

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

S. Bros, Les sanctions de l'article 1170 du Code civil, Cycle de conférences : La substance de l'obligation essentielle, 13 mai 2024, Cour de cassation, Grand'chambre, bjda.fr 2024, n° 94

Les sanctions de l'article 1170 du Code civil

Sarah Bros,

Professeur agrégé de droit privé

CR2D, Université Paris Dauphine-PSL

Directrice de l'Institut des Assurances de Paris Dauphine

Contrat d'assurance – C. civ. art. 1170 – C. civ. art. 1184 – Obligation essentielle – Clause privant l'obligation essentielle de sa substance – Réputé non écrit – Nullité – Clause abusive – Divisibilité – Imprescriptibilité – Clause limitative de responsabilité – Clause pénale – Clause potestative – Renonciation à recours – Cohérence – Economie du contrat – Force obligatoire du contrat

La titre de cette contribution pourrait surprendre par l'emploi du pluriel. L'article 1170 du Code civil ne prévoit qu'une sanction : la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur « *est réputée non écrite* ». Exclusive en apparence, la sanction des clauses contraires à l'obligation essentielle pourrait être plus ouverte.

Le réputé non écrit a progressivement acquis un rôle prépondérant dans la sanction des clauses illicites. Il figurait déjà dans la version initiale du Code civil à l'article 900 concernant les conditions illicites et impossibles contenues dans les legs et donations qui « *seront réputées non écrites* ». L'article 1844-1, dont la création date de 1978, répute également non écrites les clauses léonines inscrites dans le contrat de société. Cette sanction a longtemps été considérée comme une nullité partielle.

Puis le réputé non écrit est devenu l'arme d'une police des clauses véritablement initiée par le droit de la consommation. Les clauses abusives sont en effet réputées non écrites¹. Les spécificités de cette sanction sont d'abord apparues dans ce domaine, et ont conduit progressivement à la distinguer de la nullité partielle². Le réputé non écrit recèle une sorte de fiction d'inexistence de la clause et est seulement constaté, et non prononcé, par le juge.

¹ C. consomm., art. L. 241-1.

² S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica 2006.

En dehors du droit de la consommation, avant 2016, la jurisprudence utilisait de longue date la formule du « réputé non écrit » pour éradiquer certaines stipulations contenues dans des contrats soumis à des règles spéciales (en droit des assurances notamment, dans une série d'arrêts remarqués³) quand aucun texte ne prévoyait spécifiquement cette sanction.

Des contrats soumis au seul droit commun étaient également concernés. Ainsi, les clauses contraires à l'obligation essentielle ont été déclarées non écrites dans le fameux arrêt *Chronopost*⁴, à nouveau sans texte spécifique énonçant cette sanction⁵. La fiction de l'inexistence, dont on ne devrait admettre qu'une origine légale, était fragilisée par ces initiatives prétoriennes, sauf à considérer qu'il s'agissait d'une nullité partielle.

La sanction du réputé non écrit est dorénavant affirmée dans l'article 1170 du Code civil ainsi que dans l'article 1171 du même Code concernant les clauses privant l'obligation essentielle de sa substance pour le premier, celles créant un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion pour le second. Il n'existe plus aucun doute : le réputé non écrit constitue une sanction particulière des clauses intolérables dans le contrat.

Ces nouveaux textes sont complétés par les dispositions de l'article 1184 alinéa 2, qui affirme : « *Le contrat est maintenu lorsque la loi réputé la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien* ». Le réputé non écrit est donc l'éradication d'une clause contractuelle illicite.

L'amputation d'une clause du contrat réputée non écrite est imprescriptible. Cette solution étrange a été affirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation⁶, et approuvée par la CJUE⁷ concernant les clauses abusives en droit de la consommation. Quoiqu'excessive, l'imprescriptibilité du réputé non écrit, est dorénavant dictée par le droit européen. Elle ne se justifie pas en dehors du droit de la consommation.

³ Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1990, n°88-12863, n°87-15834, n°87-11717, *Resp. civ. et assur.* 1991, comm. 81 et chron. 4, H. Groutel ; *RGAT* 1991, p. 1555, note J. Bigot, à propos des clauses de réclamation dans les assurances de responsabilité civile professionnelle.

⁴ Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18632, *D.* 1997, p. 121, obs. A. Sériaux ; *D.* 1997, Somm. 175, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 1997, I, 4025, obs. G. Viney ; *JCP* 1997, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan ; *JCP* 1997, II, 22881, note D. Cohen ; *JCP* 1998, I, 152, chron. J.-P. Chazal ; *RTD civ.* 1997, 418, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 1997, n° 24, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 1997, p. 333, note D. Mazeaud. Cass. com. 29 juin 2010 n° 09-11841, arrêt *Faurecia II* : *RDC* 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; *RDC* 2010, p. 1253, obs. O. Deshayes ; *D.* 2010, p. 1832, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2010, n° 787, note D. Houtcieff ; *JCP E* 2010, n° 1790, note Ph. Stoffel-Munck ; *CCC* 2010, comm. n° 220, obs. L. Leveneur.

⁵ V. aussi, concernant les clauses contraires à l'interdépendance des contrats dans la location financière, Cass. ch. mixte 17 mai 2013, n°11-22768, n°11-22927, *D.* 2013, p. 1658, obs. X. Delpech ; *D.* 2013, p. 1658, note D. Mazeaud ; *D.* 2013, p. 2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *D.* 2014, p. 630, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RTD civ.* 2013, p. 597, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2013, p. 569, obs. D. Legeais ; *JCP* 2013, p. 673, note F. Buy ; *JCP* 2013, p. 674, obs. J.-B. Seube ; *JCP E* 2013, p. 1403, note D. Mainguy ; *RDC* 2013, p. 1331, note Y.-M. Laithier ; *CCC* 2013, comm. n° 176, obs. L. Leveneur.

⁶ Cass. civ. 1^{re} 13 mars 2019, n°17-23169 ; Cass. civ. 3^e 19 nov. 2020, n°19-20405 ; Cass. civ. 1^{re} 30 mars 2022, n°19-17996, 6 arrêts.

⁷ CJUE 10 juin 2021, C-776/19, *JCP G* 2021, p.682, note D. Berlin ; *CCC* 2021, comm. n° 36, obs. S. Bernheim-Desvaux ; CJUE 21 avr. 2021, C-485/19.

En effet, cette imprescriptibilité n'a aucun fondement légal en droit interne. L'indispensable rôle de la jurisprudence dans la création du droit ne s'étend pas à l'édiction de normes contraires à des lois récentes. Or, l'article 2232 du Code civil, issu de la loi du 17 juin 2008, fixe la règle selon laquelle les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans. Les textes suivants apportent des exceptions mais la seule imprescriptibilité édictée dans le Code civil s'applique au droit de propriété (art. 2227⁸). Il apparaît déconcertant que le réputé non écrit soit placé au même rang que le droit de propriété. L'imprescriptibilité de ce dernier est justifiée par le rôle social structurant de la propriété, au même titre que la punition des crimes contre l'humanité⁹ dont l'action est imprescriptible au terme du Code pénal. Un délai de prescription allongé, associé au report du point de départ du délai auraient certainement suffi à garantir l'efficacité de la sanction du réputé non écrit.

Toujours est-il que l'article 1170 du Code civil semble conférer au réputé non écrit le monopole de la sanction de la clause privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (I). Cette affirmation mérite d'être nuancée car le réputé non écrit se trouve en concurrence avec d'autres sanctions possibles de ces clauses (II).

I) Le monopole du réputé non écrit

Tout dans la formulation du texte laisse à penser que la seule sanction d'une clause privant l'obligation essentielle du débiteur de sa substance est le réputé non écrit : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Le ton est catégorique et prescriptif.

L'article 1184 alinéa 2 du Code civil, qui en constitue le complément, contient deux précisions :

- Le réputé non écrit est toujours d'origine légale ;
- Sa portée est limitée à la seule clause éradiquée ; le reste du contrat étant maintenu inchangé.

Ces deux assertions, quoique légales, méritent d'être relativisées.

L'origine légale du réputé non écrit est contredite par la jurisprudence tant antérieure que postérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. Avant l'ordonnance, en l'absence de texte énonçant quelle était la sanction des clauses contraires à l'obligation essentielle, la jurisprudence avait déclaré de telles clauses non écrites sur le fondement de différents textes qui ne prévoyaient pas cette sanction (notamment l'ancien article 1131 du Code civil) et ce, en droit commun, comme dans divers droits spéciaux.

L'insertion de l'article 1184 dans le Code civil en 2016 aurait dû limiter les constatations de réputé non écrit aux situations prévues par les textes. Il n'en est pas ainsi. La jurisprudence continue de déclarer des clauses non écrites sans l'appui d'un texte énonçant cette sanction. Cela fut le cas récemment à propos de contrats spéciaux comme le contrat d'assurance¹⁰, le

⁸ Outre l'imprescriptibilité de ses attributs, v. art. 673 C. civ.

⁹ C. pén. art. L. 133-2 renvoyant aux art. L. 211-1 à L. 212-3 et L. 221-12 du même Code.

¹⁰ Cass. 2^e civ. 12 oct. 2023, n°22-13759, *RGDA* 2023, n°11, p. 17, obs. J. Kullmann.

contrat de travail¹¹, mais aussi, ce qui peut paraître plus étonnant, concernant des contrats relevant exclusivement du droit commun, comme la location financière dont la Cour de cassation a reconnu non écrites les clauses inconciliables avec l'interdépendance des contrats¹².

Quant au maintien du contrat amputé de sa clause, il n'est pas absolu non plus. En effet, il n'est pas toujours aisé de définir ce qu'est une clause : une phrase ? L'ensemble des phrases réunies logiquement dans un paragraphe ? Où faire cesser l'étendue du réputé non écrit ? Confrontée à cette dernière question, la jurisprudence a réactivé le critère qu'elle applique traditionnellement à la nullité : elle prescrit de rechercher si la stipulation prohibée est indivisible avec une clause la comprenant¹³ et ce, aussi bien dans des contrats soumis à des règles spéciales qu'à propos de contrats soumis au seul droit commun. L'indivisibilité de la stipulation est donc le critère de l'étendue du réputé non écrit, ce qui contribue à le rapprocher de la nullité dont on cherchait à l'éloigner.

La recherche de la divisibilité ou de l'indivisibilité peut-elle être cantonnée à l'analyse d'une seule stipulation quand la clause qui la contient porte atteinte à la substance du contrat et en affecte toute la cohérence ? Peut-on par exemple extraire une clause de renonciation à recours sans affecter l'économie du contrat ? Une clause exonératoire de responsabilité qui avait été stipulée en raison de la faiblesse du prix payé pour la prestation peut-elle être éradiquée d'un contrat qui se trouve maintenu pour le surplus ?

En dehors du droit de la consommation, où la prééminence du droit européen contraint à des solutions conformes, les spécificités du réputé non écrit paraissent fragiles et ce d'autant que les clauses privant l'obligation essentielle de sa substance peuvent être sanctionnées d'autres manières, sur le fondement d'autres textes.

II) La concurrence d'autres sanctions

Plusieurs autres sanctions des clauses privant l'obligation essentielle de sa substance sont envisageables.

De première part, le rédacteur, contractant ou tiers, est susceptible d'engager sa responsabilité en raison de l'exécution défectueuse de son obligation de rédiger un acte conforme aux prescriptions légales, responsabilité contractuelle ou délictuelle selon le cas.

De deuxième part, concernant les clauses limitatives de responsabilité, on sait, à la lecture du rapport accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016, qu'elles étaient la cible des rédacteurs de l'article 1170 du Code civil. Or, si on a pu douter par le passé de l'existence de clauses pénales dérisoires, en raison de l'ancien article 1152 du Code civil qui se référait au caractère comminatoire de la clause pénale, lequel ne fait sens que pour les forfaits élevés qui

¹¹ Par exemple, Cass. soc., 23 sept. 2020, n°18-20869.

¹² Cass. com. 10 janv. 2024, n°22-20466, *D.* 2024, p. 342, note G. Chantepie.

¹³ Cass. 3^e civ. 12 janv. 2022, n°21-11169, *D.* 2022, p. 1375, obs. Dumont ; *JCP E* 2022, p. 1160, note P. Bignon et p. 1174, obs. S. Regnaud, à propos des clauses d'indexation dans les baux commerciaux ; v. aussi Cass. 3^e civ. 28 sept. 2022, 21-25507 et Cass. 3^e civ. 4 janv. 2023, n°21-23412.

contraignent le débiteur à s'exécuter, il ne fait plus de doute depuis la réforme de 2016 qu'un forfait de dommages-intérêts peut être dérisoire au regard du préjudice que cause l'inexécution au créancier. En effet, l'article 1231-5 du Code civil alinéa 2 énonce désormais que le juge peut « *même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.* ». Il n'y a donc plus lieu d'exclure de la révision les clauses pénales dérisoires. Quand il est établi que la faiblesse du montant stipulé dans une clause de dommages-intérêts ne compensera jamais le préjudice causé par l'inexécution, parce qu'il est trop faible au regard des enjeux du contrat, la clause ne stipule pas un plafond mais un forfait. Sa requalification en clause pénale en permettrait alors la révision.

De troisième part, une clause privant l'obligation essentielle de sa substance peut être sanctionnée par la nullité en se fondant sur un autre texte que l'article 1170 du Code civil. En droit de la concurrence, de telles clauses peuvent être annulées¹⁴ en sus d'entraîner la responsabilité de leur auteur, en raison du déséquilibre significatif qu'elles produisent entre les droits et obligations des parties.

De quatrième part et enfin, l'atteinte que porte la clause à la substance du contrat ne manque pas d'évoquer ce que l'on nomme parfois la potestativité, entendue comme la situation où le contrat attribue à un contractant la faculté de se dégager de son obligation. Lorsque la clause s'analyse en une condition-modalité de l'obligation, elle relève de la catégorie des conditions potestatives prohibées et déclarées nulles par l'article 1304-2 du Code civil. Dans ce cas, la nullité de la clause est susceptible d'entraîner celle du contrat¹⁵. Plus généralement, les clauses potestatives – qui ne sont pas nécessairement des conditions au sens des articles 1304 et suivants du Code civil, sont une négation de la force obligatoire du contrat ; elles peuvent prendre des formes très variées, comme une renonciation à recours, ou bien une clause permettant dans certaines circonstances de se désengager du contrat de manière discrétionnaire et gratuite. Leur contrariété à l'article 1103 du Code civil suffirait à fonder leur nullité.

En déclarant non écrites les clauses privant l'obligation essentielle de sa substance, le Code civil témoigne une préférence pour leur éradication. Le réputé non écrit fait figure de sanction prioritaire des clauses privant l'obligation essentielle de sa substance, mais il n'en constitue pas la sanction exclusive. L'effet du réputé non écrit demeure en outre difficilement séparable de celui d'une nullité classique.

Il apparaît dès lors nécessaire d'admettre que le réputé non écrit du droit commun ne suit pas le régime du réputé non écrit du droit de la consommation. En droit commun, cette sanction est concurrencée par d'autres, ne devrait pas être imprescriptible et son étendue devrait obéir aux mêmes règles que celles régissant l'étendue de la nullité¹⁶, quand l'économie du contrat est affectée par l'éradication de la clause.

¹⁴ C. com., art. L. 442-1 et L. 442-4.

¹⁵ C. civ., art. 1184 al. 1^{er}.

¹⁶ D'ailleurs, la CJUE, saisie d'une question préjudicielle posée par les juridictions polonaises quant à l'étendue de l'éradication d'une clause abusive, a jugé que le contrat disparaissait en entier quand il ne pouvait pas subsister sans cette clause : CJUE, 23 nov. 2023, n°C-321/22.