légitimation ..... - 306 -  
Conclusion Section I..... - 308 -

**Section II. La bonne foi au fondement de la justice..... - 310 -**  
§1. Les contours d'un principe..... - 310 -  
A. Le contenu de la bonne foi ..... - 311 -  
1. La bonne foi croyance sincère ou légitime..... - 312 -  
2. La bonne foi norme de comportement ..... - 314 -  
B. Le principe de bonne foi ..... - 315 -  
§2. L'identification d'un concept créateur ..... - 319 -  
A. Une source de normativité..... - 319 -  
B. Un fondement justificatif ..... - 321 -  
Conclusion Section II..... - 323 -

**Conclusion Chapitre Premier..... - 327 -**

CHAPITRE SECOND. LA DÉTERMINATION DU PRINCIPE D'ÉQUILIBRE  
CONTRACTUEL ..... - 329 -

**Section I. La justice contractuelle, fondement probable ..... - 333 -**  
§1. L'origine de l'équilibre contractuel..... - 334 -  
A. Le principe premier de justice contractuelle..... - 334 -  
B. Le principe subséquent d'équilibre contractuel..... - 339 -  
§2. L'émergence d'un principe..... - 342 -

**Section II. L'harmonie contractuelle, finalité probante ..... - 347 -**  
§1. L'équilibre interne : l'harmonie du contenu du contrat..... - 347 -  
§2. L'équilibre externe : l'harmonie du droit des contrats ..... - 352 -  
A. Les principes fondateurs d'une vision économique du contrat..... - 356 -  
1. Le rôle fondateur des principes économiques ..... - 358 -  
2. La promotion du libéralisme par les principes économiques..... - 361 -  
B. Les principes directeurs d'une vision morale des contrats ..... - 363 -

**Conclusion Chapitre Second..... - 368 -**

<b>TITRE SECOND. L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE RÉFÉRENTIELLE PAR LE STANDARD CONTRACTUEL .....</b>	<b>- 371 -</b>
<b>CHAPITRE PREMIER. L'APPLICATION DE L'ÉQUILIBRE INTERNE .....</b>	<b>- 375 -</b>
<b><i>Section I. L'objectivation par la gradation du standard .....</i></b>	<b>- 377 -</b>
§1. <i>L'objectivation par le seuil de l'évidence .....</i>	- 377 -
§2. <i>L'efficacité de l'objectivation par le seuil de l'évidence .....</i>	- 382 -
Conclusion Section I .....	- 385 -
<b><i>Section II. La concrétisation par le standard .....</i></b>	<b>- 386 -</b>
§1. <i>La concrétisation dans la formation du contrat .....</i>	- 387 -
A. <i>La concrétisation au regard du consentement .....</i>	- 387 -
1. <i>Les conditions substantiellement différentes .....</i>	- 389 -
2. <i>L'avantage manifestement excessif .....</i>	- 393 -
B. <i>La concrétisation au regard des prestations .....</i>	- 398 -
1. <i>La concrétisation au regard des clauses du contrat .....</i>	- 399 -
a. <i>Le déséquilibre significatif .....</i>	- 400 -
b. <i>Le manifestement excessif ou dérisoire .....</i>	- 405 -
2. <i>La contrepartie illusoire ou dérisoire .....</i>	- 408 -
§2. <i>La concrétisation dans l'exécution du contrat .....</i>	- 415 -
A. <i>L'exécution excessivement onéreuse .....</i>	- 416 -
B. <i>Le suffisamment grave .....</i>	- 421 -
Conclusion Section II .....	- 425 -
<b><i>Conclusion Chapitre Premier .....</i></b>	<b>- 427 -</b>
<b>CHAPITRE SECOND. L'APPLICATION DE L'ÉQUILIBRE EXTERNE .....</b>	<b>- 429 -</b>
<b><i>Section I. L'objectivation par la technique .....</i></b>	<b>- 432 -</b>
Conclusion Section I .....	- 436 -
<b><i>Section II. La concrétisation par le standard .....</i></b>	<b>- 438 -</b>
§1. <i>La concrétisation par les standards du raisonnable .....</i>	- 438 -
A. <i>L'approche finaliste et objective .....</i>	- 441 -
1. <i>L'approche finaliste .....</i>	- 442 -
2. <i>L'approche objective .....</i>	- 444 -
B. <i>L'application de l'approche objective finaliste .....</i>	- 445 -
1. <i>L'application par le délai raisonnable .....</i>	- 446 -
2. <i>L'application par le coût raisonnable .....</i>	- 450 -
§2. <i>La concrétisation dans les règles de réparation du préjudice .....</i>	- 457 -
A. <i>La faute lourde ou dolosive .....</i>	- 457 -
B. <i>L'hypothèse de la faute manifestement délibérée .....</i>	- 459 -
Conclusion Section II .....	- 461 -
<b><i>Conclusion Chapitre Second .....</i></b>	<b>- 463 -</b>
<b><i>Conclusion Titre Second .....</i></b>	<b>- 465 -</b>
<b><i>Conclusion Seconde Partie .....</i></b>	<b>- 467 -</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>471</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>485</b>
<b>INDEX .....</b>	<b>535</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>- 543 -</b>