UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

-

FACULTÉ DE DROIT

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

Discipline : Droit Privé

Présentée et soutenue publiquement par

Lionel CHARBONNEL

Le 24 novembre 2010

LA HIÉRARCHIE DES NORMES CONVENTIONNELLES : CONTRIBUTION À L'ANALYSE NORMATIVISTE DU CONTRAT

Directeur de Thèse
Mme Anne PÉLISSIER
Professeur à l'Université Montpellier I

JURY :

M. Arnaud MARTINON	Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse
Mme Anne PÉLISSIER	Professeur à l'Université Montpellier I
M. Franck PETIT	Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse
M. Didier PORACCHIA	Professeur à l'Université Aix-Marseille III – Paul Cézanne (Rapporteur)
M. Pascal PUIG	Professeur à l'Université de la Réunion (Rapporteur)

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme étant propres à leur auteur ».

REMERCIEMENTS

La présentation de ce travail doit être l'occasion de remercier une longue liste de personnes y ayant contribué d'une manière ou d'une autre.

Je tiens, bien évidemment, à remercier avant tout Madame le Professeur Anne PÉLISSIER pour avoir accepté de diriger cette recherche, pour ses conseils avisés et pour ses patientes relectures. Je la remercie encore de m'avoir un jour offert des travaux dirigés de droit international privé, l'investissement fut difficile, mais excessivement plaisant.

Je remercie également les membres de ce jury qui me font l'honneur de participer à l'appréciation de ce travail. Des remerciements particuliers doivent être adressés à Monsieur le Professeur Pascal PUIG qui m'a offert ce très beau sujet sur lequel j'ai eu un immense plaisir à travailler.

Je tiens encore à remercier chaleureusement Mme Béatrice CHAPLEAU pour la confiance qu'elle m'a accordée pendant toutes les années de la thèse, et avant même, en me confiant chaque année des travaux dirigés. Assurer ces derniers fut toujours un immense plaisir.

De vifs remerciements doivent encore être adressés à Mesdames Bérengère GLEIZE et Patricia PARTYKA, pour leur confiance manifestée à bien des égards, pour leurs conseils et leur soutien sans faille, pour nous avoir associés à leurs projets et pour bien d'autres choses encore…

Ce travail a été facilité par l'aide précieuse de mes camarades et amis doctorants et jeunes docteurs. La confiance mutuelle que nous nous sommes accordée a sans aucun doute facilité notre travail au sein de cette Université, elle l'a également de toute évidence rendu plus agréable. Que Claire POITEVIN, Delphine GALAN, Jean-Christophe TIXADOR, et Mélanie PARISET (que je remercie particulièrement pour ses relectures) trouvent ici l'expression d'une amitié sincère. J'adresse également mes remerciements à mon vieux « compagnon de route » pour son soutien et sa longue amitié.

Pour conclure, je tiens à faire part du grand bonheur que j'ai eu à travailler et à étudier au sein de l'Université d'Avignon.

Je remercie pour leurs enseignements, leurs conseils, leur gentillesse, l'ensemble des enseignants que j'ai pu côtoyer pendant ma formation, en particulier Mesdames les Professeurs Martine LE FRIANT et Delphine COSTA, Madame Agnès MAFFRE-BAUGÉ, Messieurs les Professeurs Joseph PINI et Jean-Michel BRUGUIÈRE, pour la bienveillance dont ils ont toujours fait preuve à mon égard.

Enfin, que l'ensemble des personnels administratifs de la Faculté de Droit trouve ici l'expression de mes sincères remerciements. Leur aide, toujours précieuse, a grandement facilité mon travail.

Je remercie enfin Madame Carine JALLAMION, Professeur à l'Université Montpellier I, pour ses précieux conseils et ses relectures.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

APD	Archives de philosophie du Droit
AJDA	Actualité juridique. Droit Administratif
Ann. Loyers	Annales des Loyers
AJDI	Actualité juridique – Droit immobilier
AJ pénal	Actualité juridique Pénal
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BJS	Bulletin Joly société
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
CC	Conseil constitutionnel (décision)
CE	Conseil d'Etat (décision)
Civ. (1, 2, 3)	Cour de cassation chambre civile (première, seconde, troisième)
Coll.	Collection
Com.	Cour de cassation chambre commerciale
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Contrats, conc., consom.	Revue des contrats, de la concurrence et de la consommation
Crim.	Cour de cassation chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
DC	Dalloz critique
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire
DP	Dalloz périodique
Dr. soc.	Revue de droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid	Ibidem (au même endroit)
IIAP	Institut international d'administration publique
Infra	Ci-dessous

J.-Cl.	Juris-classeur encyclopédie
JCP E	Juris-classeur périodique édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique édition générale
JCP N	Juris-classeur périodique édition notariale
JO	Journal officiel.
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Op. cit.	Opere citato (ouvrage déjà cité)
p.	page
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
PUL	Presses Universitaires de Lille
PUR	Presses Universitaires de Rennes
RDC	Revue droit des contrats
RDP	Revue de Droit public
Rev. Dr. imm.	Revue de Droit immobilier
Rev. sociétés	Revue des sociétés
Rép. Civ.	Répertoire encyclopédique Dalloz
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJ Com	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RRJ	Revue de recherche juridique (Droit prospectif)
RSC	Revue de sciences criminelles
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD comp.	Revue trimestrielle de droit comparé
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
Soc.	Cour de cassation chambre sociale
SSL	Semaine Sociale Lamy
Supra	Ci-dessus
vol.	Volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE – L'EXISTENCE DE HIÉRARCHIES DE NORMES CONVENTIONNELLES

TITRE PREMIER – LA POSSIBILITÉ DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS.

CHAPITRE PREMIER – LA CONVENTION EST UNE NORME.

CHAPITRE SECOND – LA CONVENTION EST UNE NORME JURIDIQUE.

TITRE SECOND – LA RÉALITÉ DES RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – DÉFINITION DE LA « VALIDITÉ » D'UNE CONVENTION.

CHAPITRE PREMIER – LA PRÉSENCE INATTENDUE DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS.

CHAPITRE SECOND – L'ABSENCE INATTENDUE DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS DE TRAVAIL.

SECONDE PARTIE – LES CONDITIONS DE LA HIÉRARCHISATION DES NORMES CONVENTIONNELLES.

TITRE PREMIER – LES « CONDITIONS PRÉALABLES » À L'ÉTABLISSEMENT D'UN LIEN HIÉRARCHIQUE.

CHAPITRE PREMIER – UNE PLURALITÉ DE CONVENTIONS.

CHAPITRE SECOND – UN LIEN ENTRE CONVENTIONS.

TITRE SECOND – LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU LIEN HIÉRARCHIQUE.

CHAPITRE PREMIER – L'IMMUTABILITÉ CONVENTIONNELLE DE LA NORME SUPÉRIEURE.

CHAPITRE SECOND – L'ALTÉRITÉ DE PARTIES.

A mes parents

INTRODUCTION

« La discipline de l'esprit scientifique ne commencerait-elle pas seulement au refus de toute conviction ? C'est probable ; reste à savoir si l'existence d'une conviction n'est pas déjà indispensable pour que cette discipline elle-même puisse commencer. (...) On voit par là que la science elle-même repose sur une croyance ; il n'est pas de science sans postulat »

F. Nietzsche, ***Le gai savoir***

« Pour expliquer un brin de paille il faut démonter tout l'univers »

R. De Gourmont, ***Le chemin de velours : nouvelles dissociations d'idées***

1. *« Parmi les adages juridiques, il n'en est peut-être pas de plus égoïste que la vieille maxime* res inter alios acta aliis neque prodest neque nocet, *maxime transposée presque littéralement dans l'article 1165 du Code civil… Ainsi, le contrat paraît voué à un splendide isolement ».* C'est par ces quelques mots que Lalou introduisait une chronique devenue célèbre écrite en 1928[1]. Le modèle des relations contractuelles telles qu'elles avaient été conçues par les rédacteurs du Code civil avait déjà vécu[2], le « splendide isolement » du contrat appartenait au passé et Lalou, s'attachant à en apporter la preuve, n'imaginait sans doute pas combien, le siècle avançant, l'isolement du contrat allait encore s'étioler.

2. Redéfinissant la notion « d'effet relatif des conventions » deux auteurs[3] allaient, à peine une décennie plus tard, ouvrir la voie à l'érection en principe[4], désormais considéré

[1] H. LALOU « 1382 contre 1165, ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard d'un tiers », *DH*, 1928, chron., p. 69

[2] *« Le problème n'est neuf ni en doctrine ni en jurisprudence. Depuis longtemps les auteurs ont posé en principe que le tiers qui s'associe sciemment à la violation d'un contrat encourt une responsabilité »* (toujours en introduction de l'article cité).

[3] A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse Strasbourg, Dalloz, 1938 ; S. CALASTRENG, *La relativité des conventions, Thèse,* Toulouse, 1939

[4] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, les obligations, Tome II, Le contrat*, 6ème édition, Litec, 1998, n° 1482, p. 512 qui intitulent un paragraphe *« le principe de l'opposabilité »* ; v. encore J. DUCLOS,

comme un corollaire indissociable du premier[5], de l'opposabilité du contrat aux tiers. L'isolement des parties contractantes n'était plus, le contrat était opposable aux tiers par les parties, comme moyen de preuve ou source de responsabilité, et aux parties par les tiers. Le paroxysme de l'opposabilité du contrat était sans doute atteint[6] une fois le manquement contractuel « dérelativisé »[7/8]. La solitude du contrat était donc rompue à l'égard des personnes. Un autre pan de la solitude du contrat allait à son tour céder, c'était désormais au milieu d'autres actes juridiques que le contrat devait évoluer.

3. Outre ses rapports avec la loi ou d'autres sources de Droit étatique[9], le contrat apparut rapidement comme l'élément d'un ensemble plus vaste en relation avec d'autres actes juridiques. L'image d'un contrat *« mécanisme clos, indifférent aux contrats conclus à côté de lui »*[10] devait à son tour « voler en éclats » au fur et à mesure que le groupe prenait l'ascendant sur l'individu[11]. Les relations de la convention avec les actes juridiques unilatéraux furent remarquées[12], mais ce sont essentiellement ses rapports avec d'autres

---

L'opposabilité, Essai d'une théorie générale, (préface M. DIDIER), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 179, 1984, qui nomme la première partie de sa thèse *« le principe d'opposabilité »*.

[5] J. DUCLOS, *Ibid.*, n° 244, p. 277

[6] G. WICKER, « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC* 2007, p. 593, v. n° 2

[7] Ce néologisme est l'œuvre de Monsieur J.-P. TOSI, « Le manquement contractuel dérelativisé », *in, Ruptures, mouvements et continuité du droit (Autour de Michelle Gobert)*, Economica, 2004, p. 479

[8] Ass. Plén. du 6 octobre 2006, Sur cet arrêt v. *D*. 2006, p. 2825, Note G. VINEY ; *Contrats conc. conso.*, 2007, comm. 63, L. LEVENEUR ; JCP G., 2006, II, 10181, commentaire M. BILLIAU ; *Rev. dr. imm.* 2006, p. 504, observations P. MALINVAUD ; *RTD* civ. 2007, p. 123, Note P. JOURDAIN ; V. également la Rubrique Débat « Contrats sans frontières » de la Revue des Contrats d'avril 2007, Avec les contributions de Messieurs, A. MAZEAUD, P. ANCEL, P.-Y. GAUTIER, C. GRIMALDI, P. JACQUES, J.-L. SOURIOUX, P. STOFFEL-MUNCK, G. WICKER, R. WINTGEN, B. MOORE et C. POPINEAU-DEHAULLON ; Plus généralement, sur la critique de l'assimilation des fautes contractuelles et délictuelles, v. M. BACACHE-GIBEILI, *Groupes de contrats et relativité des conventions*, (Préface Y. LEQUETTE), LGDJ, Coll. Thèse, Bibliothèque de droit privé, Tome 268, 1996, en particulier, n° 56 et s., p. 52 et s.

[9] Sur lesquels v. notamment, P. TERNEYRE, « Les rapports hiérarchiques entre Constitution, loi et contrat en droit positif français », *in, Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, Coll. Etudes, Mélanges, Travaux, 2007, p. 1435

[10] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, PUF, Coll. Quadrige, 2004, n° 1026, p. 2107

[11] R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, (préface P. CATALA), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 213, 1990, n° 2, p. 1 qui remarquait qu'*« il devient un lieu commun de relever que le groupe imprègne le droit du XX^{ème} siècle finissant »*.

[12] NEAU-LEDUC P., *La règlementation de droit privé*, Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome 38, 1998 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, (Préface A. LYON-CAEN), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 254, 1996

conventions qui attirèrent toutes les attentions de la doctrine. Indéniablement, le premier acte marquant de cette nouvelle séquence fut l'apparition de la notion de groupe de contrats, que Monsieur Teyssié[13] sut identifier et à laquelle la jurisprudence donna, un temps, une certaine consistance[14]. Depuis, le phénomène ne cesse d'être perfectionné[15] et décliné dans plusieurs de ses variantes, chacune faisant l'objet d'études particulières[16]. L'isolement du contrat n'est plus.

4. La convention est aujourd'hui communément appréhendée comme une partie d'un ensemble plus vaste, pièce des montages complexes[17] ou élément d'ensembles « noués »[18], de manière interdépendante[19], indivisible[20] ou même, hiérarchique[21]. C'est dans cette perspective consistant à étudier le contrat dans ses interactions avec d'autres actes de même nature que nous voudrions inscrire nos recherches, en poursuivant l'étude d'une relation, la relation hiérarchique, qui représentent sans doute la manifestation la plus aboutie des rapports « inter-conventionnels ». La question a déjà fait l'objet d'une première étude qui a sans aucun doute permis d'avancer sur la voie tracée jusqu'à présent. Nous proposerons de faire quelques pas

[13] B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, (préface J.-M. MOUSSERON), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 139, 1975

[14] V. en particulier les arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation des 8 mars 1988, *JCP* 1988, II, 21070, *RTD civ.* 1988, p. 760 Observations P. JOURDAIN, et 21 juin 1988 : *« dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial », D.* 1989, p. 5 note C. LARROUMET, *JCP* 1988, II, 21125 note P. JOURDAIN.

[15] Par exemple, M. BACACHE-GIBEILI, *Groupes de contrats et relativité des conventions*, *op. cit.*

[16] Entre autres, J. NERET, *Le sous-contrat*, (préface P. CATALA), LGDJ, Coll. Bibliothèque que droit privé, Tome 163, 1979 ; D. MAINGUY, *La revente*, (Préface P. MALAURIE), Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome 35, 1996 ; B. MALLET-BRICOUT, *La substitution de mandataire*, (Préface C. LARROUMET), Panthéon-Assas, Coll. Droit privé, 2000

[17] Sur ce point entre autres, D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, (préface J. MESTRE), PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 1998 (même si les montages envisagés par l'auteur ne sont pas exclusivement composés d'actes contractuels).

[18] Selon l'expression de Monsieur Couret à propos de la société, v. *« Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance », D.* 1995, p. 163 ; v. encore M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », Mélanges dédiés à G. MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, n° 19 p. 247, qui parle de contrats « imbriqués ».

[19] La notion est consacrée par le dernier projet connu de réforme de droit des obligations à l'article 126 du projet qui consacre « l'ensemble contractuel ».V. ce projet sur le Blog de Monsieur Houtcieff : http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet%20DACS%20modifié%20mai%202009-numéroté.pdf

[20] J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, (Préface M. CABRILLAC), Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome 40, 1999

[21] J. PERROUIN, *La hiérarchie des conventions en droit privé*, (Direction L. ROZES), Thèse Toulouse, 2000

supplémentaires en appréhendant le terme « hiérarchie » dans un sens un peu plus strict que celui déjà retenu. La notion de « hiérarchie des normes » est en effet polysémique, susceptible de degrés, et c'est à une relation d'un degré plus profond que nous voudrions consacrer ce travail. Cela suppose, pour faire l'économie de quelques malentendus, de circonscrire aussi précisément que possible l'objet de notre recherche.

I. Objet de la recherche.

5. Définition de la convention – Qu'est-ce qu'une convention ? La réponse à cette interrogation mériterait assurément bien plus que les quelques lignes que nous pouvons lui consacrer dans cette introduction. Au demeurant, nous ne serions sans doute pas plus assurés de pouvoir cerner mieux la convention en lui consacrant d'importants développements[22] tant la définition du contrat est fonction des convictions et opinions de chacun. Peut-être n'existe-t-il pas, de toute façon, de *« contrat en soi ou d'idée pure de contrat »*[23]. La[24] notion de convention est vraisemblablement, à l'instar d'autres notions pourtant fondamentales[25], introuvable[26]. Il est certainement *« plus facile de dire ce qui n'est pas un contrat que de définir ce qui en est un »*[27]. Mais notre propos n'est pas là. Il convient simplement de définir ce que nous considèrerons, dans la présente étude, comme une convention, de manière à délimiter le champ de nos investigations.

---

[22] V. Cependant sur cette question, entre autres : G. ALPA, « Le contrat « individuel » et sa définition », *RID comp.*, 1988, p. 327 ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147 et « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, Rapport de synthèse », *in*, *La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant*, Tome IV, 1999, LGDJ, 2000, p. 223 ; G. MONTANERI , « Règles et techniques de la définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne : La synecdoque française », *RID comp.*, 1984, p. 7 ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'analyse critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965; F. COLLART-DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », *in*, *La nouvelle crise du contrat* (direction C. JAMIN et D. MAZEAUD), Coll. Actes, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003, p. 225 ; v. également les numéros des revues *Droits*, n° 12, 1990 et les Archives de philosophie du Droit, *Le problème du contrat*, 1940 et *Sur les notions du contrat*, Tome 13, 1968

[23] J-P. CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC*, 2003, n° 1, p. 30

[24] L'utilisation de cet article défini n'est d'ailleurs sans doute pas très heureuse tant il est acquis que les définitions du contrat sont plurielles. V. Sur ce point, G. ROUHETTE, *Thèse précitée*, p. 49 ; en ce sens également, J. GHESTIN, « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, Rapport de synthèse », *précité*, p. 225 et p. 231, pour lequel l'hypothèse est « douteuse ».

[25] C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition? », *APD* 1979, p. 259

[26] F. COLLART-DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », *précité*, p. 225 à 227

[27] M. S. ZAKI, « Le formalisme conventionnel, illustration de la notion de contrat-cadre », *RID comp*., 1986, p. 1079, n° 99

6. La convention est traditionnellement définie comme un accord de volonté destiné à créer des effets de droit. Elle serait le genre d'une catégorie d'actes juridiques dont, chacun le sait, le contrat est une espèce[28]. Elle s'en distinguerait de par la nature de ses effets. Alors que la convention serait susceptible de transférer, d'éteindre ou de créer une obligation, le contrat n'aurait que le dernier des effets décrits (et à la rigueur celui de transférer la propriété[29]). La doctrine est unanime sur les termes de cette distinction, elle l'est presque autant dans son choix d'assimiler, une fois la distinction posée, la convention et le contrat[30]. Nous ne ferons de ce point de vue là preuve d'aucune originalité. À vrai dire, nous concevons assez difficilement comment l'on pourrait aujourd'hui distinguer ces deux actes selon un critère, l'obligation, dont la doctrine a souligné qu'il n'était ni, loin s'en faut, le seul effet produit par le contrat[31], ni même, l'effet principal de l'archétype[32] de l'acte contractuel[33]. Contrat, convention, les deux termes seront utilisés à présent comme de parfaits synonymes, ils évoqueront un accord de volonté destiné à créer des effets de droit et auquel le Droit objectif fait produire de tels effets[34].

7. Conventions de droit privé – Un bémol doit cependant être apporté à cette conception *a priori* assez large de la convention. Elle sera exclusive des contrats administratifs. L'exclusion de ces conventions n'allait pas de soi. Contrats administratifs et contrats de droit privé présentent indéniablement de grandes similitudes. Tous correspondent

[28]Par exemple J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Doit civil, Les obligations, Tome I, L'acte juridique*, 14ème édition, Sirey, Coll. Sirey Université, 2010, n° 80, p. 66

[29] Sur ce point précis et sur ceux qui précèdent, v. par exemple J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les Obligations, op. cit.*, n° 930, p. 1942

[30] Entre autres ; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 3ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 1993, n° 5 p. 5 ; A. WEILL, F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 4ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 1986, n° 23, p. 25 ; v. cependant *contra* P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 11ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2010, qui juge que c'est « à tort » que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription abandonne cette distinction. Sur cet avant projet v. P. CATALA (direction), *Rapport, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006

[31] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771 ; v. également, A.-S. LUCAS PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat,* (préface M. FABRE-MAGNAN), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 441, 2005, en particulier, n° 573 et s., p ; 330 et s.

[32] Sur ce point, M.-E. ANCEL, « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », *in*, *Code civil et modèles*, *Des modèles du code au code comme modèle*, (Direction T. REVET), LGDJ, Coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005, p. 285

[33] M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 85

[34] Chacun reconnaîtra ici la définition empruntée à Monsieur Ghestin, v. « La notion de contrat », *D.* 1990, Ch. p. 147 ; *La formation du contrat, op. cit.*, n° 8, p. 9

à la définition retenue de la convention. Mais cette catégorie de convention présente d'indéniables et importantes spécificités quant à son régime juridique qui la font échapper à la théorie générale du contrat, qu'elle semble même condamner[35]. Dès lors, même si certains auteurs ont souligné que le droit privé se rapprochait par certains aspects du droit administratif des contrats, en particulier par un important développement de l'unilatéralisme en droit des contrats privés[36], les différences sont encore nombreuses qui nous conduiront à exclure les contrats de l'administration de nos investigations. Reste à déterminer avec précision ce que nous entendrons par hiérarchie des normes.

8. **<u>La hiérarchie : Une notion courante et polysémique –</u>** La « hiérarchie des normes » est l'une de ces notions dont on peut affirmer sans craindre de faire erreur qu'elle *« siège au Panthéon des notions dominantes sur le sol français »*[37]. La doctrine admet couramment la hiérarchie des normes *« comme une idée qui va de soi »*[38]. Il est question de hiérarchie des normes dans différentes branches du droit, en droit constitutionnel[39], en droit communautaire[40], en droit du travail[41] ou dans différentes situations particulières, dans les rapports entre les contrats-cadres et les contrats d'application[42] ou encore entre les différents niveaux de conventions et accords collectifs de travail[43]. On évoque souvent la hiérarchie des

[35] L. CLERC, *La validité des contrats administratifs*, (direction J. PINI), Thèse, Avignon, 2007, « cette singularité inhérente aux contrats administratifs remet en cause l'existence d'une théorie générale des obligations…», n° 512, p. 599

[36] F. BRENET, « La théorie du contrat administratif, évolutions récentes », *AJDA* 2003, p. 923 ; En droit privé, v. par exemple, P. ANCEL, « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ?», *in*, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 307

[37] D. DE BECHILLON, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes, Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, 1994, 32, p. 81

[38] P. AMSELEK, « Une fausse idée claire: La hiérarchie des normes juridiques », *in*, *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, Coll. Etudes, Mélanges, Travaux, 2007, p. 983

[39] L. FAVOREU (Direction), *Droit constitutionnel*, 12ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2009, n° 80, p. 62

[40] P.-Y. MONJAL, « La conférence intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires », *RTD Eur*., 1996, n° 4, p. 687

[41] J.-M. OLIVIER, « Les conflits de sources en droit du travail » *in*, *Les sources du droit du travail*, (direction B. TEYSSIE), PUF, Coll. Droit, Éthique, Société, 1998, p. 201

[42] Par exemple, F. POLLAUD-DULIAN, A. RONZANO, « Le contrat cadre, par delà les paradoxes », *RTD com*., 1996, n° 39, p. 201; J. RAYNARD, Note sous Civ. 1, 25 novembre 2003, *JCP G*, 2004, II, 10046, n° 6 ; J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 221 et s., p. 122 et s.

[43] Sur ce point, v. *infra*, n° 13 et s.

normes pour formuler à son encontre toutes formes de critiques[44], démontrer les perturbations en son sein[45], les contradictions qu'elle recèle[46] ou encore ses mutations[47]. Cette notion familière n'est pourtant pas (doit-on véritablement s'en étonner[48]) dépourvue d'ambigüités[49]. Si la hiérarchie *« est présente partout (...) elle n'est nulle part exprimée »*[50], ce dont il résulte qu'elle est en général utilisée *« sans trop se soucier de rigueur»* [51]. Ce manque de rigueur, dans un domaine dans lequel l'importance des définitions n'est plus à démontrer[52], est assurément gênant si l'on considère le fait que – nous l'avons dit – la hiérarchie est protéiforme. Nombreuses sont en effet les hypothèses dans lesquelles il est possible d'identifier une relation de cette nature, au point qu'entre deux normes x et y, il soit fréquent de pouvoir relever des rapports de supériorité/infériorité apparemment contradictoires[53]. Une liste des configurations dans lesquelles il est possible d'entrevoir des relations hiérarchiques entre deux normes, dressée par Monsieur Troper, permettra de s'en assurer assez rapidement. Il peut y avoir une hiérarchie entre deux normes :

« a) Si x a prescrit les conditions de production de y.

b) Si x a prescrit de donner à y un contenu spécifique.

c) Si x a interdit de donner à y un certain contenu.

---

[44] P. AMSELEK « Réflexions critiques autour de la conception Kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, p. 5

[45] F. GRANET, « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », *in, Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Études offertes à Pierre CATALA*, Litec 2001, p. 41

[46] P. AMSELEK « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *APD*, 1983, t. 28, p. 271

[47] P. PUIG, « La hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.*, 2001, p. 749

[48] Comme l'a en effet relevé Monsieur ATIAS, *« plus les notions juridiques occupent une position centrale, moins elles sont définies »*, « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p. 137, n° 1

[49] D. DE BECHILLON, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes, Anatomie d'une représentation », *RIEJ*., 1994, 32, p. 85

[50] J.-L. QUERMONNE, *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, Thèse CAEN, 1952, p. 268, cité par P. AMSELEK, *« Une fausse idée claire : La hiérarchie des normes juridiques », in, Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, 2007, p. 983

[51] N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes,* (Préface H. SINAY), LGDJ, Coll. Bibliothèque d'ouvrages de droit social, Tome 22, 1980, p. 39

[52] H.L.A. HART, « L'importance des définitions en droit », *in, Le positivisme juridique*, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 1992, p. 90

[53] M. TROPER, « Souveraineté de l'État et hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle : en guise d'introduction: la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9/2000, p. 137 (les références renverrons toujours à la version électronique des *cahiers* disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel. Les numéros de page divergent de ceux de la version papier).

d) Si x peut abroger b, tandis que b ne peut abroger x.

e) Si, au cas où y aurait enfreint l'une des trois premières prescriptions, une troisième norme z ordonne l'annulation de y par un juge.

f) Si, au cas où y aurait enfreint l'une des trois premières prescriptions, une troisième norme z interdit au juge d'appliquer y.

g) Si, en cas de conflit entre le contenu de x et le contenu de y, une troisième norme z ordonne d'appliquer x ».

Les configurations présentées sont nombreuses et les rapports peuvent être, comme nous l'annoncions, contradictoires. Imaginons deux lois au sens organique du terme. Ces deux lois sont au même niveau hiérarchique au sens *a*, *b*, et *c*. Toutes deux sont en effet soumises à la Constitution qui leur est supérieure. Aucune ne peut déterminer les conditions de validité de l'autre. En revanche, au sens *d*, une loi peut être supérieure à une autre. L'abrogation d'une règle de nature législative se produit en effet par le vote d'une nouvelle loi[54] dont le contenu ordonnera l'abrogation de l'acte antérieur. Voilà une situation bien paradoxale dans laquelle une loi peut être appréhendée comme étant à la fois au même niveau hiérarchique qu'une autre loi, tout en pouvant être considérée comme supérieure à cette autre loi[55]. Le constat a de quoi déconcerter. Il est souvent à l'origine des très vives critiques adressées à la « théorie de la hiérarchie des normes » et laisse entrevoir d'immenses difficultés à ceux qui auraient l'ambition de rendre compte de relations entre deux règles en termes de hiérarchie. En réalité la difficulté, si elle est présente, est bien moins grande qu'elle ne paraît si l'on accepte de se défaire de l'idée commune « *que le critère hiérarchique est unique* »[56]. Deux[57] voire trois

[54] L. FAVOREU, *op. cit.*, n° 93, p. 70

[55] Une autre illustration de cette situation paradoxale peut-être trouvée en droit du travail. Dans ce domaine, comme dans les autres, la Constitution est supérieure à la loi qui elle-même est supérieure à la convention collective ou au contrat de travail au sens **a**. Or, si la hiérarchie est envisagée dans l'acception évoquée au point **g**, (c'est-à-dire **x** supérieure à **y** si en cas de conflit entre le contenu de **x** et **y**, une troisième **z,** ordonne d'appliquer **x**) on peut considérer parfois que le contrat ou la convention collective de travail sont hiérarchiquement supérieurs à la loi. On sait qu'il existe en effet en droit du travail un *« principe fondamental (...) selon lequel, en cas de conflit de normes c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application »* (Soc. 17 juillet 1996, SNCF et EDF, *Bull. civ.* V, n° 296 et 297), plus simplement connu sous le nom de principe de faveur. Il y a donc ici au sens **g** défini par Michel Troper une hiérarchie des normes. Une norme **z**, le principe de faveur, ordonnant d'appliquer une norme **x** (la plus favorable) en cas de conflit entre cette dernière et une norme **y** (la moins favorable). On aboutit donc là encore au paradoxe suivant : le contrat de travail ou l'accord collectif de travail, norme hiérarchiquement inférieure à la loi au sens **a,** est la norme hiérarchiquement supérieure au sens **g**.

[56] N. ALIPRANTIS, *op. cit.*, p. 40

[57] N. ALIPRANTIS, *op. cit.* p. 39 et s., Selon cet auteur, le critère de la hiérarchie est double. Au sens strict du terme, sans doute faut-il lui donner raison. Mais il est indéniable qu'une troisième acception du terme, la moins précise, est courante aujourd'hui. Il s'agit de celle que nous décrirons la première ; En ce sens encore, v. P.

acceptions différentes de la notion de hiérarchie des normes peuvent être retenues, chacune devra faire l'objet d'un rapide exposé.

9. La hiérarchie *« extrêmement simplifiée »*[58] – Pour une grande partie de la doctrine, la hiérarchie des normes est comprise aujourd'hui dans un sens large ou « très simplifié »[59]. Dans ce sens là, cette théorie se résume à l'exigence que les normes inférieures soient conformes aux normes supérieures sans que ne soit livré de critère précis de la supériorité hiérarchique, ni expliqué ce qu'il advient si, en contravention avec la « théorie », des normes ne sont pas conformes[60]. Ce terme est finalement utilisé pour exprimer *« toute mise en ordre des normes juridiques, n'importe quel principe satisfaisant le postulat de la cohérence de l'ordre juridique »*[61]. C'est une définition de cet ordre que donne un grand « vocabulaire juridique » pour lequel la hiérarchie est : *« l'ensemble des composantes d'un système juridique considéré dans leur coordination et fondé sur le principe selon lequel la norme d'un degré doit respecter et mettre en œuvre celle du degré supérieur »*[62].

Il peut alors être question de hiérarchie en matière de conventions si l'on admet que ce terme désigne : *« un <u>lien particulier</u> qui ordonne, les uns par rapport aux autres, les contenus normatifs de deux ou plusieurs conventions (...) Quand elle s'établit entre deux conventions distinctes la hiérarchie a pour effet de <u>subordonner</u> le contenu de l'une à celui de l'autre placée au-dessus d'elle »*[63]. Entendue de la sorte, cette définition permet de révéler plusieurs rapports hiérarchiques entre deux conventions en droit positif[64] : les contrats-cadres déjà cités[65] ou les conventions et accords collectifs de travail[66] ou locatifs[67] seraient tous des actes

---

PUIG, « La hiérarchie des normes : du système au principe », *précité*, n° 32, p. 783

[58] O. PFERSMANN, « Hiérarchie des normes » *in*, *Dictionnaire de la culture juridique*, (Direction S. RIALS et D. ALLAND), PUF, Quadrige, 2003, p 779

[59] *Ibid.*

[60] O. PFERSMANN, *Ibid.*

[61] N. ALIPRANTIS, *op. cit.*, p. 39

[62] G. CORNU, (direction), *Vocabulaire juridique*, 8ème édition, PUF, Quadrige, 2007, p. 457

[63] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 3-2, p. 5, c'est nous qui soulignons

[64] Pour une étude complète sur la question voir, J. PERROUIN, *Thèse précitée*

[65] V. *supra* n° 8, et *infra* n° 532 et s.

[66] Sur cette question v. *infra*, n° 312 et s. et les nombreuses références citées.

[67] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 71 et s. p. 57

dans une position hiérarchiquement supérieure à d'autres conventions (ces actes seraient respectivement supérieurs aux contrats d'application et aux conventions et accords ayant un champ d'application moins large). Une violation des règles supérieures par les normes inférieures peut alors avoir pour conséquence de sanctionner la convention rebelle (par la nullité ou encore la mise en conformité[68]), ou les auteurs de cette convention (par les mécanismes de responsabilité civile contractuelle et délictuelle par exemple[69]).

Les définitions de la hiérarchie peuvent se faire un peu plus précises et s'ordonner autour de critères plus stricts. *« La théorie de la hiérarchie des normes comprend [alors] deux volets distincts : l'un destiné à fonder l'existence des normes, l'autre se préoccupant de régler les éventuels conflits entre elles »*[70].

10. La hiérarchie « force dérogatoire »[71] – La question de la hiérarchie au sens de la « force dérogatoire » se pose au stade de l'application de la règle et se décline en deux interrogations distinctes : comment éliminer les normes en vigueur devenues indésirables (abolition totale de la norme ou *abrogatio*[72]) ? Quelle norme appliquer lorsque les contenus respectifs de deux règles semblent être en opposition (il s'agit alors de l'abolition partielle ou *derogatio*[73]) ?

11. Force dérogatoire et abrogation – En termes de force dérogatoire au sens de l'abrogation, une norme est dite supérieure à une autre *« si elle contient des dispositions qui permettent de la priver de sa validité donc de l'éliminer du système »*[74]. On retrouve ici la hiérarchie au sens *d* formulée par Monsieur Troper. Une loi qui en abroge une autre est considérée comme étant supérieure en force dérogatoire.

---

[68] *Ibid.* n° 1029 et s. p. 440 et s.

[69] *Ibid.* n° 1132 et s. p. 481 et s.

[70] P. PUIG, « La hiérarchie des normes : du système au principe », *précité*, n° 32, p. 783

[71] L. FAVOREU, *op. cit.*, n° 91, p. 69, dérogatoire devant être ici entendu comme le fait *« qu'une norme ne s'applique pas, au moins directement, sous l'effet d'une autre règle, soit que celle-ci la fasse définitivement disparaître, soit qu'elle en empêche provisoirement la concrétisation »*, v. également Monsieur ALIPRANTIS, *op. cit.*, p. 42 qui parle de hiérarchie selon *«la force juridique des normes»*

[72] H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, Coll. Léviathan, 1996, p. 146

[73] L. FAVOREU, *op. cit.*, n° 92 et s. p. 69 et s.

[74] *Ibid.*

12. Si l'on se place sur le terrain conventionnel un contrat peut être considéré comme hiérarchiquement supérieur à un autre qui lie les mêmes parties, puisque les parties peuvent toujours, par un nouvel accord de volonté, se défaire de ce qu'elles ont antérieurement voulu[75]. Leur nouvel accord sera hiérarchiquement supérieur au premier en termes de « force dérogatoire ».

13. « Force dérogatoire » et concrétisation – La « force dérogatoire », entendue au sens de la concrétisation de la norme, évoque ce que l'on désigne couramment comme des règles de conflit ou de concours de normes. La supériorité hiérarchique d'une norme se manifeste alors, en cas de concours de normes, par « *l'application d'une norme par rapport à une autre* »[76]. On retrouve ici la hiérarchie définie au sens *g* par Monsieur Troper[77]. Dans cette acception une règle *x* est supérieure à une règle *y* si, lorsque les contenus de *x* et *y* sont incompatibles, une troisième norme *z*[78] ordonne l'application de la norme *x*.

14. L'usage de ce dernier sens de la notion de hiérarchie est très répandu en matière de conventions, plus particulièrement en droit du travail.

15. Une partie de la doctrine travailliste utilise effectivement de manière habituelle cette acception de la hiérarchie pour décrire les mécanismes d'articulation des différentes sources du droit du travail. C'est par exemple le cas lorsqu'il s'agit de rendre compte des rapports entre les différents niveaux de conventions et accords collectifs de travail[79] (interprofessionnel, branche, entreprise, et groupe[80]). Les débats ayant eu lieu à l'occasion de

[75] L'article 1134 alinéa 2 du Code civil dispose en effet que les conventions peuvent être révoquées du consentement mutuel des parties, v. *infra*, n° 523 et s.

[76] L. FAVOREU, *op. cit.*, n° 92, p. 70

[77] *« Si, en cas de conflit entre le contenu de x et le contenu de y, une troisième norme z ordonne d'appliquer x »*, *« Souveraineté de l'État et hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle : en guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9/2000, p. 143

[78] Par exemple : les maximes *lex posterior derogat priori* ou *specialia generalibus derogant ;* le « principe de faveur » ou encore, en droit pénal, la règle selon laquelle en cas de concours de qualifications les faits doivent être poursuivis sous leur plus haute expression pénale.

[79] Par exemple, G. VACHET, « La réforme de la négociation collective », *JCP E.*, 2004, p. 1245 qui écrit, *« Jusqu'à présent, la hiérarchie des normes en droit du travail reposait sur le principe dit de faveur ».*

[80] Niveau légalement consacré depuis 2004. V. J. GRANGE, « Les conventions et accords collectifs de groupe », *SSL*, supp. n° 1183, 27 septembre 2004, p. 73

l'élaboration de la loi Fillon[81] sont particulièrement révélateurs à cet égard. L'articulation des différents niveaux de négociation a en effet souvent été traitée sous l'intitulé *« hiérarchie des normes »*[82]. Plusieurs auteurs ont affirmé que le mécanisme mis en place par cette loi (qui permet aux accords de branche et d'entreprise de « déroger »[83] aux conventions de niveaux supérieurs à défaut d'interdiction expresse de leur part) avait pour effet d'inverser la pyramide des normes[84] ou de créer une *« nouvelle hiérarchie des normes»*[85]. La loi du 4 mai 2004 emploie d'ailleurs elle-même cette acception du terme en disposant dans son article 45 que *« la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs »*[86] (dans une formule sans doute assez peu heureuse[87/88]).

[81] Loi n° 2004-391 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

[82] Anonyme, « La hiérarchie des normes », *SSL*, 27 septembre 2004, supp. n° 1183, p. 27

[83] Au sens *« de la possibilité de (…) poser des normes moins favorables aux salariés »*, P. RODIERE, « La loi du 4 mai 2004 sur la dialogue social : une réforme en devenir », *SSL*, 27 septembre 2007, n° 1183, p. 7

[84] Y. CHALARON, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* n° 4, avril 1998, p. 363 ; N. DAUXERRE, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, (préface B. TEYSSIE), PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2005, n° 326, p. 378 ; M. MORAND, « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », *Revue de droit du travail*, 2007, p. 144 ; M.-A. SOURIAC, « L'articulation des accords de branche et d'entreprise : une question de principe », *SSL*, supp. n° 1084, 15 juillet 2002, p. 12

[85] P. LANGLOIS, « Approche critique des principales dispositions du projet de loi II », *SSL*, 26 janvier 2004, n° 1153, p. 9

[86] Sur cet article, S. STEIN, « La sécurisation des accords de branche – commentaire de l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 », *SSL*, 27 septembre 2007, n° 1183, p. 64

[87] H. TISSANDIER, « L'articulation des niveaux de négociation : des principes en mutation », *SSL*, 27 septembre 2007, n° 1183, p. 57 et spéc. p. 62

[88] Les débats en matière de conventions collectives de travail illustrent encore la nécessité de définir avec précision les différentes acceptions de la hiérarchie et celle pour laquelle nous opterons. Plusieurs auteurs ont en effet vivement dénoncé l'utilisation du terme « hiérarchie » pour rendre compte de l'articulation entre les différents niveaux de conventions et accords en estimant que l'on parlait alors de hiérarchie *« dans un sens impropre »* (N. ALIPRANTIS, *op. cit.*, p. 39). La hiérarchie des normes, écrit un auteur, *« n'est pas renversée par l'opération de dérogation (…) la hiérarchie est* [alors] *confondue avec articulation »* (F. BOCQUILLON, « Vraies fausses idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes », *Études offertes à P. ORTSCHEIDT*, PU Strasbourg, 2003, p. 34). Au fond, il nous semble que la querelle aurait pu être évitée si chacun avait précisé de quelle notion de hiérarchie il était question. Alors que certains emploient dans ce débat le terme hiérarchie au sens de la force dérogatoire, ceux qui contestent l'idée de l'existence de rapports hiérarchiques entre les conventions collectives de différents niveaux se réfèrent à la hiérarchie au sens d'un rapport de production. Plus que l'illustration de positions contraires, ce débat est une preuve de la confusion qui règne autour de la notion de hiérarchie et de l'impérieuse nécessité de fixer clairement les termes du débat.

16. La hiérarchie « rapport de production » – Enfin, la hiérarchie peut également désigner l'existence d'un rapport de production[89] entre plusieurs normes. On ne peut évoquer cette acception du terme sans parler immédiatement de l'école de Vienne, et plus particulièrement de Hans Kelsen, à qui l'on doit cette notion[90]. Pour le maître autrichien, *« le fait que la validité d'une norme fonde la validité d'une autre norme, constitue le rapport entre une norme « supérieure » et une norme « inférieure ». Une norme est avec une autre norme dans un rapport de norme supérieure à norme inférieure si celle-ci est fondée sur la validité de celle-là. Si la validité de la norme inférieure est fondée sur la validité de la norme supérieure par le fait que la norme inférieure a été créée de la manière prescrite par la norme supérieure alors, la norme supérieure a le caractère d'une norme de constitution au regard de la norme inférieure »*[91]. On dit alors d'une « *norme qui détermine les conditions de validité d'une autre norme qu'elle relève d'un statut hiérarchique supérieur par rapport à celle-ci »*[92]. On le constate donc (et Kelsen le disait[93]), la hiérarchie dans ce sens là est plus stricte que la définition que nous avons évoquée en premier. La pyramide[94] kelsénienne est formée de normes qui entretiennent l'une par rapport à l'autre non de simples rapports de coordination (visant à mettre en œuvre la norme supérieure au moyen de la norme inférieure), mais de véritables liens existentiels. Ce qui fait la supériorité et l'infériorité d'une règle de Droit par rapport à une autre, c'est que la norme supérieure détermine les *« règles de production »*[95] de la norme inférieure. La subordination de la norme inférieure *« résulte de ce* [qu'elle est] *créée en vertu des normes du degré supérieur »*[96].

---

[89] Certains préférant parler de hiérarchie selon le conditionnement des normes N. ALIPRANTIS *op. cit.,* p. 40 et s.

[90] Par exemple, H. KELSEN, *Théorie générale des normes, op. cit.,* p. 346

[91] *Ibid.* p. 345

[92] L. FAVOREU, *op. cit.,* n° 84, p. 64

[93] *« Un ordre juridique positif représente un système de normes non pas coordonnées, mais hiérarchisées ».*

[94] Notion dont il ne faut pas perdre de vue qu'elle n'est pas sous la plume de l'auteur viennois une représentation rigoureuse de l'ordre juridique mais tout au plus une simple métaphore permettant de rendre compte de manière simple de la « forme » de l'ordre juridique (or une métaphore est par définition simplificatrice et donc déformatrice) v. à cet égard, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 1999, p. 224 ; G. TIMSIT, « Les métaphores dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XXXVIII-117 | 2000, mis en ligne le 17 décembre 2009, consulté le 24 septembre 2010. URL : http://ress.revues.org/712

[95] O. PFERSMANN, « Hiérarchie des normes », *précité*, p. 780

[96] R. BONNARD, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolph Merkl », *RDP* 1928 p. 676

17. Acception retenue – C'est tout au long de notre étude à cette conception de la hiérarchie des normes que nous nous réfèrerons. Une étude importante a déjà été consacrée dans la première acception du terme aux relations hiérarchiques entre conventions. Sans doute n'aurions-nous pas grand-chose à ajouter au travail récent et conséquent de Monsieur Perrouin. Nous formulerons seulement, lorsque l'occasion se présentera, quelques remarques à propos de différents points sur lesquels nos travaux se rejoignent inévitablement. Une étude de la hiérarchie en termes de « force dérogatoire » n'aurait sans doute en matière conventionnelle pas non plus grand intérêt. Au sens de « *l'abrogatio* », nous n'aurions que peu de choses à ajouter aux travaux qui ont été consacrés à l'élimination d'une convention par une autre, par le biais de techniques juridiques aussi différentes que variées (le *mutuus dissensus* par exemple[97]). En termes de *derogatio* enfin, la question des conventions collectives de travail qui cristallise une grande partie des débats a déjà fait l'objet de très nombreux travaux[98]. Hors de ce domaine, la question de l'articulation entre des conventions dont les termes peuvent se contredire a elle-même fait l'objet d'une thèse récente[99].

18. Au contraire, à notre connaissance, l'existence d'un rapport de production entre deux ou plusieurs conventions n'a jamais fait l'objet d'aucune étude spécifique. La question est parfois traitée de manière incidente à l'occasion de l'analyse de quelques rapports particuliers, mais elle n'a jamais été abordée dans son ensemble. Nous nous proposerons donc d'examiner l'existence de relations hiérarchiques au sens d'un rapport de production entre deux conventions, en considérant qu'une première convention est hiérarchiquement supérieure à une seconde si elle en détermine les conditions de validité[100]. Ce choix nous semble d'autant

[97] Sur ces points v. *infra*, n° 523 et s

[98] V. les références déjà citées n° 15 et celles citées, *infra* n° 312 et s.

[99] F. GAULT, *Les clauses contraires. Contribution à l'étude de la contradiction et de la dérogation,* (Direction B. FAGES), Thèse, Avignon, 2007 v. en particulier la première partie.

[100] Précisons que nous entendrons ici le terme « validité » comme synonyme de la « validité » au sens strict et de la « conformité ». Une norme supérieure peut en effet déterminer deux types de conditions de validité que l'on pourrait résumer à l'opposition connue entre les conditions de forme et les conditions de fond. Si la norme supérieure ne fixe que des conditions de forme pour qu'une norme soit valable, on parle alors de « système dynamique ». Si la norme supérieure ne vise qu'à instaurer une correspondance au fond entre son contenu et celui de la norme inférieure, on parle de « système statique » (Sur ces points v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit*., p. 195 et 196). Si l'on considère que le droit est un système dynamique alors, une distinction doit être faite entre la validité et la conformité d'une norme. Si une règle de Droit ne peut pas être conforme sans être valide, elle peut en revanche être valide et non-conforme, c'est-à-dire, respecter les conditions de forme et non de fond (L. FAVOREU, *op. cit.*, n° 89, p. 66 à 68). Cette distinction n'a aucune pertinence en droit positif. Comme le relève Kelsen (et bien que l'on oublie très souvent cet aspect lorsque l'on résume la pensée de l'auteur) dans la plupart des cas, le système juridique ne se borne pas à un simple *« complexe de création de normes… les normes générales édictées par le législateur détermin[ent] toujours non seulement la procédure des organes qui ont à*

s'imposer que les enjeux d'une telle recherche la rendent aujourd'hui essentielle.

II. Enjeux de la recherche.

19. Enjeux pratiques – On a beaucoup parlé des crises du contrat. Batiffol dans les années soixante rendait compte de celle qui agitait ses contemporains et incitait certains d'entre eux à *« se demander si la notion de contrat conservait quelque consistance »*[101]. La notion a gardé toute sa consistance et c'est bien pour cela que l'on a pu parler il y a quelques années d'une nouvelle crise du contrat[102]. C'est également pour cela que des auteurs, partant du constat que le phénomène est cyclique[103], s'essayent parfois à esquisser les contours de ce que pourrait être la future crise du contrat[104]. En dépit de ces alertes récurrentes le contrat se porte bien. Les déclins évoqués sont sans doute plus ceux de certaines conceptions du contrat que du contrat lui-même[105]. À la vérité, cet acte n'a été confronté depuis 1804 qu'à une seule véritable crise, une *« crise de croissance »*[106]. Le contrat est en plein essor. Le phénomène était annoncé[107], il a été décrit à différentes époques[108], il n'est sans doute pas achevé[109]. Cet

---

appliquer ces normes, mais aussi le contenu de ces normes » (H. KELSEN, *Théorie générale des normes, op. cit.*, p. 346). La validité d'une norme ne tient alors plus seulement *« au respect d'une procédure d'édiction, mais également à une correspondance de fond »* (P. PUIG, « La hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.*, 2001, n° 3, p. 752). Pour cette raison, comme nous l'avons annoncé, nous considèrerons la validité comme synonyme de « validité » au sens strict et de « conformité ».

[101] H. BATIFFOL, « La crise du contrat et sa portée », *APD*, 1968, p. 13, Interrogation que ne partage pas l'auteur qui s'accommode des interventions légales sans pour autant que cela ne condamne pour lui la qualification contractuelle.

[102] D. MAZEAUD, C. JAMIN, (Direction), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz-Sirey, Coll. Thèmes et commentaires, 2003

[103] G. ROUHETTE, *op. cit.*, p. 6

[104] V. sur ce point T. REVET, « Objectivisation et subjectivisation du contrat. Quelle valeur juridique? », *in*, *La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, p. 83, qui décrivant les phases d'objectivisation et de subjectivisation du contrat prédit une phase prochaine (peut-être déjà en cours) d'objectivisation du contrat.

[105] J. GHESTIN, *La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 182, p. 163

[106] L'expression est de Monsieur G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *in, Journées de la société de législation comparée* 1979, p. 449

[107] H. SUMMER MAINE, *Ancient Law: Its connection with the early history of society and its relation to modern idea*, (traduction Courcelle et Seneuil), Paris, Durand et Pedone, 1874, v. en particulier le Chapitre IX, p. 288 et s.

[108] L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », *in, Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, Sirey, 1934 p. 333 l'auteur identifie un double essor du contrat, quantitatif d'abord, mais également qualitatif ; M. VASSEUR, « Un nouvel essor du concept contractuel », *RTD civ*. 1964, p. 5

essor a d'ailleurs largement dépassé le contrat à proprement parler. *« L'hétéronomie devient suspecte »*[110] et c'est tout le « concept contractuel » qui, évoquant la discussion, la négociation, l'acceptation[111], fait désormais *« recette »*[112]. C'est à une contractualisation du Droit[113] que l'on assiste aujourd'hui au point que le contrat est érigé par certains en modèle de la règle de Droit[114] et que d'autres, *« (utopistes[?]),…imaginent une société »*[115] ou, dans une logique pluraliste[116], un ordre juridique conventionnel[117] que certains ont d'ailleurs déjà vu apparaitre dans quelques domaines précis[118].

---

[109] La France serait en effet en train de combler un retard important dans l'utilisation du contrat et du phénomène contractuel en général par rapport à ses voisins. Ce retard trouverait ses causes dans l'histoire très centralisée de notre pays. Sur ces points v. M. ROCARD, « Le malaise français en matière de contractualisation », *in, Approche critique de la contractualisation,* (direction S. CHASSAGNARD-PINET , D. HIEZ), LGDJ, Coll. Droit et société, 2007, p. 179 et s.

[110] A. SUPIOT, « La relativité du contrat en question. Conclusion générale », *in, La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant,* Tome IV, 1999, LGDJ, 2000, p. 194

[111] J. CHEVALLIER « Conclusion », *in, Contrat ou institution : Un enjeu de société,* (Direction B. BASDEVANT-GAUDEMET), LGDJ, Coll. Système droit, 2004, p. 186 qui évoque *« le mirage contractualiste [qui] permet de renforcer l'adhésion des membres aux institutions en déniant symboliquement le statut d'assujettissement »*.

[112] A. HOLLEAUX, « Vers un ordre juridique conventionnel », *Bulletin de l'IIAP*, 32, 1974, p. 680

[113] Il serait d'ailleurs impossible de dresser la liste des manifestations de cette contractualisation ni même des travaux qui y sont consacrés, v. cependant, S. CHASSAGNARD-PINET , D. HIEZ *Approche critique de la contractualisation, op. cit.* et *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008 ; v. également en droit pénal : F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal, mythe ou réalité ?», *RSC* 2002, p. 501 ; J.-P. CERE, P. REMILLIEUX, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française », *AJ Pénal*, 2003, p. 45 et le dossier spécial consacré par la revue à cette question ; en droit de la famille : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES P., D. FENOUILLET, (Direction) *La contractualisation de la famille*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 2002 ; en droit public : v. CONSEIL D'ETAT, Rapport public 2008, Volume II, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, Coll. Etudes et documents du Conseil d'Etat, 2008

[114] Il serait selon les mots d'un auteur, *« emblématique de la post-modernité juridique »*, J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 3-1998, p. 678

[115] A. HOLLEAUX, *Ibid.* p. 685

[116] Sur le pluralisme juridique v. infra, n° 418 et s.

[117] Du titre de l'article de Monsieur HOLLEAUX, *Ibid*., p. 667

[118] La question est particulièrement présente en droit du sport v. de manière non exhaustive, D. PORACCHIA, « Aux confins du contrat, l'ordre juridique sportif », *Les cahiers de droit du sport*, n° 11, 2008, doctr. p. 17 ; G. RABU, *L'organisation du sport par le contrat, Essai sur la notion d'ordre juridique sportif*, (direction D. PORACCHIA, F. RIZZO), Thèse, Aix-Marseille III, 2008 et les nombreuses références citées ; G. SIMON *« Existe-t-il un ordre juridique du sport ? »*, *Droits*, 12, 1990, p. 97

20. Ce contexte de « foisonnement » contractuel, et le désordre qui peut s'en évincer[119], appellent inévitablement à s'interroger sur les modes de production des règles conventionnelles et, en particulier, sur l'influence que peut avoir une convention dans la production d'une autre norme de même nature.

La pratique n'a d'ailleurs pas tardé, devant cette profusion des contrats, à essayer d'encadrer par la voie conventionnelle la production d'autres conventions. Cela s'est par exemple traduit en droit du travail par l'apparition « d'accords-cadres »[120] par lesquels les parties ont souhaité contrôler à un niveau donné la production conventionnelle des niveaux « inférieurs ». Dans d'autres domaines les fameux contrats-cadres[121] procédaient de la même intention. Toutes ces conventions ont ou avaient pour but d'encadrer la formation, et donc la validité, d'autres actes de même nature. Il n'est pas évident que ce but ait toujours été atteint[122].

L'incroyable croissance du contrat a également généré un nombre croissant de conflits entre les conventions. Les hypothèses dans lesquelles un contrat est conclu *« en violation des droits contractuels d'autrui »*[123] se multiplient sans que l'on sache toujours quel sort leur réserver. S'il est depuis longtemps acquis que l'on puisse en la matière recourir aux mécanismes de la responsabilité délictuelle, le recours à l'invalidité de la convention par laquelle il est porté atteinte aux droits d'un tiers est souvent plus incertain dans son principe et dans son fondement[124].

---

[119] Le droit du sport, à l'instant évoqué, fournit de nombreux exemples de ces désordres. V. par exemple, pour une violation de la charte du football professionnel (charte de nature conventionnelle, même si sa nature juridique précise est débattue – en particulier sur le point de savoir s'il s'agit d'une convention collective) par un contrat de travail, CA Lyon, 26 avril 2006, *RTD civ*. 2007, p. 339, note J. MESTRE, B. FAGES.

[120] M.-L. MORIN, F. TEYSSIER, « L'accord-cadre », *Dr. soc.*, 1988, n° 11, p. 741 ; S. FROSSARD, « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions de champ d'application plus large », *Dr. soc.*, 2000, p. 617 et s.

[121] J. GATSI, *Le contrat-cadre*, (préface M. BEHAR-TOUCHAIS), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 273, 1996

[122] Sur ces points v. *infra*, n° 315 pour l'accord-cadre et n° 532 pour les contrats-cadres.

[123] B. STARCK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP G*, 1954, I, 1180

[124] STARCK le relevait déjà il y a plus d'un demi-siècle qui écrivait *« l'incertitude surgit quant à la nature même de l'action (…) l'action est-elle une action en nullité, en inopposabilité, ou en responsabilité ? », Ibid.*, n° 13 ; Par exemple, en matière de conventions d'indisponibilité, v. R.-N. SCHÜTZ, *Rép. Civ. Dalloz*, V°-Inaliénabilité, n° 83

21. Dans ce contexte, étudier si une convention peut déterminer les conditions de la validité d'une autre convention nous apparaît comme étant d'une utilité certaine. L'intérêt de la problématique est d'autant plus vif que l'idée de conditionner la validité d'une convention au respect des stipulations d'une autre ne fait, *a priori*, guère recette en doctrine.

22. **Enjeux théoriques –** À vrai dire, la question est le plus souvent ignorée. Presque aucun manuel ou précis de droit des obligations n'aborde à notre connaissance cette problématique en ces termes[125]. Seuls quelques rapports conventionnels sont parfois analysés en termes de hiérarchie. Les conventions et accords collectifs de travail déjà cités, les contrats-cadres et les contrats d'application, les contrats principaux et les sous-contrats[126] ou, enfin, les normes sociétaires. L'hypothèse est assez limitée d'autant que la nature conventionnelle de certains des actes cités ne fait pas l'unanimité et que la doctrine précise rarement, lorsqu'elle indique la présence de liens hiérarchiques entre deux conventions, à quelle acception de ce terme elle se réfère. L'idée de relations de nature hiérarchique entre conventions reste relativement évasive. Le plus souvent, les auteurs qui envisagent qu'une convention puisse définir les conditions de validité d'un autre acte juridique de même nature sont conduits, en raison de considérations très différentes, à condamner cette hypothèse. Même le premier auteur à avoir envisagé de manière générale la possible existence de rapports hiérarchiques entre conventions semble négliger l'hypothèse d'un rapport de validité entre deux actes. Il répète en effet à diverses reprises que *« la hiérarchie est un lien qui intéresse la substance de la convention, non son existence »*[127]. Cette indifférence peut se comprendre si l'on prête attention aux importants obstacles théoriques auxquels la thèse envisagée doit faire face.

23. C'est d'abord « l'égalité juridique des conventions » qui a été présentée comme obstacle à l'idée de la hiérarchisation de plusieurs conventions. Les conventions feraient

[125] V. cependant l'ouvrage de Madame FABRE-MAGNAN qui envisage *« les sources conventionnelles du droit des contrats » Les obligations, Tome I, Contrat et engagement unilatéral*, 2ème édition, PUF, Coll. Thémis Droit, 2010, p. 121 et 122. L'auteur traite alors des conventions collectives de travail, des contrats-cadres, ou encore du contrat de société

[126] Sur ce point v. J. NERET, *op. cit.*, qui intitule la première partie de la thèse qu'il consacre au sous-contrat *« Contrat originaire et sous-contrat : Rapports de hiérarchie »*, même si le sens qu'il donne à ce terme est alors quelque peu différent de celui que nous avons retenu dans notre thèse

[127] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 924, p. 399, v. également, n° 846, p. 362, n° 977, p. 418 ; Il consacre tout de même, à la fin de sa recherche, une dizaine de pages (sur près de 500) aux sanctions atteignant la validité de la convention inférieure, v. n° 1048 à 1072, pp. 448 à 459

toutes partie, du point de vue de la théorie générale du Droit, de la même catégorie de normes juridiques[128]. Elles seraient en conséquence « *des actes de même intensité juridique* »[129] qui seraient pour cette raison inaptes à se hiérarchiser. L'idée de la hiérarchisation entre deux conventions n'est-elle pas, écrit un auteur, *« condamnée d'avance…par l'égalité juridique des conventions »*[130] ? Sans doute, conclut-il assurément[131], ces actes se situent d'un point de vue hiérarchique au même rang[132]. Tous ont pour fondement de leur validité une même norme, la loi[133]? À l'égalité juridique des conventions s'ajouterait encore, plaidant en défaveur de la thèse présentée, l'égalité juridique des parties qui caractérise en principe le contrat[134]. La hiérarchie, synonyme d'inégalité, exclurait donc le procédé contractuel[135]. L'apparition de rapports hiérarchiques est d'ailleurs, de ce point de vue, ce qui devrait conduire à distinguer le contrat d'autres notions auxquelles l'idée de hiérarchie est consubstantielle, comme l'institution[136], génératrice d'un véritable ordre juridique hiérarchisé[137].

---

[128] N. ALIPRANTIS, « Conflits entre conventions collectives de niveaux différents : étude comparative », *RIDC*, 1987, p. 10

[129] M. GRANDI, cité par N. ALIPRANTIS, *Ibid*.

[130] Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable » *in, Les transformations du droit du travail, études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. p. 251

[131] *Ibid.*, p. 251 et 252, qui répond à l'interrogation qu'il formule de la manière suivante : *« l'objection serait décisive s'il fallait entendre par hiérarchie une supériorité d'acte à acte ; s'il fallait décider que la convention conclue au niveau le plus général s'impose par elle-même et exclut la convention particulière non conforme qui, en cela, serait entachée d'un vice »*. L'auteur propose ensuite d'entendre de manière plus souple la notion de hiérarchie.

[132] En ce sens, N. ALIPRANTIS, « Conflits entre conventions collectives de niveaux différents : étude comparative », *précité*, p. 26 ; voir encore P. PUIG, « La hiérarchie des normes : du système au principe », *précité*, n° 31, p. 782 qui s'interroge : *« Faut-il maintenir, comme par le passé, une hiérarchie entre les conventions et accords collectifs conclus à des niveaux différents alors qu'ils sont juridiquement égaux »*.

[133] E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail,* (préface B. TEYSSIE) Economica, Coll. Recherches juridiques, 2008, n° 100, p. 84, l'auteur rend compte des difficultés qu'il existe à établir un rapport hiérarchique entre la convention collective et le contrat de travail dans la mesure où écrit-il *« les deux sources disposent d'une position identique au regard de leur « conditionnement », la loi fondant leur validité »*.

[134] P. PUIG, « Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative », *in, La contractualisation de la production normative, précité,* p. 286

[135] F. JULIEN-LAFERRIERE, « Contractualisation *versus* institutionnalisation de l'action publique », *in, Contrat ou institution : Un enjeu de société*, (Direction B. BASDEVANT-GAUDEMET), LGDJ, Coll. Système droit, 2004, p. 53 et 54

[136] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4ème édition, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2004, n° 170, p. 198 et 199, qui écrit que la « *hiérarchie inhérente aux institutions est parfois présentée comme une autre différence fondamentale par rapport au contrat qui est théoriquement soumis au principe d'égalité des parties* »

24. C'est ensuite le principe de l'effet relatif des conventions qui se poserait à son tour comme un obstacle à la hiérarchisation de deux conventions[138]. Condamner la validité d'une convention pour la raison qu'elle viole les stipulations d'une autre convention, liant des parties différentes, serait à l'évidence faire produire à l'égard d'un tiers l'effet d'une convention à laquelle il n'est pas partie. L'idée peut heurter. Elle est d'ailleurs inacceptable pour certains auteurs, tel Léon Duguit, qui écrivait de manière on ne peut plus radicale alors qu'il traitait de la nature juridique de l'association et de la société : *« conçoit-on que la validité d'un contrat à intervenir avec un tiers puisse être déterminée par un contrat antérieur auquel ceux-ci ne sont pas parties ? Non. Point. Ce serait contradictoire avec l'idée même de contrat »*[139]. Ainsi propose-t-il d'appréhender les actes décrits comme des « actes-règles », c'est-à-dire des actes modifiant le Droit objectif[140]. Duguit souligne alors incidemment le troisième obstacle à l'idée que puisse exister un rapport de production entre deux conventions : le contrat ne serait pas une norme juridique.

25. Le contrat ne serait pas une règle de Droit. *« Le principe communément admis est* [en effet] *que les normes juridiques ou règles de Droit se limitent à des dispositions par voie générales et impersonnelles et s'identifient avec elles. En vertu de ces règles (…) naissent des*

---

[137] Y. PUYO, *Essai sur le contrat et l'institution, les relations entre les groupements institutionnels et le contrat en droit privé*, (Direction B. BEIGNIER) Thèse, Toulouse, 2006, n° 266 et s., p. 184

[138] En ce sens, C. BOURRIER, N. BOUCHE, « La sanction des clauses contractuelles contraires à une convention collective », *D.*, 1999, p. 159 spéc. n° 9 ; J. PELISSIER, A. JEAMMAUD, A. SUPIOT, *Droit du travail*, Dalloz, Coll. Précis, v. la 20ème édition, 2000, n° 823, p. 818 *« la nullité pour méconnaissance des stipulations d'un autre contrat, serait au demeurant bien difficile à expliquer et à concilier avec la relativité des actes juridiques »* (la phrase semble avoir disparu dans la dernière édition) ; v. encore, bien que les termes du débat ne soient pas exactement les mêmes, v. J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 13, p. 18, *« Dans l'hypothèse où les parties à la convention subordonnée sont étrangères à la convention supérieure, le fait qu'elles subissent les effets de l'acte auquel elles n'ont pas participé constitue une entorse à la relativité des conventions posée à l'article 1165 du Code civil ».*

[139] L. DUGUIT, *La règle de Droit, le problème de l'État*, Paris, E. De Boccard, 1927 §. 39, p. 404

[140] Duguit distingue trois catégories d'actes juridiques. Les actes-règles (qui sont des actes généraux et abstraits et *« qui sont faits avec l'intention qu'il se produise une modification dans les règles de droit (…) à la suite desquels se produit uniquement une modification dans le domaine du Droit objectif, sans qu'il soit touché en quoi que ce soit à la situation d'un ou plusieurs individus déterminés »* § 31, p. 327). Les actes-condition (que Duguit définit comme les actes qui déterminent un individu *« de telle manière qu'une norme juridique qui ne lui était pas antérieurement applicable lui devient applicable »* ou *« tout acte à la suite duquel naît pour un individu un statut qu'il n'avait pas auparavant »*. L'auteur cite l'exemple du mariage qui par sa célébration déclenche l'application d'un ensemble de règles. L'acte est à la différence du précédent, à la fois objectif en ce qu'il *« n'a d'autre résultat que de conditionner l'application d'une règle du Droit objectif »* mais il possède également une dimension subjective en ce qu'il détermine l'application de cette règle de Droit à un individu défini par l'acte, § 31, p. 328). Enfin une dernière catégorie d'actes, les actes subjectifs, qui sont des actes à la suite desquels *« apparaît à la charge d'un sujet une obligation spéciale, concrète, individuelle, momentanée, qui n'était point créée par le Droit objectif, qui n'existerait point à la charge de cet individu par l'application d'une règle quelconque de Droit objectif »*, dont le contrat est la meilleure illustration ; § 31 p. 328 et 329). Les références citées sont tirées de l'ouvrage cité ci-dessus.

rapports de droit ou des situations juridiques qui ont un contenu individuel ou concret (…) qui ne contiennent pas de règles de Droit (…) elles procèdent de règles de Droit »[141]**.** Le contrat est donc dans cette présentation classique, comme toutes les règles individuelles, un acte d'exécution du Droit. Le contrat est simplement générateur de droits subjectifs, essentiellement d'obligations. Or, si l'on imagine assez aisément qu'une règle de Droit puisse définir les conditions de validité d'un acte juridique il est sans doute moins évident de concevoir que d'un acte d'exécution du Droit procède un acte juridique[142]. Le fait que l'on n'hésite d'ailleurs pas à parler de hiérarchie en matière de contrats-cadres, de conventions collectives de travail[143], ou de sociétés[144], conventions dont on souligne volontiers les effets « normatifs »[145], est sans doute assez révélateur de l'obstacle créé par l'absence de normativité juridique de la convention[146].

26. La thèse paraît si étrange que même les partisans de la normativité du contrat semblent parfois faire, incidemment, preuve d'un certain scepticisme face à l'aptitude du contrat à être une norme fondatrice. Ces auteurs relayent en effet fréquemment l'idée commune[147] selon laquelle le contrat serait une norme qui se situerait en bas de la « pyramide » des normes. Il en serait le « dernier niveau ». Après lui, plus rien[148]. Diffusant cette idée, Monsieur Heuzé

---

[141] R. BONNARD, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolph Merkl », *précité*, p. 673

[142] En ce sens M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit*., p. 121, qui qualifie l'hypothèse « d'étonnante ».

[143] V. *infra*, n° 312 et s.

[144] J.-M. MOUSSERON (Direction), *Technique contractuelle*, 3ème édition, 2005, éditions Francis Lefebvre, n° 127, p. 74

[145] Effets qui seraient « antinomiques » avec la notion de contrat, en ce sens, P. RODIERE, *La convention collective de travail en droit international privé, Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Litec, Coll. Institut des relations internationales, 1987

[146] Alors que le contrat est d'ailleurs généralement exclu de la liste des sources du Droit, la convention collective trouve, elle, bonne place au sein de ces sources, v. par exemple, D. MAINGUY, *Introduction générale au droit*, 5ème édition, Litec, Coll. Objectif Droit, 2010, n° 183, p. 155 ; H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit,* Litec, Coll. Traités, 2003, n° 1554, p. 540 ; G. TAORMINA, *Introduction à l'étude du droit*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2005, n° 276 et s., p. 138 et s. ; P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale,* 3ème édition, Defrénois, Coll. Droit civil, 2009, n° 313, p. 259 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 8ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2009, n° 375 p. 305 et 306, l'auteur évoque ici les conventions collectives de travail. Il aborde plus haut d'autres conventions mais de manière moins affirmative.

[147] Pour une illustration de ce lieu commun v., L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 17, 2004, p. 121

[148] Dans une conception normativiste de l'ordre juridique, toutes les normes sont « conditionnantes » et « conditionnées », à deux exceptions près. La norme hiérarchiquement la plus élevée n'est que

souligne que pour Kelsen les actes individuels et les contrats se trouvent à l'extrémité inférieure de la hiérarchie des normes[149]. Monsieur Ancel admet, dans le même sens, que si le contrat est une norme *« cette norme est située à l'étage inférieur de la pyramide »*[150]. Les publicistes semblent de la même manière condamner cette thèse. L'auteur d'une recherche récente qui s'attache à démontrer longuement la normativité du contrat conclut que celui-ci *« est une norme concrète de droit public qui se situe au bas de la hiérarchie des normes »*[151]. Monsieur de Béchillon, enfin, écrit quant à lui au terme d'un article où il s'est attelé à démontrer que le contrat est une norme juridique : *« tout au plus, en conclusion, concédera-t-on un bémol. Les contrats appartiennent sans doute à cette famille particulière de règles que l'on peut dire « normes de conduites ». Contrairement aux « normes de structures », dont l'objet principal est d'organiser les moyens de la production du Droit, les normes de conduite s'adressent directement, immédiatement, aux comportements – matériels – des sujets de droit »*[152]. La concession, qui réduit la convention à la création de normes primaires[153] et exclut ainsi que cet acte puisse être une norme fondatrice[154], semble bien condamner notre idée.

« conditionnante » (elle n'est conditionnée au respect d'aucune autre). La norme au « rez-de-chaussée » de la hiérarchie est elle « conditionnée » (sans être « conditionnante ») (Sur ce point v. O. PFERSMANN, « Hiérarchie des normes », *précité*, p. 780 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 235). Le contrat occuperait donc ce « rez-de-chaussée normatif ». Il serait ainsi une norme « conditionnée ». Il ne serait en revanche « conditionnant » à l'égard d'aucune autre norme juridique.

[149] V. HEUZE, « La règlementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes », Joly éditions, 1990, n° 49, p. 29. À la vérité, telle n'est pas exactement la pensée du Maître Viennois. Pour cet auteur, les normes figurant au niveau « zéro » de la hiérarchie sont les normes de contrainte. Il y a, écrit-il, *« les actes qui ne sont qu'application du droit et nullement création du droit. Ce sont (…) les actes qui réalisent les actes de contrainte statués par les normes juridiques »*, v. sur ce point, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 237

[150] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précité*, p. 775, n° 6, nous soulignons.

[151] L. CLERC, *Thèse précitée*, n° 511, p. 598. V. également, n° 56 et s., p. 75 et s. où l'auteur situe la convention dans la hiérarchie des normes et la place au dessous des normes constitutionnelles, légales, règlementaires, et également au dessous des actes administratifs unilatéraux.

[152] D. DE BECHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, 1, p. 34 et 35. L'auteur atténue cependant quelques lignes plus tard ce propos déjà mesuré ; il semble s'en éloigner dans un article ultérieur où il dénonce *« la solution de facilité consistant à intégrer l'ensemble des actes* [des personnes privées] *au degré zéro (ou un) de la pyramide »* des normes, *« Sur la conception française de la hiérarchie des normes, Anatomie d'une représentation »*, *RIEJ*, 1994, 32

[153] Sur la distinction entre les règles primaires et secondaires, la polysémie de ces termes, et un essai de synthèse v. l'éclairant article de N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *in*, *Essais de théorie du droit*, Bruylant, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 1998, p. 159 et s.

[154] Le terme est emprunté au Professeur Joseph PINI qui, lors de ses cours dispensés en Master II Droit des contrats privés et publics à l'Université d'Avignon, enseignait que le contrat administratif est une norme « fondée » et « fondatrice » ; Il est également celui employé par Monsieur NEAU-LEDUC dans sa thèse sur la règlementation de droit privé pour décrire le rôle du contrat (norme fondatrice) à l'égard de l'acte unilatéral règlementaire qui en découle. V. *La règlementation de droit privé*, *op. cit.*, n° 346, p. 219

27. Au regard des arguments qui viennent d'être exposés, l'idée qu'une convention puisse déterminer l'une au moins des conditions de la validité d'une autre convention semble bien délicate à soutenir. À contre-courant de ce sentiment il nous semble au contraire que la chose est parfaitement admissible. Les arguments avancés en défaveur de la thèse proposée ne semblent pas être de nature à y faire véritablement obstacle ; quant au droit positif, il semble recéler des situations dans lesquelles une convention détermine manifestement les conditions de validité d'un autre acte de même nature. L'existence de rapports hiérarchiques entre normes conventionnelles est indéniable (PREMIÈRE PARTIE).

28. Une fois établie l'existence de rapports de validité entre deux conventions nous essayerons de cerner le phénomène. À l'appui des rapports conventionnels hiérarchiques déjà identifiés il sera possible de dégager les éléments qui sont indifférents, favorisants, ou déterminants dans l'instauration d'un lien de validité entre deux conventions. La preuve de l'existence de rapports hiérarchiques entre conventions cèdera alors la place à celle des conditions de l'apparition d'un lien de validité entre conventions (SECONDE PARTIE).

PREMIÈRE PARTIE – L'EXISTENCE DE HIÉRARCHIES DE NORMES CONVENTIONNELLES.

SECONDE PARTIE – LES CONDITIONS DE LA HIÉRARCHISATION DES NORMES CONVENTIONNELLES.

PREMIÈRE PARTIE – L'EXISTENCE DE HIÉRARCHIES DE NORMES CONVENTIONNELLES

29. L'existence de rapports hiérarchiques entre plusieurs conventions, nous l'avons dit en introduction, se heurterait à trois obstacles principaux. L'effet relatif des conventions, l'égalité juridique de ces actes, l'absence de normativité juridique du contrat. Démontrer l'existence de relations de type hiérarchique entre deux ou plusieurs conventions suppose donc inévitablement de lever, un à un, les obstacles à cette thèse (TITRE I).

30. Démontrer qu'il est théoriquement possible de hiérarchiser deux conventions ne suffit assurément pas à s'assurer de l'existence de rapports hiérarchiques en droit positif. Pour cette raison, et c'est pour nous l'essentiel, encore faut-il vérifier dans le droit positif l'existence de relations hiérarchiques entre normes conventionnelles. Si l'on admet qu'une hiérarchie existe entre deux normes lorsque l'une détermine un élément que l'autre norme devra respecter sous peine de ne pas être valable, alors, l'étude du droit positif nous permettra de démontrer qu'en plus d'être théoriquement admissible l'existence de rapports hiérarchiques entres normes conventionnelles est une réalité (TITRE II).

TITRE PREMIER – LA POSSIBILITÉ DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS.

TITRE SECOND – LA RÉALITÉ DES RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS.

TITRE PREMIER – LA POSSIBILITÉ DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS.

31. L'effet relatif des conventions, l'égalité juridique de ces actes, et l'absence de normativité du contrat seraient donc les principales difficultés auxquelles doit faire face l'opinion que nous voudrions soutenir. À vrai dire, deux de ces prétendus obstacles peuvent être écartés sans qu'il soit nécessaire d'en discuter trop longuement puisqu'ils reposent sur des prémisses que rien ne permet de soutenir *a priori* ou sur une vision trop simple de la « hiérarchie des normes ».

32. L'effet relatif des conventions n'est pas un obstacle – Tel est en premier lieu le cas de l'argument consistant à rejeter l'idée proposée en considération du principe énoncé à l'article 1165 du Code civil.

33. L'argument est en partie une pure pétition de principe. Il repose, implicitement mais nécessairement, sur le présupposé selon lequel les deux conventions hiérarchisées ne lient pas les mêmes parties. Faire produire à une convention liant *primus* et *secundus* un effet à l'égard d'une autre, liant *secundus* à *tertius,* serait manifestement faire subir à *tertius* l'effet d'un acte auquel il n'est pas partie. Or, rien n'indique pour l'instant qu'un lien hiérarchique ne puisse pas relier deux conventions liant les mêmes parties. Nous aurons d'ailleurs par la suite l'occasion de démontrer que cette alternative est parfaitement envisageable et qu'elle se manifeste dans diverses situations en droit positif. L'argument tiré de l'effet relatif des conventions ne peut, dès lors, être qu'un obstacle partiel réduit à l'hypothèse suivante.

34. Si l'on envisage qu'un lien hiérarchique puisse relier deux conventions ayant des parties intégralement ou partiellement différentes, c'est-à-dire si l'on admet qu'une convention formée entre *primus* et *secundus* puisse déterminer les conditions de validité d'une convention liant *tertius* à *quartus*, force est d'admettre alors qu'une convention produit un effet à l'égard d'un (ou plusieurs) tiers. Cela étant, rien ne permet de préjuger que cet effet est attentatoire à la règle posée à l'article 1165 du Code civil. Il est depuis longtemps admis que *« dire que le contrat a un effet relatif ne signifie pas qu'il soit dépourvu de tout effet à l'égard des*

tiers »[155]. L'atteinte à l'effet relatif des conventions n'est caractérisée qu'à la condition qu'une convention produise un effet précis à l'égard des tiers (qu'elle les engage contractuellement). Il ne peut donc être, *a priori*, tiré argument de l'effet relatif des conventions pour s'opposer à l'idée même que nous souhaitons défendre. Seul le constat, *a posteriori*, de ce que l'établissement d'un lien hiérarchique entre deux actes engage contractuellement un tiers serait de nature à faire obstacle à notre hypothèse[156].

35. L'égalité juridique des conventions n'est pas un obstacle – La seconde cause qui devrait avoir pour conséquence la condamnation de l'opinion que nous avons formé le dessein de soutenir, tiendrait à l'égalité juridique des conventions. À vrai dire, là encore, la remarque ne résiste pas à l'analyse. À première vue l'idée est pleine de bon sens. Elle repose sur la considération que les conventions sont d'un point de vue formel des normes de même niveau hiérarchique. Une convention est égale à une convention, une loi est égale à une loi, un arrêté municipal est égal à un autre arrêté municipal. Toutes les normes sont égales aux autres normes qui appartiennent à la même « catégorie de normes ». Pour cette raison, on peut avoir quelques difficultés à concevoir qu'une norme puisse définir les conditions de validité d'une même catégorie de normes (et lui soit donc hiérarchiquement supérieure); il peut donc être difficile de concevoir qu'une convention détermine les conditions de validité d'une autre convention (et lui soit donc hiérarchiquement supérieure).

36. Une telle approche formelle est sans aucun doute trop réductrice. L'égalité formelle de deux actes juridiques, le fait que leur « valeur juridique » soit identique, ne fait pas obstacle à l'existence de rapports hiérarchiques entre deux normes en termes de rapport de production. Nous en donnerons un unique mais probant exemple. La Constitution de la V^{ème} République prévoit dans son Titre XVI (dans un unique article 89) ses propres modalités de révision. Les règles énoncées à cet article sont donc *« des normes de production de normes constitutionnelles qui entretiennent, à ce titre, un rapport hiérarchique avec les normes constitutionnelles (…) dont elles formulent les conditions de validité »*[157]. Des normes de « valeur constitutionnelle » déterminant les conditions de la validité d'autres normes de

[155] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, Tome I, Contrat et engagement unilatéral*, 2ème édition, PUF, Coll. Thémis Droit, 2010, p. 506

[156] Nous nous en tenons pour l'instant à ces quelques remarques. La question sera étudiée de manière plus détaillée ultérieurement, *infra*, n° 543 et s.

[157] C. BRAMI, *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français, Essai d'analyse systémique*, (Direction G. CALVES), *Thèse,* Cergy-Pontoise, 2008 p. 228

« valeur constitutionnelle », preuve est faite que l'égalité juridique formelle de deux règles de Droit ne garantit pas nécessairement leur égalité hiérarchique du point de vue de leur production. « l'égalité juridique des conventions » ne peut donc suffire à faire obstacle à l'instauration entre ces actes de rapports hiérarchiques.

37. L'absence de normativité du contrat est un obstacle – Enfin, demeure le dernier obstacle que nous avons relevé. Jamais exprimé, mais inévitablement présent dans tous les esprits, celui de la non normativité du contrat. Le contrat serait un acte d'exécution matérielle du Droit et non un acte producteur de Droit. Cette présentation – nous l'avons dit – s'accorde assez mal avec l'idée qu'une convention puisse déterminer l'une au moins des conditions de validité d'une seconde convention. Seule une règle de Droit, autrement dit, un acte créateur de Droit peut, comme son nom l'indique, créer du Droit. Admettre que le contrat est une règle de Droit (autrement dit, une norme juridique[158]) s'avère donc indispensable si l'on aspire à rendre compte des rapports inter-conventionnels en termes de hiérarchie.

Il nous reviendra donc, à la suite de quelques auteurs, de démontrer que le contrat est, en droit privé[159] positif, une véritable norme juridique.

38. Considérer le contrat comme une règle de Droit n'est certainement pas adopter une position commune. La réception de cette thèse est assez faible dans la doctrine civiliste (même si elle connaît un indéniable essor depuis quelques années[160]) qui le plus souvent nie le

[158] Nous nous rallions ici à la position de plusieurs auteurs et nous emploierons tout au long de notre étude les deux termes, normes et règles, comme synonymes. En ce sens par exemple, P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN », *APD*, 1987-2, p. 314 et « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 10, 1989, p. 7; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit*, Odile Jacob, 1997, notamment p. 165; G. KALINOWSKI, « Trois notions du droit », *Droits*, 10, 1989, p. 45; A. JEAMMAUD, « La règle de Droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199, n° 3 qui relève à propos de la distinction entre norme et règle que *« tout est affaire de convention » ; Contra*, voir P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973 ; L'auteur distingue les deux concepts, les règles étant alors une sous catégorie de normes se distinguant, en partie, de par leur caractère général d'une autre catégorie de normes, les décisions, v. en particulier, n° 48 à 79, p. 35 à 55

[159] Pour une démonstration de la normativité juridique du contrat en droit public, v. D. DE BECHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *précité* ; L. CLERC, *Thèse précitée*, en particulier le Titre I de la première partie, p. 22 à 81

[160] Notamment les travaux de Monsieur P. ANCEL sur la distinction entre la force obligatoire du contrat et ses effets obligationnels. V. encore la thèse de R. LEVACHER, *La règle contractuelle dans l'ordre juridique, contribution à l'analyse normative du contrat*, (Direction R. ENCINAS DE MUNAGORRI), Thèse, Nantes, 2007 ; sans oublier les nombreux travaux de Messieurs GHESTIN, ROUHETTE ou de Monsieur ENCINAS DE MUNAGORRI qui seront régulièrement cités.

caractère « normatif » du contrat[161] quand elle n'ignore tout simplement pas la question. Il suffit pour s'en faire une idée de se référer à quelques uns des principaux manuels d'introduction au Droit ou de prêter attention à quelques travaux consacrés aux sources du Droit[162]. À côté de la Constitution, de la loi, de la coutume, parfois de la jurisprudence, le contrat n'est *« guère envisagé par les juristes comme une source du Droit »*[163/164]. Le

[161] Par exemple récemment, L. IZAC, *L'autorité du contrat, Essai sur l'ordre juridique subjectif*, Thèse, Toulouse, 2006, (direction T. REVET), notamment, n° 474, p. 435

[162] Ne citant pas le contrat comme l'une des sources du Droit objectif : J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 13ème édition, Sirey, Coll. Sirey Université, 2010, n° 77 et s., p. 59 et s. ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE , *Droit civil, Introduction*, 16ème édition, Sirey, Coll. Sirey Université, 2009, n° 42 et s. p. 20 et s.; B. BEIGNIER, C. BLERY, *Manuel d'introduction au Droit*, PUF, Coll. Manuels, Droit fondamental, 2004, n° 74 et s., p. 123 et s. ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au Droit*, op. cit., n° 91, p. 93; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 1ère édition, Quadrige, PUF, 2004, n° 106 et s., p. 194 et s. ;P. COURBE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, 2009, p. 42 et s. ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13ème édition, Montchrestien, Coll. Précis Domat, 2007, n° 72 et s. p. 46 et s. ; M. DOUCHY-OUDOT, *Droit civil, Première année*, *op. cit.*, n° 76 et s., p. 51 et s. ; S. DRUFFIN-BRICCA, L.-C. HENRY, *Introduction générale au droit*, Gualino, Coll. Manuels, 2007, n° 331, p. 153 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 12ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2008, n° 58 et s., p. 49 et s; B. PETIT, *Introduction générale au droit*, 7ème édition, PU Grenoble, 2008, n° 41 et s. p. 41 et s. ; J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, 2ème édition, PUF, Coll. Droit fondamental, 1989, n° 96 et s. p. 121 ;H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit, op. cit*., n° 482 p. 173 ; Voir aussi *APD* numéro spécial « sources du Droit » ; v. encore la thèse de Monsieur P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, (préface H. BATIFFOL), Dalloz, 1973, n° 16 p. 12 où l'auteur refuse de considérer le contrat comme une norme argument pris du fait *« qu'il n'est pas raisonnable de penser que l'État a accordé un blanc-seing général à tous les citoyens pour s'exprimer en son nom »*.

[163] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs », *RTD civ.* 2004, p. 594 ; v. également en ce sens, G. MARTY, « De la place des conventions dans l'ordonnancement juridique », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1951, p. 76

[164] Voir cependant, dans la doctrine contemporaine qui affirme sans équivoque l'appartenance de la convention aux sources du Droit objectif : Parmi les manuels d'introduction au droit ou de droit des obligations, R. ENCINAS DE MUNAGORRI , *Introduction générale au droit, Champs Université*, Flammarion, Coll. Champs, 2006, qui est sans doute l'auteur le plus affirmatif de la qualité de règle de Droit de la convention. Il présente en effet dans un Chapitre intitulé *« la formation des règles de droit »*, et après deux sections consacrées à la jurisprudence et à la coutume, une troisième section dédiée aux actes juridiques, subdivision elle-même partagée en deux sous-sections dans lesquelles l'auteur envisage successivement les règles établies par les particuliers (contrats et actes juridiques unilatéraux) puis les règles d'origines étatiques (la Constitution, les lois et les actes administratifs), p. 116 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 1994, n° 240 et s. p. 199 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 2001, n° 1, p. 1 ; X. LABBEE, *Introduction générale au droit, Pour une approche éthique*, PU du Septentrion, 2006, qui consacre au Titre II à *« la norme voulue »*, parmi laquelle se trouve la convention, p. 101 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Tome I, Introduction à l'étude du droit privé* ,5ème édition, Economica, Coll. Droit civil, 2006, n° 183 et 184, p. 112 et 113 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit, op. cit*., n° 373, 374 et 375 p. 303 à 306, mais l'auteur présente le contrat comme une pratique (elle-même source du droit, n° 369 et s. p. 300 et s.) ce qui donne un sentiment d'ambiguïté sur la portée exacte des propos tenus, sans doute n'utilise-t-il pas ici la même acception que nous du terme « sources » ; quelques monographies ou thèses développent la même idée ; D. DE BECHILLON, *op. cit.*, en particulier, p. 50 et 51 ; L. CLERC, *La validité des contrats administratifs*, Thèse, Avignon, 2007, (direction J. PINI) p. 1 à 83; P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2005, qui consacre la seconde partie de cet ouvrage *« aux sources venues de la base »*, p. 79, le Chapitre premier étant consacré à *« l'acte juridique des particuliers »*, p. 81 et s. ; R. LEVACHER, *Thèse précitée* ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'analyse critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965 ; quelques articles, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précité* ; D. DE BECHILLON, « Le contrat comme norme

paradoxe est poussé à ce point qu'il est plus souvent traité de la question de la qualité de source du Droit de la doctrine que de celle de la convention.

39. À contre courant de cette doctrine majoritaire, nous essayerons de montrer que le contrat est une norme juridique comme les autres. C'est souvent en étudiant ses effets que l'on remarque ici ou là que le contrat produit des normes, qu'il a, à tel ou tel autre égard un effet « normatif ». Il est presque devenu commun de souligner ces effets « normatifs » du contrat (qui sont cependant souvent considérés comme étant exceptionnels). Ce n'est cependant pas parce que le contrat a des effets « normatifs » qu'il doit être considéré comme une norme. C'est au contraire parce qu'il est une norme qu'il produit des effets « normatifs ». Nous ne soulignerons donc pas ici les différentes manifestations de ces effets « normatifs » du contrat. Nous nous attacherons, au contraire, à souligner que la convention correspond à la définition qui est pour nous celle de la norme juridique. Cela nous conduira donc dans un premier temps à démontrer que le contrat est une norme (CHAPITRE PREMIER) dont le caractère juridique (la juridicité) nous semble acquis (CHAPITRE SECOND).

CHAPITRE PREMIER – LA CONVENTION EST UNE NORME.

CHAPITRE SECOND – LA CONVENTION EST UNE NORME JURIDIQUE.

dans le droit public positif », *précité* ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, Ch. p. 147 ; « les données positives du droit », *RTD civ.* 2002, p. 11 ; G. ROUHETTE, « La définition du contrat et la méthode juridique française », *Droits*, 12, 1990, p. 59 ; « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *in, Le contrat aujourd'hui: comparaison franco-anglaise*, (direction D. TALLON, D. HARRIS), LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit privé, Tome 196, 1987, p. 27

CHAPITRE PREMIER – LA CONVENTION EST UNE NORME.

40. En partant en amont d'une définition très générale de la norme nous essayerons progressivement, et par élimination, de souligner ce qui fait dans l'univers des normes la spécificité des normes juridiques (SECTION I). Cette démarche menée à son terme, il sera alors temps de comparer la convention à cette définition pour vérifier si la convention peut être qualifiée de « norme » (SECTION II).

SECTION I – DÉFINITION DE LA NORME.

41. L'idée même de « norme juridique » est incontestablement très marquée, voire connotée. Même si l'utilisation de ce terme se développe et transcende aujourd'hui les courants de pensée[165], elle reste attachée, particulièrement lorsqu'on la juxtapose à la notion de contrat, à une certaine tradition juridique dont nous voudrions essayer de la détacher[166] de manière à « dépassionner » la question. Pour ce faire nous nous proposerons, plutôt que d'opter d'emblée pour une définition de la norme juridique, de « reconstruire » (bien modestement) par étape la notion de « norme » en la détachant brièvement de la science juridique. Confronter les normes juridiques à d'autres normes issues de différentes disciplines contribuera à atteindre deux objectifs : mettre en lumière à la fois la grande banalité de cette notion de norme et le fait qu'elle dépasse le cadre de la science juridique (et donc *a fortiori* le cadre d'une doctrine juridique) ; souligner progressivement les spécificités de la norme juridique, ce qui permettra ultérieurement de confronter la définition de la convention à celle de la norme.

42. Après avoir donné une définition générale de la norme (§1) nous préciserons donc les spécificités de la norme juridique qui font d'elle une norme éthique (§2).

[165] En ce sens, F. TERRE, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 243, p. 197, *« Naguère, on aurait pu se passer de l'emploi de ce mot, laissant le soin d'en disserter aux représentants d'une certaine philosophie du droit, inspirée de Kelsen (…) Aujourd'hui, la situation est différente dans la mesure où le mot « norme » a désormais conquis une place de choix dans notre ordonnancement juridique ».*

[166] Il ne s'agit pas de nier pour autant l'influence de cette doctrine sur notre conception du Droit.

§1. La notion de norme.

43. Le sens d'un énoncé qui pose un modèle – Une étude de plusieurs dictionnaires de la langue française nous enseigne que la norme est le plus souvent définie comme une règle ou une loi[167]. Assurément, cette définition ne nous éclaire que très peu sur le sens du mot norme, puisque nous avons pris le parti de considérer ces termes comme synonymes[168]. Il faut donc, avant de revenir vers d'autres définitions proposées, s'attacher un instant à l'étymologie de ce terme dont plusieurs auteurs s'accordent à reconnaître le caractère très instructif[169].

44. Norme est un dérivé du grec *gnomon*[170] dont la traduction latine, *norma,* désignait comme le terme grec une règle au sens de l'*«instrument de bois, de métal ou de quelque autre matière, qui sert à guider la main quand on veut tracer des lignes droites*[171]» (cette règle permettait également de former des angles droits[172]). Les deux termes « norme » et « règle » étaient donc déjà synonymes. La norme est donc à l'origine un outil, matériel, utilisé par l'homme qui va progressivement devenir une « chose » immatérielle. *« À partir de l'intuition évidente que ce quelque chose présentait lui aussi fondamentalement une nature d'outil »*[173], la *norma,* qui guidait la main de l'homme et lui servait de modèle pour tracer des lignes et des angles, devient un outil intellectuel guidant la conduite de l'homme et lui servant de modèle de comportement. L'instrument permettant de tracer des lignes devient ainsi une *« ligne de conduite »*[174]. Pour les stoïciens, désireux d'imiter la sagesse de Socrate, ce dernier était le *gnomon*[175].

---

[167] Entre autres, ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'académie Française*, 9ème édition, v° *Norme* ; J. REY-DEBOVE, A. REY, (Direction), *Le nouveau petit Robert de la langue française*, 2010, v° *Norme* ; P.-E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Tome III, v° *Norme.*

[168] Le mot Loi étant bien entendu pris dans son acception matérielle.

[169] P. AMSELEK, « Norme et loi », *APD*, 1980, p. 90.

[170] A. REY (Direction), *Dictionnaire historique de la langue française,* Dictionnaire le Robert, 2006, v° *Norme.*

[171] Dictionnaire de l'académie Française, 8ème édition, V°- r*ègle.*

[172] Le nouveau petit Robert, *précité ; Dictionnaire historique de la langue française, précité.*

[173] P. AMSELEK, « Norme et loi », *précité,* p. 91, qui relève même que l'usage du mot norme pour désigner un outil matériel a, un temps, disparu pour ne laisser subsister que le seul usage de norme au sens psychique du terme.

[174] *Dictionnaire historique de la langue française, précité.*

[175] S. SIMHA, *norme, in, Dictionnaire des concepts philosophiques*, Larousse & CNRS éditions, p. 568 ; On

45. Cette conception figurée de la norme s'est imposée à côté du sens originel et l'on trouve d'ailleurs assez souvent, dans un certain nombre de dictionnaires, la norme définie comme un modèle[176/177]. La norme serait donc un modèle, mais *« pas un modèle à imiter de façon mécanique et servile »*[178]. Elle est ce qui sert de *« référent pour une infinité d'actions »*[179] et plus précisément, comme le définit Denys de Béchillon, *« l'idée ou le concept d'une situation ou d'un comportement ou d'une chose auquel on veut rapporter une situation, un comportement ou une chose réels par le biais d'une opération de jugement »*[180]. Dans ce sens, la norme n'est donc plus un élément accessible aux sens mais à l'esprit. La norme *« ne se voit pas, elle se comprend »*[181]. Elle est pour reprendre une formule familière, le sens d'un énoncé[182].

46. Dire qu'une norme est le sens d'un énoncé c'est exclure de la définition de la norme son support. À propos d'une norme juridique par exemple, celle-ci n'est pas la loi le décret ou tout autre texte de loi au sens matériel que l'on peut rencontrer en droit positif[183]. La norme est

---

retrouverait également semble t-il des traces de l'utilisation du mot norme au sens figuré chez Cicéron qui pourrait avoir été le premier à développer véritablement cette acception du terme v. S. AUROUX (Direction), *Les notions philosophiques, dictionnaire*, Tome II, PUF, p. 1767.

[176] *Ibid.*, p.1768; *Dictionnaire de l'académie Française*, *précité*, v° *Norme*, qui définit notamment la norme comme un *« comportement qui peut être pris pour référence ; modèle, principe directeur qu'on tire de l'observation du plus grand nombre »; Le nouveau petit Robert de la langue française*, v° *Norme*, p. 1704; S. SIMHA, *précité*, p. 567; *Trésor de la langue française informatisé*, v° *Norme*, qui définit la norme comme *« la référence à un modèle »*.

[177] V. également, A. JEAMMAUD, « La règle de Droit comme modèle », *D.* 1990, Ch., p. 199, en particulier n° 9 à 17, p. 203 à 206.

[178] S. SIMHA, *op. cit.*, p. 568.

[179] *Ibid.*

[180] D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 171 ; v. également, reprenant à peu près les mêmes termes A. JEAMMAUD, « La règle de Droit comme modèle », *précité*, n° 10, p. 203.

[181] *Ibid.*, p. 166.

[182] Entre autres auteurs recourant au sens d'un énoncé dans leur définition de la norme, v. P. AMSELEK, « Norme et loi », *précité*, p. 93 *« la norme, c'est le message dont les signes sont porteur, leur sens »;* D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 166, *« la norme comme signification d'une proposition »*; H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 2, adapté à la norme juridique, il la décrit comme « *la signification d'un acte de volonté »;* E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006 p. 87.

[183] En se sens, P. AMSELEK, « Norme et loi », *précité*, p. 93; D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 166; E. MILLARD, *Ibid.*, p. 88 et 89.

également à distinguer du texte qui l'énonce[184], de la proposition signifiant la norme. La différence est de taille. Il suffit pour l'illustrer de se remémorer l'épisode relatif à l'interprétation qu'il y a lieu de retenir de l'article 13 de la Constitution[185] et de la crise à laquelle cette interprétation a donné lieu en 1986 lors de la première cohabitation. Certains voyaient dans les dispositions de cet article une obligation faite au Président de la République de signer les ordonnances, d'autres y apercevaient l'exercice d'un choix. Le texte est susceptible de revêtir différents sens, la norme n'est qu'un seul de ces sens. C'est en cela que les deux éléments se distinguent.

47. Modèle de survenance d'évènements dans le cours des choses – La norme est donc le sens d'un énoncé. On peut sans doute préciser un peu plus encore la définition de la norme au sens immatériel. Initialement réduite au sens d'un énoncé constituant un modèle de comportement humain, la norme s'est élargie à un modèle de survenance d'évènements dans le cours des choses. Les normes et règles au sens figuré dépassent le champ de modèles de comportement pour s'étendre, outre les normes juridiques et morales ou éthiques, aux normes sociologiques, statistiques, médicales, naturelles ou scientifiques (même si les juristes tendent parfois à ne reconnaître que difficilement le caractère normatif aux règles scientifiques[186/187]). Les disciplines scientifiques ont donc bien, elles aussi, leurs normes, que l'on nomme le plus souvent lois[188] ou principes, et qui sont des modèles de survenance d'évènements dans le cours des choses.

On parle ainsi des lois de Newton en sciences physiques, de Pareto[189] en économie, de la célèbre loi de Moore en informatique, de la loi des grands nombres en statistique, ou encore

[184] D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 166; E. MILLARD, *Ibid.*

[185] *«Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des Ministres»,* v. E. MILLARD, *Ibid.*, p. 89.

[186] P. AMSELEK, « Norme et loi », *précité,* p. 97.

[187] Voir par exemple l'attitude ambiguë de Kelsen sur cette question qui écrit qu'il existe des normes qui peuvent signifier une *« règle normative »* et d'autres normes qui énoncent des *« règles de fait »*, ce qui semble alors être une catégorie de normes qui ne seraient pas des normes, *Théorie générale des normes*, p. 11 ; V. également R. CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite : L'impératif juridique*, Dalloz, 1928, qui dès la première page de sa thèse oppose la « norme », *« ce qui doit-être »*, à la loi naturelle, *« ce qui est »*, p. 1.

[188] Sur l'origine théologique du succès du terme loi en matière de sciences naturelles, voir J.-M. L.-L, *in, Dictionnaire culturel des sciences*, V°- *Loi*, édition Seuil-Regard.

[189] *« 80 % des richesses sont détenues par 20 % des personnes économiques »*.

du principe de Peter[190] en gestion. Le sens de l'énoncé selon lequel *«tout corps persévère dans l'état de repos ou de mouvement uniforme en ligne droite dans lequel il se trouve, à moins que quelque force n'agisse sur lui, et ne le contraigne à changer d'état* »[191], de celui selon lequel « *le nombre de transistors par circuit de même taille double, à prix constants, tous les dix-huit mois »*[192], ou celui en vertu duquel *«le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des Ministres»* sont tous des normes. Tous ces énoncés ont pour objet la survenance d'un ou plusieurs évènements dans le cours de choses.

48. Il existe donc une grande variété de normes dans toute une série de disciplines. Toutes ne possèdent cependant pas les mêmes caractéristiques. C'est en confrontant les normes juridiques aux normes des autres disciplines que l'on dégagera les caractères principaux qui font de la norme juridique une variété de normes, les normes éthiques.

§2. Variétés de normes.

49. La norme juridique est, nous le constaterons, une norme éthique. Cette catégorie de normes est une sous-catégorie des normes directives, que l'on peut opposer aux normes recognitives ou scientifiques. Avant d'être une norme éthique (2), la norme juridique est donc une norme directive (1).

A. Les normes juridiques sont des normes directives.

50. Dualité des énoncés des normes – On peut distinguer deux grandes catégories de normes : les normes recognitives et les normes directives[193]. Les normes recognitives (les normes ou lois scientifiques ou naturelles) sont des modèles de survenance des choses qui *«se réalisent ou qui se produisent effectivement »*[194]. Ces normes sont alors élaborées grâce à l'expérience. Il s'agit de *« voir pour prévoir, étudier ce qui est afin d'en conclure ce qui sera*

[190] *« Tout employé tend à s'élever à son niveau d'incompétence ».*

[191] Loi de Newton.

[192] Loi de Moore.

[193] P. AMSELEK, « Norme et loi », *précité*, p. 96 et s. ; Sur ce point v. D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 164 qui oppose les normes *« descriptives »* et *« prescriptives »*. Si les termes sont différents ils rendent compte de la même opposition.

[194] P. AMSELEK, *Ibid*., p. 97.

»[195]. Partant de ce qui est aujourd'hui il est par exemple possible de déterminer quelle sera la *« taille des transistors par circuit »* pour un prix donné dans dix-huit mois selon la loi de Moore.

51. Les normes directives elles, sont des modèles d'une toute autre nature. Ces normes ne sont pas des modèles de la survenance effective d'un événement mais des modèles *« à remplir, à suivre, à observer »*[196], des modèles de comportement. Ce type de norme a donc pour objet les conduites humaines qu'elles visent à diriger, à guider[197]. Elles ne sont donc plus comme les normes scientifiques l'établissement d'un lien de cause à effet entre ce qui est et ce qui sera. Du fait que la Constitution prévoit que *«Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des Ministres»,* on ne peut déduire qu'il les signera effectivement[198]. De la même manière, on ne peut déduire de la norme « il est interdit de mentir » si un individu dira la vérité. Les normes directives ne prévoient pas, à la différence des normes recognitives, ce qui sera effectivement. C'est à cette catégorie des normes directives qu'appartiennent les normes juridiques.

52. Au sein même de cette catégorie de normes directives, une nouvelle précision doit être apportée. Celle-ci est en effet subdivisée en plusieurs catégories dont la comparaison nous permettra d'affiner encore la spécificité des normes juridiques.

B. Les normes juridiques sont des normes éthiques.

53. Définition des normes éthiques – Toutes les normes directives ayant pour objet de diriger un comportement humain ne sont pas des normes juridiques, ni même des normes éthiques. Il est en effet des normes qui ont pour objet de diriger les comportements humains pour leur permettre de *« parvenir à un certain résultat, à une certaine fin »*[199/200] et qui sont

[195] A. COMTE, *Discours sur l'esprit positif,* Carillan-Goeury et Vr. Dalmon, 1844, p. 17.

[196] P. AMSELEK, « Norme et loi », *précité,* p. 96.

[197] *Ibid.*

[198] Comme en atteste l'issue du célèbre épisode de la cohabitation évoqué.

[199] P. AMSELEK, « Norme et loi », *précité,* p. 99.

[200] A. DREWS, *« Les normes sont des prescriptions ou des règles qu'il faut observer si l'on veut qu'un certain but soit atteint », Manuel de logique*, Berlin, 1928, p. 10, cité par H. KELSEN, *Théorie générale des normes, op.*

élaborées en *« fonction d'un savoir»*[201]. Elles sont en cela fondées sur des lois scientifiques[202]. Il en va ainsi par exemple d'une recette de cuisine que l'on doit suivre pour obtenir un certain résultat. Ces normes, techniques[203], sont en fait l'expression d'une relation causale entre deux phénomènes. Il faut pour parvenir à un certain résultat satisfaire à un certain comportement. Ces normes techniques sont, selon l'expression de Kelsen, un *« falloir être »*[204].

54. À l'inverse, les normes juridiques sont des normes éthiques qui ne représentent pas un *« falloir être »* mais, selon l'expression devenue célèbre, un *« devoir être »*[205]. À la différence des normes techniques qui expriment une *« nécessité causale »*[206], les normes éthiques et juridiques expriment que quelque chose doit être. Comme l'explique le chef de file de l'école de Vienne *« lorsque l'éthique décrit une norme morale générale dans la proposition "si quelqu'un est dans le besoin, on doit le secourir" »*[207], ou si la science du droit décrit une norme juridique générale dans la proposition *« si quelqu'un a reçu un prêt, il doit le rembourser »*[208], alors, la connexion de condition à conséquence n'a manifestement pas le caractère d'une nécessité causale. Elle est exprimée par un « devoir être » et non par un « falloir être ». Il est possible que quelqu'un dans le besoin ne soit pas secouru, et que quelqu'un ayant reçu un prêt ne le rembourse pas[209] alors qu'il est par exemple impossible, à notre connaissance, de monter des blancs d'œufs en neige sans les battre.

55. Les normes éthiques peuvent donc être définies comme la signification d'une

---

cit., p. 11.

[201] P. AMSELEK, « Norme et loi », *précité*, p. 99.

[202] F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, (préface J. SCHMIDT-SZALEWSKI), PUAM, Coll. institut de droit des affaires, 2003, p. 41.

[203] Sur ce type de normes, nuançant la distinction de celles-ci et des normes juridiques, v., BOY L., « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 119 et s.; et F. VIOLET, *Ibid*., en particulier l'introduction de l'ouvrage.

[204] H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 11 et s.

[205] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 13 Le mot norme exprime l'idée que quelque chose doit être.

[206] H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 11, il faut nécessairement que quelque chose soit pour qu'une autre chose soit également.

[207] *Ibid.*, p. 27.

[208] *Ibid.*

[209] *Ibid.* p. 27 et 28.

proposition qui indique un modèle de comportement[210] en vertu duquel quelque chose doit être[211].

56. Contenu des normes éthiques – Cette définition mérite un certain nombre de précisions. Les normes éthiques ne se bornent pas à établir des « devoir être » au sens le plus strict du terme[212]. Il ne s'agit pas, en posant le fait que les normes éthiques indiquent un « devoir être » entendre par là qu'elles ne se bornent qu'à commander, imposer, obliger. La doctrine donne en effet au terme « devoir » un sens qui va bien au-delà du sens commun de ce terme. Il doit être compris comme signifiant également *« avoir le droit et avoir le pouvoir »*[213]. Le contenu des normes peut être d'une grande variété et peut indifféremment *« consister en une autorisation, une permission*[214]*, une habilitation, une interdiction, une obligation, etc.* [215]*»*. L'exposé de quelques normes éthiques permet de confirmer cela. En disposant qu'il est interdit de mentir la morale énonce une interdiction ; elle peut poser une obligation en imposant d'aimer son prochain. D'autres normes éthiques, comme l'article 1984 du Code civil, habilitent (le mandataire à accomplir des actes juridiques au nom et pour le compte de son mandant). Enfin, l'article D. 143 du Code de procédure pénale prévoit des permissions (de sortie au bénéfice des personnes détenues, pour passer un examen universitaire par exemple).

57. La norme au sens éthique du terme étant désormais définie, il nous faut maintenant passer la convention à travers la grille de cette catégorie, afin de déterminer si elle lui

[210] En ce sens, A. SERIAUX, « Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du Droit », *Droits*, 10, 1989, p. 85 ; v. cependant, s'inscrivant vigoureusement en faux contre cette opinion, A. JEAMMAUD, « La règle de Droit comme modèle », *précité*, pour lequel si les règles de Droit sont des modèles, ces modèles sont autrement plus variés que des modèles de comportement.

[211] À défaut de poser un « devoir être », la norme n'en serait plus une. V. à cet égard, la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui censure désormais les dispositions législatives qui ne contiennent aucune règle, aucun « contenu normatif », et perdent dès lors leur caractère de « norme » juridique. CC, 21 avril 2005, décision n° 2005-512 DC, *LPA* 2005, n° 100, p. 3, Note J.-E. SCHOETTL ; *RTD civ*. 2005, p. 564, Observations P. DEUMIER ; *RFDA* 2005, p. 930, comm. W. SABETE ; *JCP G.* 2005, actu., n° 250, observations, B. MATHIEU ; *D.* 2006, p. 826, observations V. OGIER-BERNAUD, C. SEVERINO.

[212] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 13.

[213] *Ibid.*

[214] Sur l'absence de spécificité des normes permissives v., J.-M. FEVRIER, « Remarques sur la notion de norme permissive », *D.* 1998, p. 271.

[215] E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique? », *précité*, p. 89 ; v. également ces mots de PORTALIS, *« La loi permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle punit ou elle récompense »*, cité par P. MAZEAUD, « La loi n'est pas un rite incantatoire », *JCP G.* 2005, actu. 70.

appartient ou non.

SECTION II – ADÉQUATION DE LA CONVENTION AVEC LA DÉFINITION DE LA NORME.

58. La convention est-elle une norme[216]? Au regard de la définition que nous avons donnée de la norme au sens éthique du terme, la convention ou le contrat peuvent indéniablement être intégrés à cette catégorie. La convention correspond à n'en pas douter à la définition de la norme éthique (§1). Son contenu potentiel est d'ailleurs le même que celui des normes éthiques (§2).

§1. Un modèle de comportement de ce qui doit être.

59. Nous avons défini les normes éthiques comme la signification d'une proposition qui indique un modèle de comportement en vertu duquel quelque chose doit être. Or, les stipulations conventionnelles peuvent parfaitement s'intégrer dans cette définition. Toutes indiquent en effet un modèle de comportement en vertu duquel quelque chose doit être. L'étude des effets obligationnels et non obligationnels[217] du contrat semble accréditer cela.

60. Contenu obligationnel – Du point de vue des obligations stipulées par les parties à la convention d'abord, il nous semble que toutes peuvent s'exprimer selon la définition proposée de la norme. Les obligations créées conventionnellement nous semblent être indiscutablement des modèles d'un comportement humain. Outre le cas de « l'obligation » de donner dont l'existence a été remise en question[218] (et qui relève des effets non obligationnels du

[216] La formule, *« le contrat est-il une norme »* est ici délibérément simplificatrice. Nous avons en effet expliqué que la norme se distingue de l'acte qui l'énonce et nous devrions donc poser la question de savoir si le contrat crée des normes et non pas s'il est une norme. Par facilité de langage et parce que la question est le plus souvent abordée sous l'angle du caractère de norme du contrat plus que sous l'angle de la question de la création de normes par le contrat, nous serons amenés souvent à identifier la norme au contrat plutôt qu'au sens de l'énoncé qu'il contient.

[217] Sur cette distinction voir bien entendu, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précité.*

[218] M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 85, qui démontre que *« le transfert de propriété est toujours un effet légal, automatique du contrat, il a lieu de plein droit (...). Or il est impossible de dire d'un fait qui se produit de plein droit qu'il correspond à une obligation pesant sur une partie »*.

contrat[219]), les obligations de faire comme de ne pas faire ont toutes pour objet un comportement humain (ne serait-ce qu'indirectement). Toutes sont des règles qui prescrivent ce qui doit être ou ce qui ne doit pas être. L'obligation par laquelle une partie s'oblige à livrer une chose à un lieu donné exprime la traduction concrète d'un modèle[220] en vertu duquel quelque chose doit être. Le débiteur doit livrer la chose selon les modalités définies au lieu défini. Il sera alors possible de vérifier par le biais d'une opération de jugement (par référence aux stipulations conventionnelles) si le comportement est conforme au comportement qui devait être. Ces remarques valent également pour les obligations de ne pas faire. Nous l'avons déjà dit, le terme « devoir être » est entendu largement et comprend donc aussi ce qui ne doit pas être. La convention par laquelle une partie s'engage à conserver un secret de fabrication pose un modèle de comportement humain selon lequel quelque chose doit être. Ici, le secret doit être gardé, il ne doit pas être divulgué.

61. Contenu non obligationnel – La question des effets non obligationnels du contrat et de leur adéquation avec la définition retenue de la norme est sans doute plus délicate[221]. À côté des traditionnelles obligations caractéristiques du contrat il est souvent précisé que la convention peut transférer la propriété, transmettre ou éteindre des obligations.

62. Le premier effet non obligationnel cité, transférer la propriété, peut-il se résumer en un devoir être ? Nous le pensons. Il va de soi que celui-ci ne peut être : « si une vente est conclue, on doit transférer la propriété de l'objet de celle-ci » (le transfert de propriété ayant lieu de plein droit). Madame Fabre-Magnan propose que l'on considère que *« dans les contrats translatifs de propriété, le propriétaire initial ne puisse plus, une fois le contrat conclu, s'opposer au transfert consenti »*[222]. Ainsi exprimé cet effet du contrat est l'expression

[219] En ce sens, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précité*, n° 19, p. 783 et 784.

[220] Dont nous rappelons que nous l'avons défini (reprenant la définition de Monsieur de Béchillon) comme *« l'idée ou du concept (...) d'un comportement (...) auquel on veut rapporter (...) un comportement par le biais d'une opération de jugement »*.

[221] En raison, sans doute, du fait qu'il est moins évident au premier abord de résumer certaines stipulations conventionnelles en termes de comportements humains, en termes de prescriptions. Certaines règles ont fait, comme nous l'avons déjà dit, douter certains auteurs du fait que le comportement humain soit le seul objet des règles de Droit. Nous ne développerons pas ce point ici, dans la double mesure où nous l'avons déjà rejeté plus tôt concernant la règle de Droit et qu'il n'a aucun relief particulier au regard de la problématique qui est la nôtre. Le fait que les règles se résument ou ne se résument pas à des mesures de comportements humains ne permet ni d'affirmer ni d'infirmer l'idée selon laquelle la convention est une norme.

[222] M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *précité*, n° 15.

d'un modèle de comportement humain (le propriétaire ne peut pas s'opposer) qui exprime un « devoir être » [223].

63. Il en va de même pour ce qui est de l'extinction des obligations. La convention par laquelle les parties éteignent une obligation par le biais d'une remise de dette ou d'une transaction est sans aucun doute une norme au sens défini. Comme le relève Monsieur Ancel, si ces conventions ne produisent pas d'obligations (ou ne produisent pas uniquement des obligations[224]), des effets obligatoires sont produits qui imposent qu'un comportement humain doive être. L'auteur relève par exemple, à propos de la transaction, que les parties ne pourraient agir pour obtenir paiement d'une dette conventionnellement éteinte en invoquant l'inexécution d'une obligation. L'absence d'obligation n'est pas synonyme d'absence de devoir être. Comme le dit encore Monsieur Ancel, *« ni les parties ni le juge ne peuvent méconnaître cette extinction »*[225]. C'est donc bien un devoir être qu'exprime l'énoncé dont le sens est d'éteindre une obligation. La transaction ou la remise de dette, même si elles n'ont pas directement pour objet d'imposer un devoir être de comportement humain, n'en n'imposent pas moins un indirectement.

64. Les conventions qu'elles produisent ou non des obligations nous semblent donc bien toujours être des modèles exprimant ce qu'un comportement doit être. D'ailleurs, si les conventions correspondent à la définition de la norme, elles peuvent en avoir tous les objets.

§2. Des objets identiques à ceux des normes éthiques.

65. Les normes éthiques peuvent avoir une grande variété de contenus : autoriser, obliger, interdire, habiliter, *etc.* Les conventions nous semblent remplir toutes ces fonctions.

66. Obliger – Ce point là ne se prête guère à de plus amples réflexions que celle consistant à remarquer que même si la convention peut produire d'autres effets que la création d'obligations, cet effet reste très largement le principal effet du contrat. Celui qui contracte une obligation s'oblige bel est bien... Cette obligation est « déclenchée » par la volonté de

[223] « Devoir être » pouvant s'entendre, nous le rappelons, comme un pouvoir être.

[224] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précité,* n° 12 et s., p. 779 et s.

[225] *Ibid.* n° 16, p. 782.

celui qui s'oblige mais elle n'en perd pas pour autant son caractère obligatoire. Il suffit pour s'en assurer de se souvenir des dispositions de l'article 1134 du Code civil.

67. Interdire – Interdire est évidemment aussi l'un des objets de la convention. Cet objet est d'ailleurs en pratique une sous catégorie de celui que l'on vient d'étudier. Interdire est sans doute seulement obliger à ne pas faire. Un interdit est ainsi exprimé dans tout ce que l'on peut qualifier d'obligation de ne pas faire, comme celle consistant à prohiber l'exercice d'une activité en application d'une clause de non-concurrence. Cette stipulation ne vise qu'à interdire un certain comportement puisque l'obligation de ne pas faire *« consiste dans l'interdiction d'un fait précis »*[226].

68. Autoriser – Autoriser (permettre) ensuite. Là encore, de nombreuses conventions ont pour objet d'autoriser une partie à faire telle ou telle autre chose. Les exemples ne manquent pas. L'objet d'une convention par laquelle une personne donne son accord pour l'utilisation de son image, ce qui est souvent indispensable pour qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 9 du Code civil, est une autorisation[227]. De la même manière, pour se prévaloir des dispositions des articles L. 145-47 et suivants du Code de commerce (relatifs à la déspécialisation des locaux commerciaux), le preneur à bail commercial doit y *« être autorisé »*[228] par le propriétaire. Là encore une convention[229] a donc pour objet « d'autoriser ».

69. Habiliter – Habiliter enfin. Cette dernière illustration de la variété du contenu des normes éthiques se retrouve encore en matière conventionnelle. Si l'on définit l'habilitation comme la *« source d'accroissement du pouvoir ou d'acquisition du pouvoir »*[230] alors incontestablement le mandat, *« contrat par lequel une personne donne à une autre le pouvoir*

---

[226] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2009, n° 588, p. 595.

[227] Civ. 1., 12 juin 1990, *Bull. civ. I*, n° 164 p. 116, *« ... que la société X n'avait pas sollicité et obtenu de M. X (...), ainsi qu'elle en avait l'obligation,* ***l'autorisation*** *de faire figurer sa photographie sur les placards publicitaires parus dans la presse (...) ».*

[228] Article L. 145-48 alinéa premier du Code de commerce.

[229] Civ. 3, 26 octobre 1971, *Bull. civ. III*, n° 510 p. 364, qui énonce *« qu'un locataire ne peut se prévaloir d'une activité exercée sans* ***autorisation conventionnelle*** *ou judiciaire pour obtenir la condamnation du propriétaire au payement d'une indemnité majorée ».*

[230] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v°- *Habilitation*, p. 453.

de faire quelque chose »[231], démontre qu'une convention peut avoir pour objet d'habiliter.

70. La convention correspond donc à la définition de la norme, au sens éthique du terme, en ce qu'elle pose toujours un modèle de ce que doit être un comportement humain. Elle a d'ailleurs potentiellement les mêmes objets que les normes éthiques en général. La convention habilite, autorise, interdit, permet. Tout conduit donc à affirmer que la convention est (ou pose) une norme.

*
* *

71. Conclusion du Chapitre premier – La norme est par essence un modèle. Elle peut être, comme les normes dites recognitives, un modèle de la survenance effective d'un évènement ou, comme les normes directives, un modèle à suivre, un modèle de comportement. La norme juridique fait partie de cette dernière catégorie de normes. Elle est même plus précisément une norme éthique, c'est-à-dire une norme qui pose un modèle de ce que doit être un comportement. Elle s'oppose en cela à d'autres normes, techniques, qui posent, elles, un modèle de ce qu'il « faut faire » pour parvenir à un certain résultat (telle une recette de cuisine). La norme juridique, comme les normes morales ou religieuses, pose donc un modèle de ce que doit être un comportement humain. Ce type de norme peut avoir pour objet d'obliger, d'habiliter, d'interdire ou d'autoriser.

72. Indéniablement, la convention correspond à cette définition de la norme. Cet acte définit toujours, de manière directe ou non, ce que doit être un comportement humain. Tel est le cas des effets obligationnels du contrat qui imposent un comportement aux parties (ou le proscrivent). Tel est encore le cas des effets non obligationnels du contrat qui imposent également un modèle de comportement de ce qui doit être. L'une des parties à une remise de dette ne peut par exemple saisir le juge d'une demande en exécution des obligations éteintes par cet acte. Le contrat dicte en cela ce que doit être ou ne doit pas être le comportement du contractant. Correspondant à la définition de la norme éthique la convention peut également

[231] Article 1984 alinéa premier du Code civil.

en avoir tous les objets potentiels. La convention oblige, bien évidemment, mais elle habilite, elle autorise, elle interdit. La convention est donc une norme. Elle appartient comme les normes juridiques à la catégorie des normes éthiques.

73. Le contrat est une norme. La chose nous semble acquise. Elle nous semble d'ailleurs indiscutable. À ce stade, le propos n'est pas contradictoire, bien que sa formulation puisse le laisser croire, avec les conceptions de la doctrine majoritaire. Lorsque cette dernière débat de la nature normative ou non du contrat elle procède en fait par ellipse. Ce n'est pas le caractère de norme que l'on conteste au contrat, c'est son caractère de norme juridique[232], de règle de Droit. Autrement dit, le contrat peut bien être une norme il n'est pas pour autant une norme juridique. Reste alors à préciser ce qui fait de ces normes éthiques des normes juridiques. Quel est le critère de leur juridicité ? Constater que celui-ci est satisfait nous permettra d'affirmer que la convention est bel et bien une norme juridique.

[232] V. par exemple, D. MAINGUY qui admet que le « contrat est un acte normateur », mais pas une norme au sens où on entend ce terme en théorie du droit, *« L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », RTD civ.*, 1994, p. 1 spéc. n° 4.

CHAPITRE SECOND – LA CONVENTION EST UNE NORME JURIDIQUE.

74. *« La règle de Droit est habituellement définie comme une règle de conduite (…) générale, abstraite, obligatoire et dont la sanction est assurée par l'autorité publique »*[233]. Certes, certains de ces caractères sont contestés[234], d'autres seraient manquants aux yeux de quelques auteurs[235]. Mais la formule de Monsieur Cabrillac résume assez bien ce qui fait pour la majorité des auteurs contemporains la spécificité de la règle de Droit. Celle-ci serait donc obligatoire, sanctionnée, générale et impersonnelle. Il ne nous revient pas ici de nous atteler à la tâche ô combien difficile de déterminer quels sont les caractères de la règle de Droit, mais simplement de s'attacher à ceux qui pourraient exclure la convention de la catégorie des normes juridiques.

75. À n'en pas douter, les conventions remplissent, de l'avis de chacun, les deux premiers critères énoncés de la règle de Droit. Le contrat est évidemment obligatoire[236], le non respect de ses stipulations est de manière tout aussi évidente sanctionné[237]. Les deux conditions suivantes conduiraient au contraire *a priori* à rejeter la convention hors de la catégorie des normes juridiques. Assurément, le contrat n'est le plus souvent ni général, ni impersonnel. L'obstacle n'est qu'apparent. La généralité et l'abstraction ne sont aujourd'hui, pas plus qu'elles ne l'étaient hier, caractéristiques de la norme juridique (§1).

76. Un second critère souvent oublié, ou rejeté, de la définition de la règle de Droit mérite une attention particulière. Outre le fait qu'il soit à nos yeux décisif, sa présence pourrait compte tenu d'une longue tradition juridique fondant la force obligatoire du contrat sur le principe de l'autonomie de la volonté, être douteuse en matière de conventions. Ce critère qui

[233] R. CABRILLAC, *Introduction au Droit, op. cit.,* n° 5, p. 7.

[234] Sur le caractère superflu de la sanction pour identifier la règle de Droit v. D. DE BECHILLON, *op. cit.,* p. 59 à 89.

[235] Sur cette question des critères de la règle de Droit, v. X. LABBEE, *Les critères de la norme juridique*, PUL, Coll. Manuels, 1994.

[236] L'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil ne laisse aucune place au doute sur ce point.

[237] *« Dire du contrat qu'il est obligatoire c'est dire que son exécution est juridiquement sanctionnée »*, Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, (préface H. MUIR-WATT), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 419, 2004, n° 512, p. 599.

fait d'une norme éthique, qu'elle soit d'origine morale, religieuse ou autre, une norme juridique, c'est son intégration à un système juridique. Nous montrerons donc que la convention est, en dépit des quelques vestiges de l'individualisme juridique qui hantent encore parfois la doctrine contractualiste, une norme intégrée à l'ordre juridique (§2).

SECTION I – INDIFFÉRENCE DU CARACTÈRE INDIVIDUEL DE LA CONVENTION.

77. Le contrat est un acte juridique qui produit le plus souvent ses effets entre deux ou plusieurs personnes nominativement désignées dans l'acte. Or, la règle de Droit est presque toujours présentée comme une règle générale. Dans ces conditions (et c'est sur cet argument que repose souvent la contestation de la normativité du contrat[238]) la convention, parce qu'elle vise nommément les parties, ne pourrait pas être une règle de Droit.

78. Nous pourrions d'emblée relever le caractère insuffisant de cet argument à s'opposer à lui seul à la qualification de la convention comme une règle de Droit. En effet, si la plupart des conventions ne possèdent pas ce précieux caractère de généralité, tel n'est pas le cas de toutes. Nombre de conventions sont en effet rédigées de manière générale. Les conditions générales de *« vente »*[239] (ou plutôt de service[240]) du principal opérateur français de téléphonie mobile sont rédigées de manière générale. Elles sont également destinées à s'appliquer à un nombre de personnes bien plus étendu que beaucoup de lois[241]. De la même manière, les dispositions d'une convention collective de travail sont le plus souvent rédigées de manière générale et ont, pour les conventions nationales interprofessionnelles ou même de branche, un champ d'application bien plus large que bien des dispositions légales. Le contrat n'est donc pas nécessairement synonyme de règle individuelle et ne devrait donc pas être exclu *a priori* de la catégorie des règles de Droit (d'autant que le phénomène de généralisation du contrat va

[238] G. MARTY « De la place des conventions dans l'ordonnancement juridique », *précité*, p. 80. L'auteur condamne, pour cette raison, le caractère de règle de Droit non de toutes les conventions, mais des conventions (et plus généralement des actes) individuelles.

[239] C. LARROUMET, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, *op. cit.*, n° 26 p. 18.

[240] Sur le recours abusif au modèle de la vente, v. M.-E. ANCEL, « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », *in*, *Code civil et modèles*, *Des modèles du code au code comme modèle*, (Direction T. REVET), LGDJ, Coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005, p. 285, en spéc. n° 18 p. 98.

[241] En ce sens, J. GHESTIN, « les données positives du droit », *RTD civ.* 2002, p. 11, spéc. n° 21.

croissant[242]). Dès lors, distinguant selon que les stipulations d'une convention sont ou non générales, on devrait être conduit à admettre que certains contrats sont des règles de Droit et que d'autres n'en sont pas. Adopter cette étrange démarche s'avère inutile. Elle repose sur la supposée généralité de la règle de Droit (§1), « qualité » dont nous constaterons qu'elle ne peut pas être un critère de ce type de règles[243] (§2).

§1. La généralité : Une qualité supposée de la règle de Droit.

79. La généralité, une qualité couramment attribuée à la règle de Droit – *« Si un homme a incriminé un autre homme, et a jeté sur lui un maléfice, et ne l'a pas convaincu de tort, celui qui l'a incriminé est passible de mort »*[244]. *« Si un homme, dans un procès, s'est levé pour un témoignage à charge, et s'il n'a pas justifié le propos qu'il a tenu, si cette cause est une cause de vie (ou de mort), cet homme est passible de mort »*[245]. *« Si l'acheteur n'a pas amené le vendeur qui lui a livré, et les témoins devant qui il a acheté, alors que le propriétaire de l'objet perdu a amené les témoins connaissant son objet perdu, l'acheteur est assimilé au voleur et passible de mort. Le propriétaire de l'objet perdu reprendra son objet perdu »*[246]. Dès 1780 avant notre ère Hammourabi, qui a fait rédiger ce qui reste l'un des premiers exemples de codification[247], donnait aux règles de son code un caractère général. Bien que toutes tirées d'expériences jurisprudentielles les lois du roi de Babylone, comme celles de Moise[248], énonçaient des préceptes *« valables pour tous les hommes »*[249]. La généralité est présentée comme ayant toujours été consubstantielle à la loi[250]. Aristote, plus de trois cents ans avant J.-C., aurait affirmé que *« la loi est toujours quelque chose de*

[242] P. PUIG, « Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative », *précité*, p. 290 et s

[243] Sur l'ensemble de la question, v. D. DE BECHILLON, *op. cit*., p. 19 et s.

[244] Code d'Hammourabi, Paragraphe I.

[245] *Ibid*., Paragraphe III.

[246] *Ibid*., Paragraphe X.

[247] Sur cette question v. R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, Coll. Droit, éthique, société, 2002, p. 10 à 13. Si le code d'Hammourabi est le plus complet et le plus connu, le premier code est selon l'auteur le code d'Ur-Nammu datant de 2100 avant notre ère.

[248] Même si les dix commandements sont rédigés sur le mode impératif, à la deuxième personne du singulier.

[249] A. HOLLEAUX, « La fin des règles générales », *Bull. De l'IIAP*, juillet-sept 1976, p. 419.

[250] Pour un véritable inventaire historique, v. R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. I, Sirey, 1920-1922, Réédition CNRS, 1962, n° 96 et s. p. 289 et s.

général »[251]. Au Moyen Âge Saint Thomas d'Aquin relayait la même idée[252] que l'on trouverait également chez Montesquieu[253] et chez Rousseau. Ce dernier l'exprimait dans une maxime proche de celle d'Aristote : *« l'objet des lois est toujours général (...) la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière »*[254]. Un peu plus tard Portalis précisait dans le discours préliminaire au premier Code civil que *« la loi statue sur tous : elle considère les hommes en masse, jamais comme particuliers »*[255].

80. L'idée de la généralité de la norme juridique a donc semble-t-il connu jusqu'à aujourd'hui une véritable permanence et elle fait toujours preuve de vigueur dans les travaux d'une très grande partie de la doctrine. La plupart des manuels d'introduction au Droit[256/257]

[251] *Éthique à Nicomaque,* Librairie philosophique Jean Vrin, 1994, Livre V, Chap. XIV, 1137 b 10

[252] P. LOUIS-LUCAS, « La loi », *D.* 1964, Chron., p. 197.

[253] C. EISENMANN, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *in, Mélanges Raymond Carré de Malberg,* Fac-sim. de l'édition, Sirey 1933, 1977, n° 5 p. 190.

[254] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, in, Œuvres complètes de J.-J. Rousseau*, Paris, Dalibon, 1826, Tome VI, *adde., « La matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi (...) »*, p. 71 et 72.

[255] J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation de la commission du gouvernement », P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. I, Videcoq, 1836, p. 475.

[256] J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et aux thèmes fondamentaux du droit civil, op. cit.,* n° 8, p. 8 ; J.-L. BERGEL, *op. cit., « La généralité de la loi paraît relever de sa nature et non d'une option constitutionnelle parmi d'autres »*, n° 36, p. 47 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 8ème édition, Dalloz, Coll. Cours, 2009, *« La règle de Droit n'est pas faite pour régir des cas particuliers »*, n° 6, p. 9; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.,* n° 5, p. 13 *« Un acte individuel ne peut pas être une règle de Droit (...) Une règle c'est une disposition abstraite c'est-à-dire générale »* ; P. COURBE, *Introduction générale au droit*, 11ème édition, Dalloz, Coll. Mémentos, 2009, p. 5 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit, op. cit*., n° 16 p. 19, *« Toute règle se définit par un certain caractère de généralité »*; M. DOUCHY-OUDOT, *Droit civil, Première année*, 5ème édition, Dalloz, Coll. HypersCours, 2009, n° 39, p. 30 ; S. DRUFFIN-BRICCA, L.-C. HENRY, *Introduction générale au droit, op. cit*., n° 180, p. 83 ; P. MALAURIE, P. MORVAN, *op. cit.,* n° 246, p. 199 *« La loi (au sens matériel) possède tous les caractères de la règle de Droit, abstraite générale (...) »* ; M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*, PUF, Coll. Licence, p. 31 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, 3ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 1990, n° 232, p. 199 « *En tant que règle de Droit, la loi, au sens matériel, est générale, permanente et abstraite* » (v. cependant, la 4ème édition de l'ouvrage, dans laquelle les auteurs reviennent sur cette position *op. cit.,* n° 240, p. 199) ; D. MAINGUY, *Introduction générale au droit, op. cit*., n° 61, p. 61 ; MALINVAUD, P., *Introduction à l'étude du droit, op. cit.,* n° 37 et 38, p. 32 et 33 ; B. PETIT, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 26 et s., p. 30 *« La généralité est inhérente à la notion même de règle »;* F. PETIT, J.-C. MASCLET, *Introduction générale au droit*, 2ème édition, SUP. FOUCHER, Coll. LMD Parcours juridiques, 2010, p. 31 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 8ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2009, *« Au point de vue (...) matériel, le mot loi désigne les règles consistant en des dispositions abstraites c'est-à-dire générales »*, n° 246, p. 199 et 200 ; v. également, la position originale de Monsieur JEAMMAUD qui, s'il admet le caractère général et abstrait de la règle de Droit, n'en fait pas pour autant un critère distinctif de ce type de règles. Pour l'auteur, la règle de Droit tient cette qualité *« de sa nature générique de modèle »* v. « La règle de Droit comme modèle », *précité*, n° 18, p. 206.

s'attèlent à rappeler le caractère essentiel de cette qualité, mise en avant par les spécialistes de droit privé comme de droit public[258]. De nombreuses études consacrées aux règles de Droit dans leur ensemble[259] ou à certaines d'entre elles[260] évoquent également la généralité de la règle de Droit. On précise même parfois que relever ce caractère *« c'est se livrer à une constatation (...) banale »*[261].

81. Les origines de la généralité de la règle de Droit – La généralité de la règle de Droit trouve son origine dans un objectif, l'idéal d'égalité[262], et dans une idée, l'assimilation de la loi au Droit dans son ensemble.

82. La loi a longtemps été assimilée au Droit. L'exemple le plus frappant est sans doute l'utilisation du terme loi entendu dans son acception matérielle comme synonyme de l'expression « règle de Droit »[263] (on peut d'ailleurs relever que cette assimilation n'est pas propre à notre langue. L'anglais utilise également le même mot, law, pour désigner le Droit et la loi). Le Titre préliminaire du Code civil aujourd'hui intitulé *« De la publication des effets et de l'application des lois en général »* était à l'origine dans les travaux de la commission chargée de l'élaboration d'un projet de Code civil, un Livre préliminaire alors intitulé *« du Droit et des lois en général »*[264]. Portalis cultivait d'ailleurs cette confusion entre le Droit et la loi lorsqu'il expliquait que selon les rédacteurs du Code civil : *« le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne*

---

[257] V. encore, relevant avant nous le même phénomène, J. GHESTIN, « Les données positives du droit », *RTD civ*. 2002, p. 11, n° 18 et les références citées.

[258] L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4ème édition, E. De Boccard, 1923, n° 30, p. 92.

[259] Par exemple, A. JEAMMAUD, « La règle de Droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199, n° 18.

[260] P. LOUIS-LUCAS, « La loi » *D.* 1964, Chron., p. 197; F. TERRE, « La "crise" de la loi », *APD*, 1980, p. 17 et s. « *dans une vision matérielle (...) la loi est une règle générale* ».

[261] P. LOUIS-LUCAS, *Ibid.*, p. 197.

[262] L'unification du territoire par l'application d'un droit unique, par exemple.

[263] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, 560 ; L. DUGUIT, définit la loi dans ce sens là comme *« Tout acte émanant de l'état contenant une* ***règle de Droit objectif*** *», Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, n° 29, p. 92.

[264] J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation de la commission du gouvernement », *précité*, p. 476. Une telle formulation laisse presque croire que le Droit n'est qu'une partie d'un tout plus vaste que serait la loi.

doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers »[265]. Cette vision est le produit de la Révolution française et du siècle des lumières qui exaltaient la loi. On la retrouve à de nombreuses reprises au cœur de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans un nombre important d'articles dans lesquels le mot loi est utilisé dans son sens matériel, c'est-à-dire au sens de règle de Droit[266]. Les années qui ont suivi n'ont pas démenti la place que la loi occupait alors. L'une des caractéristiques de l'école de l'exégèse a été d'entretenir *« le culte de la loi et l'identification du droit positif tout entier avec elle »*[267], ce qui conduit Monsieur Terré à considérer qu'*« au siècle dernier*[268]*, surtout pendant la première moitié,* [la] *place* [de la loi] *était prépondérante »*[269]. Les III[ème] et IV[ème] Républiques ont entretenu cette vision majestueuse de la loi, quasi-unique source de Droit, qui n'était alors soumise à aucun véritable contrôle de constitutionnalité. On parlait alors d'un « État légal » (et non d'État de Droit) *« bâti autour du dogme de la suprématie de la loi »*[270] que Raymond Carré de Malberg évoquait comme *« seule (...) douée de puissance initiale absolue »*[271].

83. Issue essentiellement de la philosophie des lumières et de la Révolution française[272], l'idée selon laquelle la loi devait être la principale voire la seule source d'un Droit fait de dispositions générales prend sa source dans l'aspiration à une plus grande égalité qui a animé cette époque[273]. Après une période pendant l'ancien régime marquée par un Droit qui différait pour chacun des trois ordres, les cahiers de doléances se sont fait l'écho de revendications égalitaires[274]. Les auteurs des textes révolutionnaires ont traduit ces idéaux dans les textes et

[265] J.-E.-M. PORTALIS, *Ibid.*; Cette vision était d'ailleurs traduite dans les premiers articles du projet de Code civil, v. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, 1836, T. II, p. 3.

[266] Par exemple à l'article 5 *« Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché »* ou à l'article 8 *« La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »*.

[267] V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, p. 79.

[268] L'article a été écrit au XXème siècle.

[269] F. TERRE, « La "crise" de la loi », *précité*, p. 26.

[270] L. FAVOREU, *op. cit.*, n° 31, p. 25.

[271] Cité par L. FAVOREU, *Ibid.*

[272] Sur le caractère douteux de l'affirmation de la généralité de la loi avant cette époque, *infra*, n° 86 et s.

[273] H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », *in*, *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Sirey, 1933, n° 5 p. 146.

[274] *« Cette nation n'a qu'un seul Roi il y a lieu de croire qu'elle n'aura qu'une seule loi (...) tous étant les sujets*

c'est ce qu'exprime l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen lorsqu'il dispose que la loi *« doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse »*. Le Code civil consacre lui même implicitement cette idée d'égalité. Portalis dans le discours préliminaire rappelle à cet égard, alors qu'il présente la partie consacrée au droit des biens, que *« dans l'ancien régime, la distinction des personnes privilégiées ou non privilégiées, nobles ou roturières, entraînait, par rapport aux biens, une foule de distinctions qui ont disparu et qui ne peuvent plus revivre »*[275/276]. La loi générale est donc un gage d'égalité[277] et d'impartialité[278]. Ce caractère constitue *« la protection la plus efficace de l'individu contre l'arbitraire de l'État »*[279].

§2. La généralité: Une qualité condamnée de la règle de Droit.

84. En dépit des indices relevés favorables à la thèse de la nécessaire généralité de la règle de Droit, nous sommes contraints de relever, avec certains auteurs, que s'il est *« sans doute vrai que la plupart des règles de Droit sont des règles générales et abstraites, on peut se demander si on doit nier le caractère de règle de Droit à une règle de conduite sous prétexte qu'elle ne serait ni générale ni abstraite »*[280]. La réponse à apporter à cette question doit selon nous être négative. Il n'est pas possible de nier le caractère de règle de Droit à une norme au seul prétexte qu'elle n'est pas générale. L'affirmation selon laquelle une règle de Droit est une règle générale est on ne peut plus *« douteuse »*[281/282]. Comme le relève un auteur, *« l'idée de la*

---

du même prince », Cahiers de doléances de la province de Bresse, rédigé au nom des trois ordres, 1er Avril 1789, Archives nationales, cité par A. HOLLEAUX, « La fin des règles générales », *Bull. de l'IIAP*, juillet-sept 1976, p. 419.

[275] J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation de la commission du gouvernement », *précité*, p. 508.

[276] Montesquieu cite par exemple les biens, *« propres, acquêts ou conquêts, dotaux, paraphernaux, paternels et maternels, meubles de plusieurs espèces, libres, substitués, du lignage ou non, nobles en franc-alleu, ou roturiers, rentes foncières ou constitués à prix d'argent », De l'esprit des lois, in*, Œuvres complètes de Montesquieu, Tome I, Paris, Lefèvre éditeur, 1839, p. 109.

[277] J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, op. cit., n° 5, p. 13 ; B. PETIT, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 27, p. 31.

[278] P. LOUIS-LUCAS, *précité*, p. 198.

[279] L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, n° 30, p. 95.

[280] C. LARROUMET, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, op. cit.*, n° 23 p. 16.

[281] *Ibid.*, n° 16 et s. particulièrement, n° 22 et s., p. 16.

généralité, inhérente à la nature de la loi, [est] si bien adaptée aux catégories généralisatrices et simplificatrices de notre esprit, que tous les juristes du XIX^{ème} *siècle se la transmirent sans examen les uns aux autres »*[283]. Or, le critère de la généralité de la règle de Droit ne résiste pas à l'examen. Ses fondements historiques sont en effet trop friables pour la soutenir (A), et rien ne semble pouvoir s'opposer à ce qu'une règle non générale puisse être qualifiée de règle de Droit (B).

A. Des fondements friables de la généralité de la loi.

85. L'attribution de cette qualité à la règle de Droit, nous l'avons dit, repose sur la conjugaison des idées selon lesquelles la loi, par nature générale, a été pendant longtemps la source presque unique du Droit. La loi étant générale et la loi étant tout le Droit, le Droit ne pouvait qu'être général[284]. Or, cette conjugaison au passé est une faute au présent (2). À cela s'ajoute selon nous le défaut de véritables fondements philosophiques de l'idée de généralité de la loi (1).

1. Une assise philosophique incertaine.

86. Des fondements historiques incertains – Maurice Hauriou professait *« qu'il faut accorder beaucoup d'importance aux choses qui ont été crues pendant longtemps par de bons esprits »*[285], or, les bons esprits à qui l'on prête d'avoir au fil de temps gravé dans le marbre la généralité de la loi sont légion. Mais s'il est sans doute, comme l'affirmait Hauriou, indispensable de réfléchir à deux fois avant d'essayer de détruire les fondations des édifices les plus anciens, encore faut-il que ces édifices aient véritablement de solides fondations. Or, celles de la généralité de la règle de Droit semblent présenter, si on les observe de près, un caractère parfois friable.

87. À propos d'Aristote, qui est le premier des philosophes cités au nombre de ceux qui proclameraient la généralité de la loi, deux passages très souvent rapportés appellent quelques

[282] Au delà, même les auteurs qui formulent le vœu de voir se maintenir la généralité de la règle de Droit constatent son recul v., A. JEAMMAUD, « La règle de Droit comme modèle », *précité*, n° 18.

[283] H. DUPEYROUX, *précité*, n° 1, p. 137.

[284] D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 20.

[285] M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2ème édition, Sirey, 1929, p. 348.

réflexions.

Le premier passage, le plus souvent cité, est extrait de l'éthique à Nicomaque[286]. *« La loi est toujours quelque chose de général »*[287]. Cette affirmation, sortie de son contexte, ne semble pas laisser de place au doute. Or, à la lecture de cette œuvre les choses sont moins claires que ce que l'expression rapportée semble indiquer. Aristote ne se livre en effet pas, dans l'éthique à Nicomaque, à un quelconque exercice de démonstration ou d'argumentation au soutien du caractère nécessaire de généralité de la loi. Il l'évoque tout au plus. Il faut pour rendre à cet extrait la portée qui est la sienne le remettre dans son contexte. La citation mentionnée est extraite du paragraphe XIV du Livre V de l'éthique à Nicomaque, paragraphe intitulé « l'équité et l'équitable ». Dans ces développements, le philosophe compare les deux notions d'équitable et de juste. Il remarque alors qu'il y a identité entre les deux termes puis nuance très légèrement ce propos en écrivant que *« l'équitable, tout en étant juste, n'est pas ce qui est juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'applique avec rectitude »*[288]. La généralité de la loi n'est qu'évoquée par Aristote au détour d'un débat relatif à une toute autre question. Si l'idée de la généralité de la règle de Droit est donc (à peine) présente, la portée de celle-ci est incontestablement moindre que celle que la doctrine accorde à cette citation. Aristote n'a pas ici plaidé pour la généralité de la règle de Droit. La proposition semble bien être un simple constat[289].

La seconde citation, extraite de *La politique*[290], est elle l'objet de plus grandes réserves encore. On prête au philosophe d'avoir écrit que *« la loi dispose toujours de manière générale*

[286]ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Librairie philosophique Jean Vrin, 1994, Livre V, Chap. XIV, 1137 b, p. 267.

[287] *Ibid.*

[288] *Ibid.*

[289] On pourrait aujourd'hui, rendant compte du droit positif écrire que la loi est en principe toujours générale. Cette description du droit positif ne préjuge en rien de l'opinion que l'on peut avoir sur la nécessité de ce caractère.

[290] ARISTOTE, *Politique*, (traduction par J. BARTHELEMY SAINT-HILAIRE), 3ème édition, LADRANGE, 1874, Livre III, Chapitre X, § 4, p.180.

et ne prévoit pas les cas accidentels »[291]. Or, ce passage n'a sans doute pas là non plus sous la plume de son auteur toute la portée qu'on lui prête. Cette citation d'Aristote intervient en effet alors que le philosophe pose la question *« de savoir s'il est préférable de remettre le pouvoir à un individu de mérite, ou de le laisser à de bonnes lois »*[292]. Un auteur avance à propos de ce texte *« qu'Aristote (...) n'a pas pris position sur notre question »*[293] et que *« la généralité n'est pas présentée comme une nature inhérente à la loi »*[294]. Nous serions enclins à partager sa vision des choses d'autant qu'une seconde traduction de ce texte nous offre une version sensiblement différente de celle citée, et jette ainsi un premier doute sur le sens des propos tenus. Cette traduction est la suivante : « *le premier point de cette recherche, est de savoir s'il est préférable de remettre le pouvoir à un individu de mérite ou de le laisser à de bonnes lois. Les partisans de la royauté, qui la trouvent si bienfaisante, prétendront, sans nul doute, que la loi, ne disposant jamais que d'une manière générale, ne peut prévoir tous les cas accidentels, et que c'est déraisonner que de vouloir soumettre une science, quelle qu'elle soit, à l'empire d'une lettre morte, comme cette loi d'Égypte, qui ne permet aux médecins d'agir qu'après le quatrième jour de la maladie, et qui les rend responsables, s'ils agissent avant ce délai».* La lecture de la partie du paragraphe dont est issue cette formule indique que si l'auteur considère la loi comme une règle le plus souvent générale, il n'emploie pas l'indicatif généralement utilisé pour rapporter ce texte. Il utilise un participe présent qui peut être interprété comme un simple constat n'ayant alors pas la valeur qui semble lui être attribuée.

Une troisième traduction[295] de cet extrait (dont la structure est légèrement modifiée[296]), permet de douter réellement de la présence dans l'esprit du philosophe grec de toute idée de généralité de la loi. On peut ainsi lire sous la plume d'un traducteur contemporain l'extrait suivant : *« Le point de départ de la recherche est celui-ci : Est-il plus avantageux d'être gouverné par l'homme le meilleur ou par les lois les meilleures ? Ceux qui*

[291] Voir par exemple, R. CARRE DE MALBERG, *op. cit.*, n° 96, p. 289.

[292] ARISTOTE, *Politique*, (traduction par J. BARTHELEMY SAINT-HILAIRE), *Ibid.*

[293] Cité par H. DUPEYROUX, *précité*, n° 2 p. 138.

[294] *Ibid.*

[295] ARISTOTE, *Les politiques*, (traduction, **inédite,** de P. PELLEGRIN), 2ème édition, Flammarion, 1993, Livre III, Chapitre XV, § 4, p. 262.

[296] Le Livre III, Chapitre X, §4, devient dans cette nouvelle traduction le Livre III, Chapitre XV, § 4.

sont d'avis qu'il est avantageux d'être gouverné par un roi[297] *pensent que les lois ne peuvent énoncer que le général*[298] *sans pouvoir rien prescrire concernant les situations particulières »*[299]. La différence entre ce passage et la citation souvent rapportée est flagrante. Elle se passerait presque de commentaire. Aristote cite un argument des partisans d'une thèse qui n'est pas la sienne ! Il n'exprime nullement son opinion sur la question de la généralité de la loi. Quelques lignes plus bas on peut encore lire, *« sans doute semblerait-il (...) qu'une personne délibèrera mieux à propos des cas particuliers »*[300]. Comment ne pas voir dans cette remarque le signe qu'Aristote puisse admettre que la loi dispose sur une « situation particulière » ? Comment ne pas, au moins, douter très sérieusement de la thèse selon laquelle Aristote affirme que la loi est générale ? Les fondements philosophiques de la généralité de la loi sont indéniablement fragilisés. Ils le sont encore si l'on s'attache à l'œuvre des philosophes du XVIII[ème] siècle.

88. Les philosophes des lumières, à qui l'on prête également d'avoir beaucoup développé cette thèse, ne sont pas nécessairement les partisans de la généralité de la loi que l'on présente.

Montesquieu, par exemple, n'évoque que brièvement la généralité de la loi. Ce caractère n'est d'ailleurs sous la plume de cet auteur jamais absolu, puisqu'il consacre quelques développements à imaginer des mécanismes correcteurs de la rigueur de la loi consistant à énoncer des règles particulières. Ainsi peut-on lire dans *l'esprit des lois* l'extrait suivant : « *Il pourrait arriver que la loi qui est en même temps clairvoyante et aveugle soit en certains cas trop rigoureuse. Mais les juges de la Nation ne sont comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui ne peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif que nous venons de dire être, dans*

[297] L'auteur ne fait pas partie de ceux-là, par exemple, ARISTOTE, *Les politiques*, (traduction, **inédite,** de P. PELLEGRIN), 2ème édition, Flammarion, 1993, Livre III, Chapitre XV,§ 11, p. 264, *« Il n'est sans doute pas facile qu'il existe* [aujourd'hui] *encore une constitution autre qu'une démocratie »*.

[298] Idée que l'on retrouve d'ailleurs semble-t-il chez PLATON, Œuvres complètes, (traduction E. CHAMBÉRY), Tome V, *Le politique*, Garni, 1950, n° 294 a b p. 241, qui, quand il pose la question de l'attribution du pouvoir à un homme ou plusieurs hommes, écrit dans un dialogue entre Socrate et l'étranger :
L'étranger *: « Il est évident que la législation appartient jusqu'à un certain point à la science royale, et cependant l'idéal n'est pas que la force soit aux lois, mais à un roi sage. Sais-tu pourquoi?*
Socrate : *Et toi, comment l'entends-tu ?*
L'étranger : *C'est que la loi ne pourra jamais embrasser exactement ce qui est le meilleur et le plus juste pour tout le monde à la fois, pour y conformer ses prescriptions »*.

[299] ARISTOTE, *Les politiques*, (traduction, **inédite**, de P. PELLEGRIN), *op. cit*. Livre III, Chapitre XV, § 4, p. 262.

[300] *Ibid*. § 5, p. 262.

une autre occasion un tribunal nécessaire[301]*, qui l'est encore dans celle-ci, c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en se prononçant moins rigoureusement qu'elle »*[302]. En prévoyant ce qui s'apparente à un référé législatif, Montesquieu[303] prévoit dans *« les attributions de l'organe législatif le pouvoir de déroger à la loi par des dispositions d'espèce »*[304]. Cela prouve encore que la généralité n'est pas pour tous les philosophes des lumières un caractère immuable de la règle de Droit.

Rousseau quant à lui, l'un des chantres de cette philosophie des lumières, semble avoir une conception très particulière de cette généralité. La généralité de la règle de Droit a comme chacun sait une double dimension. Il y a d'abord la généralité *« absolue »*[305] c'est-à-dire le fait que la loi s'applique sans distinction à tous les membres d'une communauté. *« C'est dans ce sens que l'on dit que la loi est la même pour tous »*[306]. Dans un autre sens, plus récent, la généralité serait le caractère de la règle de Droit qui ne détermine pas nominativement la ou les personnes qu'elle vise. Généralité est ici synonyme d'abstrait ou d'impersonnel. Rousseau, loin de plaider pour une véritable généralité de la loi au double sens du terme, ne plaide en fait que pour une loi générale dans la seconde acception évoquée. On peut en effet lire dans *le contrat social*[307] : « *quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges*[308]*, mais elle n'en peut donner nommément à personne ; la loi peut faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et tels pour y être admis ; elle peut établir un gouvernement royal et une*

[301] L'auteur évoque ici une partie du corps législatif constituée des nobles.

[302] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 196. Pour écarter tout risque de confusion, il nous faut préciser ici qu'il n'est pas question de donner au législateur un véritable rôle de juge, l'auteur précise d'ailleurs quelques lignes plus bas que *« la puissance législative ne peut pas juger »*.

[303] Qui était sans doute plus le philosophe d'une collaboration des pouvoirs que de leur véritable séparation. V. par exemple, Michel Troper, « Séparation des pouvoirs », *in*, Dictionnaire électronique Montesquieu [En ligne], mis à jour le : 14/02/2008, URL : http://dictionnaire-montesquieu.ens-lsh.fr/index.php?id=286.

[304] H. DUPEYROUX, *précité*, n° 2 p. 141.

[305] *Ibid.*, n° 4, p. 143.

[306] *Ibid.*

[307] Dans le paragraphe suivant celui le plus souvent cité comme fondement de la généralité de la loi!

[308] Ici et dans tout ce paragraphe, nous soulignons.

succession héréditaire, mais elle ne peut élire un roi, ni nommer une famille royale: en un mot, toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative»[309]. Si Rousseau affirme bien que la loi doit être générale cette expression a chez lui un sens très relatif ! La généralité de loi n'a pas le sens que l'on donne habituellement à cette expression. Si l'on écrit souvent que la loi doit être « générale et impersonnelle », c'est sans aucun doute pour mieux souligner la première acception de la généralité, la généralité « absolue ». Or, Rousseau n'admet en aucun cas dans *le contrat social* que la loi doive être générale au sens de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[310]. Il ne rompt pas vraiment dans ces propos avec la tradition d'un ancien régime constitué de trois ordres et de multiples privilèges et se trouve bien loin de la position de révolutionnaires comme Sieyès pour qui *« tous les privilèges sont par la nature des choses, injustes, odieux, et contradictoires à la fin suprême de toute volonté politique »*[311].

Enfin, et pour conclure sur ce point, il faut relever que nombre d'auteurs majeurs de la fin du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle n'ont pas non plus soutenu que la généralité était une caractéristique de la règle de Droit. Kelsen, bien entendu, condamne cette idée. C'est également le cas de Jellinek qui aurait envisagé l'hypothèse théorique d'un système juridique uniquement constitué que de dispositions particulières[312]. Raymond Carré de Malberg enfin condamnait également cette exigence de généralité[313].

89. Les ressorts philosophiques de la généralité de la loi ne sont donc sans doute pas si stables que ce que l'on a pu croire. Deux des philosophes qui semblent être dans les manuels d'introduction au Droit les principaux apôtres de ce caractère de la règle de Droit n'en ont sans doute pas fait l'apologie, ou du moins, pas toute l'apologie que l'on croit. Au-delà, d'importants philosophes des lumières ou des juristes du début du siècle dernier n'ont pas partagé l'unanimité qui se dessine aujourd'hui autour de la généralité de la règle de Droit. Ce caractère de la règle de Droit présente donc sans doute des fondations moins solides que ce

[309] J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 72.

[310] *« La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».*

[311] E.-J. SIEYÈS, *Essai sur les privilèges*, 1788, p. 5 et 6.

[312] R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, Tome I, n° 100, p. 302.

[313] Il cite également de nombreux auteurs dont il était contemporain ayant abandonné cette conception générale de la règle de Droit, *op. cit.*, n° 99 et s. p. 300 et s.

qu'il y paraît, d'autant que sa raison d'être est bien évanescente.

90. Un raisonnement aujourd'hui dépassé – Si la généralité de la loi permet en principe de limiter le risque d'arbitraire et garantit mieux qu'une règle individuelle l'égalité entre citoyens, celle-ci n'est en rien une garantie absolue. On sait en effet que la loi peut parfaitement sous couvert de généralité créer des privilèges[314] ou mettre des obligations à la charge de quelques personnes seulement. On connait également les exemples de lois qui n'ont eu, malgré leur rédaction impersonnelle, que pour vocation que de régir une situation particulière[315]. L'égalité formelle n'est donc pas parfaitement garantie par la généralité de la norme. De surcroît, cette notion d'égalité formelle de tous les citoyens est de nos jours largement dépassée. La conception de l'égalité a bien évolué depuis la Révolution française. Si cette époque était celle d'une égalité entendue comme une égalité formelle, la quête d'égalité de nos sociétés passe par la recherche d'une égalité sociale[316]. Depuis longtemps le législateur a pris conscience que l'égalité réelle doit parfois se traduire par une inégalité de droits[317]. Parce que chaque situation est différente la loi ne peut pas être la même pour tous. La *« véritable égalité consiste à traiter également les choses égales et inégalement les choses inégales »*[318]. Cette vision des choses est approuvée par le juge constitutionnel[319]. Aujourd'hui, *« la généralité d'application ne constitue plus une condition* sine qua non *de l'égalité des droits qu'elle établit »*[320]. De ce point de vue, la porte est donc ouverte à l'admission de normes juridiques non générales.

---

[314] Rappelons nous des propos de Rousseau qui bien que prônant la généralité de la loi envisageait de créer plusieurs « classes de citoyens », v. *supra* n° 88.

[315] V. par exemple, N. MOLFESSIS, « La loi de la course », *RTD civ*. 1998, p. 778, à propos de l'article 4 de la loi du 6 mars 1998, qui sous l'apparence d'une loi « générale » visait à satisfaire les demandes du cessionnaire exclusif des droits d'exploitation audiovisuelle des grands prix de Formule Un que la Cour de cassation venait de « débouter » de ses prétentions.

[316] B. PETIT, *Introduction, précité,* n° 27, p. 31.

[317] On trouve d'ailleurs des traces de cette idée chez les grecs. Aristote mentionnait le fait que certains philosophes avaient imaginé que *« l'on pouvait rétablir assez promptement l'égalité, en prescrivant aux riches de donner une dot à leurs filles, et de n'en point recevoir ; tandis que les pauvres, au contraire, n'en donneraient point, mais en recevraient »*, ARISTOTE, *Politique, in, La morale et la politique d'Aristote,* Tome II, Firmin Didot, Paris, 1824, p. 95.

[318] L. DUGUIT, *L'État, le Droit objectif, la loi positive*, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 96.

[319] Par exemple, CC, 16 janvier 1982, décision n° 81-132, considérant n° 30, *« Considérant que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes », D*. 1983, p. 169, note L. HAMON.

[320] D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 21.

91. Si les fondements philosophiques de la généralité de la loi ne semblent plus aujourd'hui aussi certains et pertinents que ce qu'ils ont pu le paraître hier, l'assimilation du Droit à la loi a également vécu.

2. Une assimilation fausse du Droit à une loi nécessairement générale.

92. Outre les fondements philosophiques cités, ce qui a longtemps conduit à affirmer la généralité de la règle de Droit était une réduction du Droit à une loi générale. Le raisonnement est aujourd'hui doublement vicié dans la mesure où la loi n'est plus générale (a) et qu'il serait irréaliste de continuer à assimiler le Droit à la loi (b).

a. La loi n'est pas générale.

93. Le premier terme de la conjugaison dont l'examen met en échec la thèse de la généralité de la règle de Droit est celui de la généralité de la loi au sens formel du terme. La loi n'est plus générale et ce pour deux raisons principales. Elle perd depuis de nombreuses années son caractère rare et commun au profit d'une multiplication de régimes particuliers. Il *« n'y a plus sur une question une seule loi, (...) mais des cascades de lois ou de décrets »*[321]. La loi se « balkanise ». Pire encore, la loi prend parfois un caractère personnel incompatible avec toute idée de généralité.

94. **La « balkanisation » de la loi –** En pratique, la loi est de moins en moins une règle générale. Certains de ceux qui affirment la généralité de la loi reconnaissent dans la foulée le caractère relatif de cette qualité[322]. Si l'on a pendant longtemps entretenu le mythe d'une loi rare et unique, la loi connait aujourd'hui un phénomène d'émiettement de moins en moins compatible avec l'idéal de généralité. Devant la complexification de la société, la généralité de la loi se trouve *« affectée »*[323]. Cet émiettement est au moins triple.

95. Dans le discours préliminaire du Code civil Portalis constatait qu' *« un grand État*

[321] A. HOLLEAUX, « La fin des règles générales », *précité*, p. 423.

[322] G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit, op. cit.*, n° 16, p. 19.

[323] *Ibid*. n° 328, p. 183.

comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d'industries, ne saurait comporter des lois aussi simples que celles d'une société pauvre ou plus réduite »[324] et relevait que l'on ne pouvait *« comparer les institutions d'un peuple naissant, avec celles d'un peuple parvenu au plus haut degré de richesse et de civilisation »*[325]. La complexification de la société a inévitablement conduit à une complexification du Droit. Le droit civil régit de moins en moins de situations, il est de moins en moins un droit commun. Si le droit de la famille est sans doute encore un droit applicable véritablement à tous, le droit des obligations contenu dans le Code civil est de plus en plus concurrencé par d'autres branches du droit. Les contrats ne sont plus uniquement régis par les dispositions du Code Napoléon mais par des dispositions spéciales qui se multiplient (la liste des contrats spéciaux n'a cessé de s'allonger). Le droit de la consommation, le droit des affaires, le droit de la propriété intellectuelle, le droit de la construction, *etc*. Toutes ces branches du droit concurrencent le droit commun, s'y ajoutent ou s'y substituent. La vente en est un formidable exemple. Si ce contrat avait trouvé dans le Code civil une conception unitaire avec un régime unique et de rares exceptions[326], le droit contemporain a au contraire multiplié les régimes applicables à ce contrat au point qu'il n'y a plus une vente mais, une vente civile, une vente internationale, une vente commerciale, une vente entre professionnels et consommateurs, la vente de meubles, d'immeubles, à construire ou achevés[327] *etc.*

96. Accompagnant cette complexification du droit, la multiplication des revendications catégorielles a conduit à une multiplication des régimes applicables à certaines corporations ou groupes sociaux. *« La loi n'est pas faite pour les Français…elle est faite pour le vigneron ou le marchand de vin, pour le petit industriel ou l'ouvrier travaillant à domicile, pour le propriétaire de l'immeuble ou le locataire commerçant. Encore faut-il distinguer, il y a le gros propriétaire et le petit (…) les gros et les petits locataires, divisés en tranches (…) »*[328].

[324] PORTALIS, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation de la commission du gouvernement », précité, p. 467 et 468.

[325] *Ibid.* p. 468.

[326] P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, Coll. Droit civil, 2009, n° 34, p. 25.

[327] *Ibid.*

[328] G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, Sirey, 1934, n° 7, p. 351.

Les législations spéciales se multiplient de manière exponentielle et l'on ne peut que constater *« la revanche des pluralismes contre le monisme »*[329].

97. À tout cela s'ajoute encore un véritable émiettement spatio-temporel de la règle de Droit[330]. Le caractère permanent de la règle de Droit a perdu de sa splendeur. Certaines lois, de plus en plus nombreuses, ne sont pas permanentes[331]. On ne compte plus en effet les lois transitoires, révisables[332], expérimentales[333], à durée déterminée ou dont l'abrogation est annoncée avant même la promulgation[334]. Enfin, l'article premier de la Constitution peut bien s'écrier que « *La France est une République indivisible »,* les disparités normatives locales sont légion et nombreuses sont les zones bénéficiant d'un statut spécial ou dérogatoire. Les zones franches, les zones d'éducation prioritaire, tous les sites classés (patrimoine mondial de l'humanité, réserve de biosphère, monument historique *etc.*), les lieux pouvant se prévaloir d'une tradition locale ininterrompue pour organiser des corridas ou combats de coqs[335], les communes ou zones touristiques qui peuvent ouvrir leurs commerces le dimanche[336]. À ces spécificités localisées dans de petits espaces s'ajoutent d'autres plus vastes concernant des « régions » entières. On se souvient par exemple, entre autres spécificités d'un véritable « droit local »[337], du régime de la faillite civile qui a été longtemps une exception propre à

[329] F. TERRE, « La "crise" de la loi », *précité*, p. 20.

[330] A. HOLLEAUX, « La fin des règles générales », *précité*, p.425 et s.

[331] G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit, op. cit*., n° 331, p. 183.

[332] La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique prévoit (à l'instar de sa devancière) dans son article 40 la disposition suivante : *« la présente loi fera l'objet d'un nouvel examen d'ensemble par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur ».*

[333] Que consacre la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 qui insère dans la Constitution un article 37-1 disposant : *« la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ».*

[334] Allusion est faite ici à la loi sur l'égalité des chances, du 31 mars 2006 dont l'article 8, qui créait le contrat première embauche, a été abrogé par la loi n° 2006-457 du 21 avril 2006 après l'annonce faite par le Président de la République le 31 mars de son intention de faire abroger cette disposition.

[335] Article 521-1 du Code pénal, *« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie ».*

[336] Article L. 3132-25 du Code du travail, dont l'alinéa premier dispose que *« Sans préjudice des dispositions de l'article L. 3132-20, les établissements de vente au détail situés dans les communes d'intérêt touristique ou thermales et dans les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente peuvent, de droit, donner le repos hebdomadaire par roulement pour tout ou partie du personnel ».*

[337] Pour un point de vue d'ensemble sur cette question v. J.-M. WOEHRLING, *J.-Cl. Alsace-Moselle*, v°

l'Alsace et à la Moselle[338]. On pourrait également relever les très nombreuses règles locales applicables à l'outre-mer, par exemple à Mayotte[339].

98. C'est donc à juste titre que l'on a pu écrire que l'on se trouve devant un *« naufrage du droit commun, de la règle uniforme, et donc, de la loi comme on l'entendait il y a quelques cent cinquante ans »*[340]. Nos normes s'appellent encore *« lois ou décrets car les peuples sont conservateurs »*[341] mais elles n'ont plus rien des lois originelles[342]. Elles n'ont en pratique plus de caractère véritablement général. Le déclin de la généralité de la loi ne s'arrête pas là. À côté de lois de moins en moins générales le droit positif nous offre également des exemples de lois ayant perdu tout caractère abstrait.

99. La personnalisation de la loi – À l'inverse du précédent, ce phénomène n'a rien de nouveau. Les ouvrages d'introduction au Droit et autres manuels regorgent d'exemples de lois, d'hier et d'aujourd'hui, n'ayant pour destinataire qu'un seul et unique individu nommément désigné. Sont ainsi citées la loi ayant accordé une pension à la veuve de Clémenceau[343], des lois décernant des obsèques nationales à d'illustres serviteurs de la Nation[344], celle accordant à Édouard Herriot l'usage gratuit du téléphone[345], celle qui promut le Capitaine Dreyfus chef d'escadron[346] ou qui interdit le territoire Français à certains membres des anciennes familles

---

perspectives sur le droit local, fasc.30.

[338] Article L 628-1 du Code de commerce *« Les dispositions du présent Titre* (Titre II – Du redressement et de la liquidation des entreprises, du Livre sixième) *s'appliquent aux personnes physiques domiciliées dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle et à leur succession qui ne sont ni des commerçants ni des personnes immatriculées au répertoire des métiers, ni des agriculteurs lorsqu'elles sont en état d'insolvabilité notoire ».*

[339] Collectivité à laquelle le Livre IV du Code civil (dispositions applicables à Mayotte) est entièrement consacré.

[340] A. HOLLEAUX, « La fin des règles générales », *précité*, p. 424.

[341] *Ibid.*, p. 438.

[342] F. TERRE, « La "crise" de la loi », *précité*, p. 17, *« La loi n'est plus ce qu'elle était ».*

[343] G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit, op. cit,.* n° 332, p. 184.

[344] J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, *op. cit.*, n° 5, p. 13.

[345] G. CORNU, *Ibid.*, n° 16, p. 19.

[346] L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, n° 30, p. 93.

ayant régné sur la France[347]. On pourrait également faire mention des lois permettant les privatisations, telle la loi du 19 juillet 1993[348], dont les annexes désignent nominativement certaines personnes morales (la régie nationale des usines Renault par exemple, ou plus récemment et après modification par la loi du 7 décembre 2006[349], Gaz de France). Dans de telles hypothèses, la loi ne revêt alors pas le moindre caractère de généralité ; elle est une norme individuelle. Plusieurs auteurs s'accordent pour nier le caractère de règle de Droit de ces dispositions législatives[350]. S'ils reconnaissent que ces actes sont des lois au sens organique du terme, c'est-à-dire un acte voté par le Parlement dans les conditions définies par la Constitution (ce que l'on peut tout de même assez difficilement nier), cela n'emporte pas selon eux la qualification de loi. *« De tels actes ne peuvent être des lois qu'au point de vue formel ; Ils ne le sont pas quant au fond »*[351]. L'exercice conduit à de curieuses conclusions. Quoi qu'il en soit, la pratique montre que les lois ne sont pas par nature générales. L'affirmation de la généralité de la loi est dépassée, son assimilation au Droit l'est également.

b. Tout le Droit n'est pas loi.

100. Le second terme du syllogisme, ou sophisme, qui a conduit à consacrer la thèse de la généralité de la loi est donc celui de l'assimilation de la loi au Droit. Ce terme là ne résiste pas non plus à l'examen du Droit positif. On peut en effet affirmer aujourd'hui que *« le règne de la loi, dont les philosophes du XVIII*^{ème} *siècle se firent les prophètes et dont 1791 devait connaître l'avènement est l'histoire d'une grande espérance déçue »*[352]. La loi n'est plus la règle presque unique qu'elle était auparavant. C'est aujourd'hui un lieu commun de souligner

[347] R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.,* n° 98 p. 295.

[348] Loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation, JO, n° 166 du 21 juillet 1993 p. 10255.

[349] Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, JO, n° 284 du 8 décembre 2006 p. 18531.

[350] J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, op. cit., « Une prétendue règle qui viserait une seule personne ne serait, en réalité, qu'une décision »,* n° 8, p. 8 et 9 ; B. BEIGNIER et C. BLERY, *op. cit.,* n° 9, p. 27 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit, op. cit.,* n° 16, p. 19 cet acte, *« n'est pas une règle de Droit »,* n° 332, p. 184 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.,* n° 5, p. 13 ; L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit., « La disposition par voie individuelle et concrète n'est pas une loi au sens matériel »* ; B. PETIT, *Introduction générale au droit, op. cit., « Une loi qui viserait une personne unique et dénommée n'édicterait pas une règle de Droit »,* n° 26, p. 30 ; J.-J. ROUSSEAU, *op. cit., « ce qu'ordonne même le souverain sur un objet particulier n'est pas une loi »,* p. 72 et 73.

[351] F. TERRE, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 246, p. 200.

[352] G. BURDEAU, *« Essai sur l'évolution de la notion de loi », APD,* 1939, p. 30.

le foisonnement des sources du Droit. Trois évolutions majeures ont condamné la primauté de la loi.

101. Importance croissante de la jurisprudence – Si le juge a pu être un temps la bouche de la loi en se bornant à mettre en œuvre une loi encore source majeure de Droit, dès le milieu du XIX[ème] siècle, la jurisprudence a pris une part de plus en plus importante dans l'élaboration du Droit. Il semble difficile de la considérer encore comme une simple autorité. La part du juge dans l'élaboration des grands principes de droit de la responsabilité civile délictuelle est connue (on pense inévitablement aux arrêts Téffaine[353], Franck[354], Jand'heur[355], Blieck[356]). L'œuvre du juge ne s'arrête pas à cela. Certaines disciplines juridiques reposent essentiellement aujourd'hui sur des règles jurisprudentielles. Que serait le droit administratif sans les arrêts Blanco[357], Bac d'Eloka[358], Effimief[359], Nicolo[360] ? Le droit international privé sans les arrêts Lautour[361], Rivière[362], Caraslanis[363], Scheffel[364] ? Le travail du juge a porté un coup sévère à la loi. La Constitution du 4 octobre 1958 a achevé ce travail.

102. Une norme résiduelle en droit interne – La Constitution de la V[ème] République a porté un coup très dur à la vision d'une loi majestueuse qui prévalait jusqu'alors. Cette Constitution met en effet en place une véritable hiérarchie des normes dans laquelle la loi n'occupe plus qu'une place subordonnée. Elle est même soumise (pour la première fois

[353] Civ., 16 juin 1896, *DP*, 1897, I, p. 43, note R. SALEILLES.

[354] Ch. Réunies, 2 décembre 1941, *DC*, 1942, p. 25 note G RIPERT.

[355] Ch. Réunies, 13 février 1930, *DP*, 1930, I, 57, note G RIPERT.

[356] Ass.plén., 29 mars 1991, *D.* 1991, Jur. p. 324, note C. LARROUMET.

[357] TC, 8 février 1973, *in*, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, 17[ème] édition, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2009, n° 1 p. 1.

[358] TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'ouest africain, *Ibid.*, n° 36, p. 217.

[359] TC, 28 mars 1955, *Ibid.*, n° 71, p. 461.

[360] CE Ass., 20 octobre 1989, *Ibid.*, n° 93, p. 656.

[361] Civ. 25 mai 1948, *in*, B. ANCEL , Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence, française du droit international privé (GA)*, 5[ème] édition, Dalloz, 2006, n° 19, p. 164.

[362] Civ., 17 avril 1953, *Ibid.*, n° 26, p. 232.

[363] Civ., 22 juin 1955, *Ibid.*, n° 27, p. 245.

[364] Civ., 30 octobre 1962, *Ibid.*, n° 37, p. 319.

véritablement[365]) à une exigence de conformité aux règles prescrites par la Constitution. Pis encore, la loi a vu son champ d'application être sévèrement concurrencé par un règlement qui occupe désormais tout l'espace normatif à l'exception des quelques matières déterminées à l'article 34 de la Constitution. La compétence de la loi est résiduelle. C'est encore la Constitution qui a, dans son article 55, en partie ouvert la voie au troisième coup porté à la majesté de la loi, l'internationalisation du Droit.

103. Internationalisation du Droit – Il est là encore inutile de développer excessivement ce point qui a été abondamment commenté et qui est connu de tous. Il suffira de rappeler que les différentes étapes de l'intégration européenne ont conduit à ce qu'aujourd'hui l'on estime parfois que 70% du droit en matière économique est directement inspiré de Bruxelles[366]. Dans certains domaines tel le droit international privé, les règles d'origine internationale (accords bilatéraux, multilatéraux, ou encore règlements communautaires) sont les principales sources de Droit. La part réservée aux règles de droit commun d'origine interne est résiduelle.

104. Il est dès lors assez juste de parler d'un « *abandon de la coïncidence antérieure entre loi et règle de Droit »*[367]. La loi n'est plus tout le Droit. La loi n'est de toute façon plus générale. Au-delà, aucun argument ne fait obstacle à ce que l'on admette que des règles de Droit soient individuelles.

B. Une absence d'obstacles au caractère individuel d'une norme juridique.

105. Les fondements avancés de la généralité de la règle de Droit ne justifient aujourd'hui plus le maintien de ce caractère de la règle de Droit. Cela étant, le fait que les arguments généralement invoqués ne fondent pas la généralité de la norme juridique ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse exister d'autres arguments décisifs permettant de justifier ce caractère de la règle de Droit. Or, il semble que rien ne fasse barrage à ce qu'une norme juridique ne soit pas générale, ni sur le plan théorique, ni sur le plan pratique.

106. Absence d'obstacles théoriques –Aucun argument logique ne fait obstacle à ce que

[365] Sur l'histoire du contrôle de constitutionnalité des lois en France, v. L. FAVOREU, *op. cit.,* n° 364 et s., p. 289 et s.

[366] D. DE BECHILLON, *op. cit.,* p. 26.

[367] F. TERRE, « La "crise" de la loi », *précité,* p. 19.

l'on puisse admettre qu'une disposition individuelle soit une norme. Si l'on reprend la définition de la norme que nous avons préalablement donnée (le sens d'un énoncé en vertu duquel un comportement doit être), alors une norme peut parfaitement être individuelle. Nous l'avons déjà vérifié avec la convention. *« Rien ne s'oppose logiquement à ce que ce « devoir être » s'exprime aussi bien sous forme générale que sous forme individuelle. Il peut aussi bien viser un nombre indéterminé de personnes qu'une personne déterminée ; et en cela, il ne change pas de nature »*[368]. La même idée s'affirme chez René Capitant qui enseignait qu' *« un impératif*[369] *peut être général ou individuel*[370]*, il peut avoir pour sujet toute une catégorie d'individus, tous les individus se trouvant dans des conditions déterminées ; il peut, au contraire, avoir pour sujet un individu spécialement désigné »*[371]. Du point de vue de l'aptitude à prescrire, la norme individuelle est aussi bien armée qu'une norme générale.

107. Est-ce que la généralité de la loi devrait alors se déduire, comme le pense Monsieur Jeammaud, de sa vocation de modèle[372] ? L'argument ne convainc pas. Un modèle peut bien être individuel[373], pour les stoïciens, nous l'avons évoqué, le *gnomon* était d'ailleurs un individu[374].

108. Théoriquement la norme juridique peut bien être individuelle, juridiquement, le droit positif ne s'y oppose pas.

---

[368] R. BONNARD, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolph Merkl », *précité*, p. 674 ; v. encore D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 34, « *Il peut y avoir des normes de portée individuelle car il n'y a aucune raison pour qu'il n'y en ait pas. Aucune différence de nature n'oppose la norme générale à la norme individuelle en regard de leur aptitude à prescrire ; il n'existe entre elles qu'une différence de degré. Dans le cas de la norme particulière, le « devoir être » est simplement individualisé, mais c'est toujours le même genre d'impératif que l'on émet* ».

[369] Impératif étant pour l'auteur synonyme de « règle de Droit », (R. CAPITANT, *op. cit*., p. 55). L'auteur n'aurait cependant pas écrit qu'une norme peut être individuelle puisqu'il fait une distinction terminologique entre les deux termes. Les normes étant pour lui une sous catégorie des règles de Droit qui sont générales (p. 60). Nous ne trahissons cependant pas ses propos puisque cette précision est d'ordre purement terminologique. Le point à retenir étant qu'une règle de Droit (que nous ne distinguons pas du terme norme) puisse être individuelle sans que cela ne remette en cause son aptitude à prescrire.

[370] Nous soulignons.

[371] *Ibid.*, p. 58.

[372] « La règle de Droit comme modèle », *précité*, n° 18, p. 206.

[373] L'auteur compare d'ailleurs la règle de Droit à d'autres modèles, tel le patron d'un vêtement, or, le vêtement peut être taillé sur mesure. La première étape de la fabrication consiste alors en la fabrication d'un patron aux mesures de l'individu auquel le vêtement est destiné, nouvelle preuve que le modèle peut être individuel.

[374] V. *supra*, n° 44.

109. Absence d'obstacles juridiques – Carré de Malberg relevait en son temps que les seuls arguments conduisant à exiger de la règle de Droit qu'elle soit générale étaient de nature politique, historique, et *« qu'en vérité (...) toute base de droit positif fai[sait] complètement défaut à* [cette] *doctrine »*[375]. Aujourd'hui comme hier, dans ce que l'on peut appeler « le bloc de constitutionnalité », aucune norme ne semble exiger de la loi qu'elle soit générale. Cet argument suffit à lui seul à condamner la généralité de la loi. Certes, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen précise bien que *« la loi est l'expression de la volonté générale »*, mais ce texte, parfois présenté comme le fondement de la généralité des lois[376], n'exige rien de tel. C'est une chose de dire que la loi exprime la volonté générale, c'en est une autre de dire que cette règle doive être générale. Aucun texte de nature constitutionnelle ne semble imposer la généralité de la loi.

110. Le juge constitutionnel a d'ailleurs, à maintes reprises, validé des textes dont le caractère individuel était évident[377] (à propos de lois de nationalisation par exemple ou encore lors des nombreuses « lois de validation »[378]). Le juge constitutionnel a même expressément affirmé la validité de normes individuelles. Dans une décision du 20 juillet 1983 des députés et sénateurs faisaient valoir le fait *« qu'après avoir donné du champ d'application de la loi des critères généraux, le législateur y a dérogé, soit en incluant dans ce champ, aux termes du 2 de l'article premier, des entreprises nominativement désignées dans une annexe et ne répondant pas à ces critères généraux, soit en en excluant, au moins partiellement, aux termes de l'article 4, d'autres entreprises répondant à ces critères généraux et nominativement désignées »*[379] dans une autre annexe, ce qui devait être considéré comme contraire à la Constitution. Les neuf sages ont décidé que *« toutes les dispositions législatives ayant la même force juridique, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur, après avoir adopté une règle générale, d'y faire exception ou d'y déroger fût-ce*

[375] R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.,* n° 98, p. 296.

[376] À la suite des travaux de Jean-Jacques Rousseau qui estimait que le fait que la loi soit l'expression de la volonté générale signifie que *« la loi prend et doit prendre sa source et sa consistance dans la volonté universelle du peuple, mais encore qu'elle ne peut avoir un objet que général »* R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.,* p. 277.

[377] J. GHESTIN, « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002, p. 11, n° 19.

[378] Visant par exemple à confirmer par la loi des nominations ou désignations faites par décret et annulées ou susceptibles de l'être par le Conseil d'État, par exemple, CC, 22 juillet 1980, n° 80-119, *Loi portant validation d'actes administratifs, AJDA* 1980, p. 480.

[379] CC, 20 Juillet 1983, n° 83-162, *Loi relative à la démocratisation du secteur public,* considérant n° 10.

par voie de disposition particulière »[380]. L'affirmation est on ne peut plus nette. La désignation nominative de certaines personnes (physiques ou morales) ne fait pas obstacle à ce qu'un acte soit qualifié de loi au sens formel, loi dont il nous paraît impossible de soutenir qu'elle n'est pas une règle de Droit[381].

111. Le caractère nominatif de certaines conventions ne fait donc pas obstacle à ce que l'on qualifie ces actes de règles de Droit. Aucun argument rationnel ne fait obstacle à ce qu'une règle de Droit soit individuelle[382]. La généralité n'est pas une qualité de la règle de Droit. En revanche, une qualité est indispensable à la juridicité d'une norme, c'est son intégration à l'ordre juridique.

SECTION II – INTÉGRATION DE LA CONVENTION À L'ORDRE JURIDIQUE.

112. L'intégration à l'ordre juridique, critère de la juridicité – Toute norme éthique, c'est-à-dire toute signification d'une proposition qui indique un modèle de comportement en vertu duquel quelque chose « doit être », n'est pas nécessairement une norme juridique. Quel est alors le critère qui distingue une norme morale ou religieuse d'une norme juridique ? Le huitième commandement, les règles morales de nos sociétés occidentales ou encore les articles 1116 du Code civil ou 434-13 du Code pénal[383], condamnent tous, dans une certaine mesure, le mensonge. Toutes ces normes sont des normes éthiques dont le sens et le contenu sont identiques ou très proches les uns des autres. Pourtant, parmi ces normes certaines seulement, les articles 1116 du Code civil et 434-13 du Code pénal, accèdent au rang de

[380] *Ibid.*, considérant n° 11.

[381] Dans le même sens, H. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 6 p. 155 *« Nous avouons ne pas comprendre l'obstination de nombreux auteurs qui refusent le caractère législatif à de tel actes ».*

[382] V. Sur ce point d'ailleurs la démarche de G. MARTY « De la place des conventions dans l'ordonnancement juridique », *précité.* Alors qu'il analyse la démarche de KELSEN qui introduit les conventions dans l'ordre juridique, il condamne un à un tous les arguments théoriques des détracteurs du Maître autrichien. Il n'en conclut pas moins, contre toute attente, à l'exclusion des conventions individuelles de l'ordre juridique pour des raisons que l'on pourrait qualifier de « métaphysiques » (le qualificatif est celui employé par Monsieur J. HAUSER pour rendre compte de la démarche de G. MARTY, v. sur ce point, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 117, 1971, n° 47 p. 61).

[383] *« Le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ».*

norme juridique alors que d'autres au contraire ne le sont pas. Quel est donc le critère qui distingue deux énoncés identiques prescrivant (ou proscrivant) le même type de comportement ? Une idée largement répandue voudrait que la règle de Droit soit juridique en raison de certaines qualités qui lui sont propres. Ces qualités la distingueraient des autres règles éthiques. En réalité, la norme juridique ne saurait être définie *« seulement par des caractéristiques intrinsèques (…) le propre des règles juridiques (…) c'est qu'elles relèvent d'un ensemble plus large, un ordre juridique»*[384]. C'est donc son intégration à un ordre ou à un système juridique[385/386] qui confère à une norme sa juridicité. Or, cette juridicité ne peut lui être conférée que par *« par une autre norme du système »*[387]. Cela revient donc à considérer, en dernière analyse, que ce qui fait d'une norme une norme juridique c'est sa production en conformité avec les exigences du système juridique[388].

Pour s'assurer de la juridicité du contrat il convient donc de répondre à une dernière interrogation. Le contrat (ou la convention) est-il intégré dans l'ordre juridique, autrement dit, tire t-il sa force obligatoire de sa production en conformité avec les exigences d'une ou plusieurs normes supérieures ?

113. La réponse à cette question peut sembler évidente. Les conventions ont force obligatoire parce que l'article 1134 du Code civil en dispose ainsi. Pourtant, la doctrine semble empreinte d'un certain flou sur la question et la lecture de certains auteurs pourrait parfois instiller un doute sur le fondement de la force juridique des conventions. L'idée que la convention tire sa force obligatoire de la volonté, de l'autonomie des parties, est exposée

[384] J. CHEVALLIER, « Droit, ordre, institution », *Droits*, 10, 1989, p. 21.

[385] Les deux termes étant souvent employés comme synonymes. En ce sens, M. TROPER, « Système juridique et État », *APD* 1986, p. 30.

[386] Sur cette délicate question des systèmes ou ordres juridiques que nous ne pouvons pas traiter sans nous éloigner trop du sujet qui nous occupe v. entre autres : Archives de philosophie du droit, *Le système juridique*, Tome XXXI, Sirey, 1986 ; D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 244 et s., G. TIMSIT, « *Système* », *in*, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit*., p. 1462 et s., *Thèmes et systèmes de droit*, 1ère édition, PUF, 1986 ; S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz-Sirey, 2002, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique, entre ordre et désordre*, 1ère édition, PUF, 1988; R. VERNENGO, « Le droit est-il un système », *APD*, 1991, p. 253.

[387] E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique? », *précité*, p. 91 ; v. encore à propos du contrat V. HEUZE, « La règlementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », Joly éditions, 1990, n° 48, p. 29 *« lorsque l'on affirme que le contrat est une norme juridique (…) par là, on entend signifier que la norme contractuelle appartient à un ordre juridique donné à l'agencement duquel elle participe ».*

[388] E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *précité*, p. 91 et 92.

comme une thèse envisageable en droit positif et semble même être parfois soutenue avec plus ou moins de force par certains auteurs.

114. L'ouvrage que Madame Fabre-Magnan consacre au droit des obligations est parfaitement révélateur de cette ambiguïté. Cet auteur pose en effet dans cet ouvrage la question du fondement de la force obligatoire des conventions. Plusieurs doctrines sont alors présentées parmi lesquelles une vision positiviste de la force obligatoire du contrat[389], la théorie des attentes légitimes[390] (ou *reliance*) et la théorie de l'autonomie de la volonté[391]. D'autres auteurs, attelés à la même tâche, présentent également au nombre des réponses possibles (outre celles déjà citées), les thèses de Monsieur Ghestin sur l'utile et le juste[392] ou les théories solidaristes[393]. Toutes sont mises sur le même plan laissant à croire qu'elles peuvent toutes fonder la force obligatoire du contrat en droit positif. Or, l'autonomie de la volonté (ou au moins une certaine conception, absolue, de cette notion polysémique[394]), si elle était véritablement le fondement de la force obligatoire des conventions ferait obstacle à la thèse que nous soutenons. Dire que la volonté est autonome c'est en effet *« ignorer la hiérarchie des normes juridiques »*[395]. C'est donc condamner notre thèse (§1). Le droit positif, nous le verrons, ne consacre cependant pas cette vision absolue de l'autonomie. Il consacre au contraire clairement la soumission du contrat au Droit et donc son intégration à l'ordre juridique (§2).

§1. Une intégration incompatible avec l'autonomie de la volonté.

115. En revenant brièvement sur la naissance et l'évolution de la notion d'autonomie de la volonté, nous essayerons d'exposer le contenu qu'a pu revêtir cette théorie au sens le plus

[389] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, Tome I, Contrat et engagement unilatéral*, 2ème édition, PUF, Coll. Thémis Droit, 2010, p. 61.

[390] *Ibid.*, p. 59 à 61.

[391] *Ibid.*, p. 57 à 59.

[392] SIRI A., « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat, de 1804 à l'heure présente », *RRJ*, 2008-3, n° 27, p. 1375.

[393] *Ibid.*, n° 32 et s., p. 1379 et s.

[394] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Doit civil, Les obligations, Tome I, L'acte juridique*, 14ème édition, Sirey, Coll. Sirey Université, 2010, n° 95, p. 81.

[395] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 21, p. 8.

absolu développé par la doctrine (A). Cela permettra de démontrer en quoi cette notion s'oppose à toute idée de hiérarchisation des conventions (B).

A. La conception absolue de l'autonomie de la volonté.

116. Naissance[396] de l'autonomie de la volonté – Autonomie est dérivé du grec *auto* (soi-même) et *nomos* (la règle). L'autonomie de la volonté est donc étymologiquement la propriété de la volonté de se faire à elle-même sa propre règle, sa propre loi. Cette expression apparaît de l'avis de chacun dans les travaux d'Emmanuel Kant[397] (dans *les fondements de la métaphysique des mœurs* en 1785) qui *« ont fait au XIX*ème *siècle le fond de la philosophie populaire et de la philosophie universitaire »*[398]. C'est au cours de ce XIXème siècle que ce concept a progressivement émergé[399] dans une doctrine juridique encore marquée par l'exégèse et peu encline à développer une vision conceptuelle de la matière[400].

---

[396] Sur cette question v. en particulier, E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau, 1912 ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, dans lequel nous avons souvent puisé pour écrire les développements qui suivent (de nombreuses notes de bas de page préciseront au lecteur les passages précis).

[397] Si les termes « autonomie » et « volonté » sont rapprochés pour la première fois par E. KANT, l'idée d'une volonté souveraine est plus ancienne et apparaît sans doute véritablement, après avoir muri au Moyen Âge, dans les travaux de GROTIUS pour lequel *« le respect de la parole donnée est une règle de droit naturel »*, en ce sens, P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, Tome I, Les Obligations*, 2ème édition, PUF, Coll. Thémis, 1969, n° 88 et s., p. 110 et s. en particulier p. 113.

[398] A. FOUILLEE, cité par E. GOUNOT, *op. cit.*, p. 54.

[399] L'influence de KANT sur l'émergence de cette notion dans le langage juridique est aujourd'hui controversée. Si l'on a dans un premier temps pensé que les juristes avaient emprunté cette dernière à la philosophie (il serait inutile de citer tous les auteurs qui attribuent à l'influence de KANT l'adoption de l'autonomie de la volonté par la doctrine juridique. Citons E. GOUNOT qui écrit à propos de KANT *« s'il n'est pas l'initiateur de l'individualisme français, il lui fournit du moins des formules qui l'exprimaient excellemment », op. cit.*, p. 54*)*, l'idée a par la suite été contestée. Madame RANOUIL, a pour de multiples raisons - principalement parce que l'auteur germanique n'est jamais cité par les premiers promoteurs de cette thèse, et parce que l'autonomie de la volonté revêt un sens différent sous la plume des juristes et sous celle de KANT, (sur ce point, outre les travaux de Madame RANOUIL, v. l'article de Monsieur PUTMAN, qui accepte avec quelques nuances la thèse de Madame RANOUIL, et écrit que *« Kant est le philosophe de l'autonomie de la volonté mais pas celle des juristes »*, v. les développements qui suivent cette citation « KANT et la théorie du contrat », *RRJ*, 1996-3, n° 7, p. 688; v. également, C. ATIAS, *Le contentieux contractuel*, 4ème édition, Librairie de L'université d'Aix-en-Provence, 2008, n° 17, p. 24 à26 ; P. MALAURIE, *« La pensée juridique du droit au XX*ème *siècle »*, *JCP G* 2001, I, 283, spéc. n° 11) - avancé que cette expression n'avait pas été empruntée au philosophe allemand, mais qu'elle avait été *« en réalité recrée »* (Sur ces trois points, v. V. RANOUIL, *précité*, p. 53 et 54) par les juristes a partir de *« l'analyse scientifique du rôle de la volonté »* (Selon une formule de G. ROUHETTE). Certains auteurs, dont Monsieur ROUHETTE, doutent de cette analyse et relèvent qu'étant donné l'aura des thèses du natif de Königsberg et le caractère « populaire » dans le monde universitaire de cette expression, *«la pure coïncidence d'une création* ex nihilo *(...) serait incompréhensible »* « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *précité*, p. 41, n° 14, et v. la convaincante démonstration de l'auteur à ce paragraphe et dans les deux qui précèdent).

[400] E. GOUNOT, remarque dans sa thèse que les auteurs du XIXème siècle *« triomphent dans l'annotation du*

117. Si l'autonomie est une notion connue des juristes et notamment du droit allemand depuis longtemps[401], son rapprochement avec la notion de volonté ne se fait qu'à partir de la fin du XIX^{ème} siècle[402], en droit international privé d'abord, sans doute en raison de la plus grande liberté dont bénéficient les spécialistes d'une matière à l'abri du poids que peut constituer l'existence d'un Code[403].

118. Sens originel de l'autonomie de la volonté – À l'origine, pour les premiers internationalistes à faire usage de la notion d'autonomie des parties ou des personnes, il est simplement question de donner, *a posteriori*, une explication à la règle de conflit de lois applicable en matière de contrats[404]. Mais très vite, des auteurs vont faire de cette autonomie non plus une explication des règles de conflit retenues en matière conventionnelle, mais un fondement de ces solutions. L'autonomie devient sous la plume de Laurent, suivi par une majorité de la doctrine internationaliste[405], un principe *a priori*[406] de solution de conflit de lois. Laurent dans son ouvrage de droit civil international écrit à ce propos qu'en matière de

---

Dalloz ou du Sirey. Mais (...) découragés par le spectacle idéologique de la révolution, s'abstiennent presque systématiquement de toute idée d'ensemble sur les principes fondamentaux du droit. Ils ont comme une défiance instinctive pour tout ce qui s'appelle philosophie, métaphysique, droit naturel, théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 8, v. également p. 23 ; Pour une vision plus nuancée de l'école de l'exégèse, C. JAMIN, « L'oubli et la science, Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles », *RTD civ.*, 1994, p. 815 et les références citées.

[401] Les internationalistes allemands utilisaient en effet depuis quelques temps déjà ce terme, v. dans ce sens, F. LAURENT, *Droit civil international*, Tome II, Bruylant Ch. & Cie, Bruxelles, 1880, n° 213, p. 383 ; RANOUIL, *op. cit.*, p. 22; G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *précité*, n° 12, p. 38.

[402] Exception faite du cas d'ACCOLAS, qui ayant un profil pluridisciplinaire (V. RANOUIL, *op. cit.*, p. 80) évoque cette idée dès 1866. V., *Nécessité de refonte de l'ensemble de nos Codes et notamment le Code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, Librairie Centrale, Paris, 1866, qui écrit p. 13 *« la première autonomie à créer c'est l'autonomie de l'individu ».*

[403] C'est un internationaliste, FOELIX (sur ce point. J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Coll. Quadrige, 2001, n° 93, p. 145) puis quelques autres, qui commencent par rapprocher le terme autonomie avec ceux « d'homme », de « citoyen », « d'individu », de « partie », pour justifier la solution de conflit de lois retenue en matière de conventions. Ces expressions, comme le sens qui leur est attaché, sont déclinées jusqu'à ce qu'en 1883, pour la première fois, soient associés sous la plume d'un juriste, BROCHER, les termes autonomie et volonté (V. De ce dernier auteur, *Cours de droit international privé selon les principes consacrés par le droit positif français*, Tome II, Paris et Genève, 1883, p. 41 et 67 *« Si la **volonté individuelle** pouvait apparaître comme souveraine se suffisant à elle-même et se dirigeant par sa propre **autonomie**, il faudrait lui faire directement sa place dans notre doctrine »*). Cette notion, sera reprise par WEISS qui l'utilise à plusieurs reprises dans son *Traité élémentaire de droit international privé* publié en 1886. Elle connaîtra alors un véritable essor dans la doctrine internationaliste puis civiliste en raison sans doute du succès de cet ouvrage (en ce sens, G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *précité*, n° 12, p. 38).

[404] V. RANOUIL, *op. cit.*, p. 23.

[405] *Ibid.* p. 37.

[406] *Ibid.* p. 29 et s.

conventions *« les parties intéressées sont législateurs et jouissent par conséquent de la plus entière liberté tant qu'elles ne font que régler leurs intérêts privés »*[407]. Il ajoute encore qu'il s'agit d'un principe *« universel »*, lequel *« découle de la nature même des conventions »*[408]. On le voit cet auteur (et même si son propos reste encore circonscrit au droit international privé[409]), donne une dimension nouvelle à l'autonomie de la volonté dont il semble faire un véritable principe propre à gouverner la règle de Droit d'origine étatique, et à imposer une solution particulière de conflit de lois en matière conventionnelle[410]. Laurent fait passer l'autonomie d'une conception relativement pragmatique visant à justifier une règle légale, à un principe théorique fondement de la règle légale. Cette acception élargie et plus théorique de l'autonomie par rapport aux travaux antérieurs en la matière, prend une dimension encore plus générale dans le fait qu'elle trouve son fondement directement dans le Code civil, dans les dispositions du premier alinéa de l'article 1134[411]. Le parallèle fait avec un fondement issu du Code civil, comme la généralité des conceptions développées, facilitera l'adoption de l'autonomie par la doctrine civiliste qui s'appropriera ce concept à la toute fin du XIX^{ème} siècle lui donnant alors une dimension encore plus importante.

119. Le sens absolu de l'autonomie de la volonté – Si l'expression d'autonomie n'émerge dans le vocabulaire juridique que relativement tard par rapport à son élaboration dans le domaine philosophique, l'idée qu'elle véhicule est elle, sans doute, majoritaire dans la doctrine post-codification marquée par un profond individualisme. Cependant, nous l'avons dit, c'est l'autonomie de la volonté dans un sens absolu qui peut constituer un obstacle à l'intégration des conventions dans un ordre juridique. Or, l'expression de cette conception de l'autonomie de la volonté est finalement assez rare dans les travaux d'une doctrine qui faisait de l'autonomie *« comme Monsieur Jourdain faisait de la prose : sans s'en apercevoir »*[412]. Il est

[407] F. LAURENT, *Droit civil international*, T. II, o*p. cit.*, n° 212, p. 381.

[408] *Ibid.*

[409] Monsieur ROUHETTE a d'ailleurs relevé que l'on ne retrouve pas chez le même auteur dans ses *principes de droit civil* des développements de la même importance sur l'autonomie des parties que ceux qui y sont consacrés dans l'ouvrage de *droit civil international* « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *précité*, n° 12, p. 38.

[410] *« Dans la matière des contrats, la volonté des parties est tout (...) c'est donc leur volonté qui déterminera la loi par laquelle elles sont régies », Droit civil international*, T. II, *op. cit.*, n° 213, p. 383.

[411] F. LAURENT, *Droit civil international*, T. II, *op. cit.*, n° 212, p. 381, alors qu'il traite des conventions, l'auteur écrit que c'est *« l'article 1134 [qui] établit la règle fondamentale en cette matière »*.

[412] E. GOUNOT, *op. cit.*, p. 11.

d'ailleurs difficile de trouver de véritables conceptions synthétiques et absolues de ce concept, sans doute en raison de l'absence de besoin de nommer ce qu'il n'était pas nécessaire de défendre (les thèses individualistes étant alors très majoritairement admises). Ce n'est donc que chez quelques auteurs du milieu du XIX^{ème} siècle puis, face à la « socialisation » croissante du Droit à compter de la fin du XIX^{ème} siècle, que l'on prône et définit véritablement l'autonomie de la volonté[413] essentiellement, et paradoxalement, dans les travaux de ses détracteurs[414/415].

120. La lecture des auteurs les plus empreints d'individualisme permet cependant de se faire une idée des conceptions qui couraient au XIX^{ème} siècle dans une partie de la doctrine. La conception même du Droit de Charles Beudant ouvre la porte à une interprétation absolue de l'autonomie de la volonté. Le Droit affirme-t-il, *« c'est l'autonomie de l'être humain. La faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui même dans la direction de sa pensée et de ses actes »*[416]. Sur le terrain contractuel cela conduit à tirer deux séries de conséquences. D'abord une liberté contractuelle totale qui aurait pour conséquence d'offrir aux parties la faculté de « *contracter à leur guise et sur tout ce qui les intéresse »*[417]. Crétinon affirme ainsi que *« tout engagement contractuel est licite (...) et [qu'en conséquence] je peux m'engager à tout ce que je veux »*[418]. Si une telle liberté est possible c'est parce que dans cet esprit autonomiste, et c'est le second aspect de l'autonomie, ce sont les parties qui par leur seule volonté donnent une force contraignante à leurs engagements. Pour Toullier « *la loi tire sa force de la seule volonté du souverain ; la convention du consentement des deux parties »*[419].

---

[413] Et de manière plus générale, l'individualisme juridique, v. J.-L., HALPERIN, *op. cit.*, n° 124, p. 186.

[414] Il est d'ailleurs révélateur de soulever que le premier véritable juriste à avoir fait mention de l'autonomie de la volonté, BROCHER, après avoir écrit *« si la volonté individuelle pouvait apparaître comme souveraine se suffisant à elle-même et se dirigeant par sa propre autonomie, il faudrait lui faire directement sa place dans notre doctrine »*, poursuit de la manière suivante : *« nous sommes persuadés que cette volonté ne cesse pas un instant de se trouver sous la dépendance de la loi », op. cit.*, p. 67.

[415] V. RANOUIL, *op. cit.*, p. 95, l'auteur relève que ce sont les détracteurs de ces thèses qui en feront la synthèse pour mieux en faire la critique.

[416] C. BEUDANT, *Le Droit individuel et l'État, introduction à l'étude du Droit,* 3ème édition, Rousseau, 1920 p. 146.

[417] R. SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 1979, n° 103, p. 143.

[418] CRETINON, *« Le point de vue individualiste et le point de vue social dans le droit », Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 134, Cité par E. GOUNOT, *op. cit.*, p. 61.

[419] C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code,* Tome I, 4ème édition, Paris, Warree,

Cette position le conduit logiquement à considérer que *« l'obligation est parfaite par la volonté seule, sans l'intervention de la loi »*[420]. Larombière précise dans le même esprit que *« ce sont les contractants eux-mêmes qui s'obligent parce qu'ils en ont la volonté et que, ayant cette volonté ils en ont le pouvoir »*[421]. Gounot, dans sa thèse sur l'autonomie de la volonté, résumera cette approche en qualifiant la volonté d'« *organe créateur de Droit »*[422] qui peut *« par elle-même créer des obligations »*[423], *« sans qu'il soit besoin du renfort d'aucune norme »*[424]. C'est ce qu'exprime à nouveau parfaitement Larombière lorsqu'il affirme que « *l'obligation civile qui résulte de tout contrat est préexistante à la loi civile »*[425]. C'est encore la même idée que l'on retrouve plus récemment chez Monsieur Aynes qui admet que *« le contrat est obligatoire, non parce que la loi le veut bien, mais parce qu'il procède de l'exercice d'un droit fondamental, dont le respect s'impose au législateur. La convention et la loi n'entretiennent aucun rapport de hiérarchie. Elles opèrent dans deux ordres différents »*[426]. Deux ordres différents. L'obstacle que constitue cette thèse à la juridicité de la convention apparaît alors clairement.

B. Un obstacle à la juridicité de la convention.

121. Cette acception de l'autonomie de la volonté, comme plus généralement toutes les conceptions auto-fondatrices du contrat, condamnent notre thèse pour deux raisons différentes.

1824, n° 16 p. 17.

[420] L'auteur ajoute ensuite *« c'est donc manquer d'exactitude que de dire comme nous l'avons fait que toute obligation vient de la loi, que les conventions n'obligent qu'en vertu de la loi, qui commande de tenir la parole que l'on donne » Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Nouvelle édition, Tome VI, Bruxelles, 1838, n° 3, p. 6.

[421] L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, Tome VII, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1885, n° 2 p. 390.

[422] E. GOUNOT, *Thèse précitée*, p. 3.

[423] E. GAUDEMET, (publié par J. GAUDEMET J. et H. DESBOIS), *Théorie générale des obligations*, réédition de l'édition de 1937, Sirey, 1965, p. 27.

[424] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 25, p. 32.

[425] L. LAROMBIERE, *op. cit.*, Tome I, n° 2, p. 379. L'auteur ajoute encore « *Que l'on ne dise donc pas que les conventions n'ont de force que parce que les lois civiles l'ont ordonné, comme s'il leur avait été possible de supprimer en l'homme la liberté (…) C'est une grande erreur* ».

[426] L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », *précité*, p. 121, nous soulignons.

122. Dans cette vision autonomiste, comme l'écrit Monsieur Aynes, le contrat n'est pas intégré dans un ordre juridique. Il n'est donc pas une norme juridique. La volonté autonome fait face à loi[427] elle crée le contrat, seule, et sans conditions. Se situant alors dans un ordre différent de l'ordre juridique étatique le contrat ne peut en être un élément. Le contrat pourrait bien être une norme éthique, il pose toujours un modèle en vertu duquel un comportement doit être, mais il n'est pas une norme juridique. Il est une norme, mais une norme extérieure à la « pyramide des normes »[428] juridiques. À défaut d'être un élément de l'ordre juridique le contrat ne pourrait pas créer de Droit, puisque seule une règle de Droit peut avoir cet effet. Il ne pourrait alors conditionner la validité d'autres conventions.

123. Le second obstacle à la thèse que nous soutenons réside dans le caractère auto-fondateur proprement dit de la convention. Si l'on admet que le contrat n'a pas à être soumis à la loi, s'il ne doit pas être soumis au Droit objectif ou à l'ordre juridique en général, comment pourrait-il être soumis au respect d'une autre convention ? La chose pourrait à la rigueur s'expliquer en présence de deux conventions liant les mêmes parties. Le fait qu'elles soient liées par un premier accord pourrait justifier qu'une seconde convention dont elles sont les auteurs soit conditionnée au respect de leur premier engagement. Il n'y aurait ici qu'une manifestation de l'autonomie des parties[429]. Toute idée de hiérarchie entre conventions liant des parties différentes serait en revanche condamnée. Le contrat n'étant pas soumis au Droit, *a fortiori*, il ne pourrait pas être soumis à un acte d'exécution du Droit formé par des tiers.

124. L'obstacle peut cependant être levé. L'autonomie de la volonté n'a aucune consistance en droit positif.

---

[427] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 94, qui définit l'autonomie de la volonté comme la *« théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à lui donner sa propre loi (...) ».*

[428] La formule est celle de Monsieur MAINGUY qui considère que *« le contrat est certes un acte normateur (…) mais sans que l'on doive le rattacher impérativement à la pyramide des normes »*, *RTD civ*. 2004, p. 1, spéc. n° 4.

[429] *Comp.* Avec la thèse qui fonde l'exercice du pouvoir de droit privé sur l'exercice de la liberté contractuelle. V. par exemple, P. NEAU-LEDUC, *Le pouvoir de droit privé, op. cit.*, p. 37 et s. ; En ce sens également, v., G. RABU, *L'organisation du sport par le contrat, Essai sur la notion d'ordre juridique sportif, op. cit.* n° 75 et s. p. 64 et s. La « hiérarchie » entre l'acte unilatéral d'exercice du pouvoir et la convention par laquelle est attribué le pouvoir peut exclusivement être expliquée par « l'autonomie » des parties.

§2. L'autonomie de la volonté : un obstacle fictif à la juridicité de la convention.

125. L'autonomie de la volonté dans le sens où nous l'avons définie n'est pas, et n'a sans doute jamais été[430], un obstacle au caractère de norme juridique du contrat, et pour cause, cette thèse relève plus du mythe[431] que de la réalité. L'autonomie de la volonté n'a jamais été consacrée par le Code civil (A). Elle est totalement absente aujourd'hui de notre droit positif qui n'admet la force obligatoire du contrat que parce que ce dernier se soumet au Droit objectif (B).

A. Une assise historique douteuse.

126. Dans la doctrine classique – Les précurseurs du Code civil, Domat, Pothier, s'ils ont orienté le Code civil vers l'individualisme juridique n'ont jamais affirmé le principe de l'autonomie de la volonté[432]. La doctrine du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle n'a probablement jamais soutenu non plus une conception absolue de l'autonomie de la volonté. En dépit de l'influence des thèses individualistes au XIX^{ème} siècle, les auteurs contemporains du siècle ayant vu naître notre Code civil n'ont sans doute jamais adhéré dans leur ensemble à une conception niant toute part d'hétéronomie dans le contrat[433]. Outre le fait qu'à l'origine les termes d'autonomie et de volonté aient été rapprochés par les détracteurs de cette doctrine, la plupart des auteurs qui mentionnent ou défendent l'autonomie reconnaissent, implicitement parfois, explicitement d'autres fois, la part d'hétéronomie du contrat. Weiss, premier promoteur de l'expression d'autonomie de la volonté précise que celle-ci ne s'exprime que dans les domaines où la loi n'impose rien aux parties faisant de cette autonomie une

---

[430] En ce sens entre autres, J. CARBONNIER, *« Il faut prendre garde, toutefois, que l'autonomie de la volonté n'a jamais été posée comme absolue dans les lois ; Même en 1804, l'affirmation philosophique avait dû pour passer dans le Code, se tempérer de restrictions », Droit civil, Les biens, les Obligations, op. cit.*, n° 931, p. 1945; C. LARROUMET, *Droit civil, Tome III, Les obligations, le contrat,1ère partie, Conditions de formation,* 6ème édition, Economica, Coll. Droit civil, 2007, n° 117 p. 96 *« le principe de l'autonomie de la volonté n'a jamais eu une portée absolue en droit positif » ;* R. SAVATIER, « *En réalité la liberté des parties n'a jamais été complète », La théorie des obligations en droit privé économique, op. cit.*, n° 103, p. 143.

[431] *« Mais les mythes prennent corps »*, G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *in, Journées de la société de législation comparée*, 1979, p. 449.

[432] Sur ces points v. J. GHESTIN, *La formation du contrat, op cit.*, n° 57 et 58, p. 39 et 40.

[433] En ce sens J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Tome I, L'acte juridique, précité,* n° 106, p. 87; C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, p. 901 et s. et G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *précité,* p. 27 et s. et les nombreux auteurs cités par eux.

« *concession* » de la loi[434]. Toullier, dont les affirmations prennent la forme d'un plaidoyer pour l'autonomie de la volonté lorsqu'il précise que cette dernière suffit à rendre l'obligation parfaite sans l'intervention de la loi[435], avait déjà affirmé dans un tome antérieur *« que toute obligation vient de la loi (...) toute obligation suppose une loi antérieure »*[436]. Il avait encore ajouté que *« les conventions elles-mêmes n'obligent qu'en vertu de la loi qui commande de tenir la parole qu'on a donnée »*[437/438].

Plus tard Aubry et Rau, parmi *« des principes fondamentaux sur lesquels ont été basés les préceptes du Code civil »*[439], énoncent celui en vertu duquel la loi « *prend les mesures nécessaires pour empêcher que des conventions particulières tendent à établir de manière permanente l'inégalité des fortunes ou l'égalité devant la loi »*[440]. À la même époque Duranton écrit que les obligations contractuelles sont *« un fait de l'homme auquel la loi attache la force obligatoire »*[441].

Au début du XX^{ème} siècle Gény, l'un des deux premiers auteurs à avoir introduit l'expression en droit civil[442], écrit que *« dans le vaste domaine des actes juridiques, règne, en maître souverain, le principe de l'autonomie de la volonté individuelle, qui, sous la réserve d'un petit nombre de restrictions impératives, laisse un libre champ à la détermination des*

---

[434] En ce sens, V. RANOUIL, *précité*, p. 49.

[435] L'auteur se rétracte dans la suite de l'ouvrage et renie les propos ici cités, v. *supra*, n° 120.

[436] C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Tome VI, 4ème édition, Paris, Warree, 1824, n° 3 p. 3.

[437] *Ibid.*, n° 4 p. 3 et 4, Nous soulignons.

[438] Sur ce point, v. l'intéressante analyse que Monsieur JAMIN, pour lequel les propos de TOULLIER et son changement de cap apparent ne sont pas le fruit d'une prise de position théorique, mais le simple effet d'une analyse exégétique du Code et, plus précisément, des intitulés des Titres III et IV du Livre III du Code civil, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *précité*, p. 901 ; Dans le même sens, un auteur qui a consacré quelques années plus tard un article au même thème que celui de Monsieur JAMIN (A. SIRI, « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat, de 1804 à l'heure présente », *RRJ* 2008-3, en part. n° 6, p. 1355) classe TOULLIER au nombre des auteurs qui fondent la force obligatoire des contrats sur le fondement légal et non avec les partisans de la thèse de l'autonomie de la volonté. V. également, le récent article de F. CHENEDE, « Charles Toullier, les sources de l'obligation », *RDC*, 2010, n° 3 p. 1015 et s.

[439] C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français, par C.S. ZACHARIAE*, 2ème édition, Tome I, Méline, Cans et Comp., Bruxelles, 1850, § 16, p. 17.

[440] *Ibid.*, Les auteurs citent alors l'article 913 du Code civil relatif à la quotité disponible et à la réserve héréditaire à titre d'exemple.

[441] A. DURANTON, *Cours de droit civil français selon le Code civil*, Tome X, 4ème édition, Thorel et Guilbert, Paris, 1844, n° 20, p. 10.

[442] V. RANOUIL, *op. cit.*, p. 92 s.

droits et à la modification de leur contenu »[443]. L'auteur rejette ainsi une vision absolue de l'autonomie. De manière générale plusieurs auteurs s'accordent à reconnaître que les partisans d'une conception absolue de l'autonomie de la volonté se comptaient sur les doigts d'une main[444]. Allant même plus loin l'on soutient parfois que personne n'a jamais véritablement nié la part d'hétéronomie du contrat[445]. Gounot dans sa thèse abonde dans ce sens et reconnaît à plusieurs reprises qu'il a volontairement forcé le trait[446], parfois jusqu'à la caricature, pour faciliter sa critique. Il écrit d'ailleurs de manière on ne peut plus claire, après avoir défini une conception absolue de l'autonomie de la volonté, qu'il ne prétend pas « *que les juristes français du XIX*^{ème} *siècle aient présenté les deux principes dont nous avons parlé comme traduisant de façon exacte et complète l'état actuel de notre législation positive »*[447]. Complétant ces propos un auteur relève que les travaux de Gounot citaient le plus souvent, lorsqu'il s'agissait de définir l'autonomie de la volonté, des philosophes ou économistes, non des juristes[448], dans les travaux desquels cette vision de l'autonomie n'apparaissait quasiment pas. Au contraire, la plupart des auteurs reconnaissaient le rôle de la loi en matière de conventions et concédaient comme Planiol *« qu'il y a une condition pour que les contrats aient force obligatoire : il faut qu'ils soient légalement formés »*[449]. On a même écrit au cœur des années trente que *« s'il fallait parler d'un principe c'est plutôt de celui qu'il n'existe pas d'autonomie de la volonté »*[450]. Pour la plupart des auteurs l'autonomie de la volonté au sens absolu n'existe donc pas. Ce qui le plus souvent est soutenu par la doctrine classique est non le fait que la volonté soit seule toute puissante et suffisante pour rendre le contrat obligatoire, mais la nécessité pour le législateur d'intervenir le moins possible. L'autonomie de la volonté

[443] F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2ème édition, Tome I, LGDJ, 1919, n 80, p. 185.

[444] Monsieur ROUHETTE n'en dénombre que deux, TOULLIER et LAROMBIÈRE, Monsieur JAMIN en ajoute un troisième, BUFNOIR.

[445] C. JAMIN, *« Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », précité,* p. 906.

[446] E. GOUNOT, *op. cit.*, p. 81.

[447] *Ibid.;* C. ATIAS, *Le contentieux contractuel*, *op. cit.*, n° 20, p. 28 *« Ils n'ont reconnu la place prétendument donnée à l'autonomie de la volonté que pour la combattre et en critiquer les excès »* ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 19, p. 29, *« il est évident que plus la thèse prise pour cible est caricaturale, plus la réfutation en est aisée »*.

[448] G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *précité*, p. 48, note n° 72.

[449] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, T. II, 6ème édition, 1912, n° 1165.

[450] J. PERITCH, « La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés », *RTD civ.*, 1929, p. 7.

est envisagée par eux comme une doctrine politique ou philosophique, non comme un principe juridique.

127. Il ne nous paraît donc pas exagéré d'affirmer que le principe juridique de l'autonomie de la volonté n'a sans doute, dans son acception la plus stricte, jamais été présent dans l'histoire du droit civil[451], au moins depuis 1804. Il ne l'est pas plus dans le droit positif.

B. Une absence certaine en droit positif.

128. Absente ou presque des travaux de la doctrine classique l'autonomie de la volonté est également absente, en tant que principe juridique, du droit positif (1). Le contrat tire sa force obligatoire et sa validité, dans l'état du droit actuel, de son respect du Droit (2).

1. Absence de l'autonomie de la volonté comme principe juridique dans le droit positif.

129. Absence de l'autonomie de la volonté dans le Code civil – Le Code civil, on le relève parfois, ne consacre pas de manière expresse l'autonomie de la volonté. Il ne la consacre d'ailleurs pas plus implicitement.

130. Certains auteurs (sans adhérer à ces propos), ont relevé à juste titre que c'était *« un lieu commun d'enseigner que les rédacteurs du Code civil, ont en matière contractuelle consacré l'autonomie de la volonté »*[452/453]. Il semble pourtant que la chose soit moins évidente que

[451] En ce sens entre autres, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les Obligations, op. cit.*, n° 931, p. 1945 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Tome III, les obligations, le contrat, op. cit.,* n° 117 p. 96.

[452] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 19, p. 29.

[453] Pour quelques illustrations de ce lieu commun v. par exemple : M. ARMAND-PREVOST, D. RICHARD, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP* 1979, I, 2952, n° 1, *« La construction du Code civil repose sur le principe de l'autonomie de la volonté » ;* J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 169, p. 326, où l'auteur parle de l'article 1134 du Code civil, « *citadelle de l'autonomie de la volonté »* ; E. CLAUDEL, « Le droit civil des affaires. Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires, Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ? », *RTD com.*, 1999, p. 291, spéc. n° 3 *« On sait que le droit des contrats s'est construit, ou a été construit, autour du principe d'autonomie de la volonté »* ; J. DANIEL, « Le devoir de mise en garde du banquier », *LPA* 2008, n° 35, p. 5, spéc. n° 2, *« Les rédacteurs du Code civil consacrèrent en 1804 le principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle » ;* J. DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, n° 22, p. 47, *« Le Code Napoléon est largement imprégné de la philosophie libérale et individualiste. Les idées en cours se traduisent dans le droit des obligations par la liberté contractuelle et le grand principe de l'autonomie de la volonté » ;* F. FAVENNEC-HERY, « La date certaine des actes sous sein privé », *RTD civ.*, 1992, p.1,

cela. Les quatre auteurs du Code, comme le législateur napoléonien, n'ont vraisemblablement jamais eu cette volonté[454]. Il a été démontré que le législateur de l'époque post-révolutionnaire ne semblait pas empreint des conceptions philosophiques qui sont à la base de l'individualisme juridique et de l'autonomie de la volonté[455]. Les codificateurs ne partageaient pas l'optimisme quant à la nature humaine des philosophes individualistes. Ils ont été souvent guidés par des considérations très pragmatiques en partant du principe que les hommes sont *« égoïstes et froids pour les affaires d'autrui »*[456]. S'il en est ainsi pour les législateurs, il en va de même pour ce qui est des rédacteurs du Code civil.

131. On connait l'aversion de certains des auteurs du Code Napoléon pour les thèses Kantiennes. Celle-ci poussa même l'un d'entre eux à consacrer plusieurs pages[457] à la critique du philosophe allemand au motif que chez Kant *« tout est faux »*[458] pour la raison, qui trouve un écho particulier pour nous, que *« tout est absolu »*[459]. Ce rejet des thèses kantiennes ne suffit pas à lui seul à écarter le doute qui pourrait subsister quant à une éventuelle volonté des rédacteurs du Code civil de consacrer le principe de l'autonomie de la volonté. La paternité du philosophe à l'égard de l'autonomie de la volonté des juristes est en effet contestée. Il suffit alors pour achever de se convaincre de l'absence de volonté de Portalis et de ses co-auteurs de consacrer le principe de l'autonomie de la volonté, de relire la présentation faite par le jurisconsulte aixois le 23 février 1803 au corps législatif du Titre préliminaire du Code civil. Alors qu'il aborde les dispositions de l'article 6 du Code civil l'auteur provençal tient des propos dénués de toute ambiguïté : *« des jurisconsultes »,* dit-il, *« ont poussé le délire jusqu'à*

---

spéc. n° 4, *« le Code civil tentait de traduire dans des textes tels que les articles 1134 et 1165, le principe de l'autonomie de la volonté »* ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations, théorie générale,* Tome II, 9ème édition, Montchrestien, Coll. Leçons de droit civil, 1998, n° 116, p. 103, *« les rédacteurs du Code civil ont adopté le principe de l'autonomie de la volonté ».*

[454] En ce sens, entre autres, C. ATIAS, « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p. 137.

[455] En ce sens, v. le passionnant article de X. MARTIN, « De l'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Revue historique de droit français et étranger,* 1982, p. 589 ; également, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.,* n° 27, p. 32 et 33, Les rédacteurs du Code n'ont *« pas entièrement adhéré au postulat sur lequel repose l'autonomie de la volonté ».*

[456] A.-J. ABRIAL, alors ministre de la justice, cité par FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* Tome IX, Videcoq, p. 272.

[457] J.-E.-M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII*^{ème} *siècle,* 3ème édition, Tome I, Moutardier, Paris, 1834, v. en particulier, Chapitre VII, p. 183 et s.

[458] *Ibid.* p. 200.

[459] *Ibid.*

croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'on appelle l'état de nature et consentir tel contrat qui peut convenir à leurs intérêts comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi (...) Toutes ces dangereuses doctrines fondées sur des subtilités et éversives maximes fondamentales, doivent disparaître devant la sainteté des lois. Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger les conventions contre cette loi ce serait placer les volontés individuelles au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'État »[460]. Il est sans doute difficile d'être plus clair. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu consacrer le principe de l'autonomie de la volonté[461], ils l'ont même explicitement et sévèrement condamné.

132. Le codificateur n'ayant pas voulu consacrer le principe de l'autonomie de la volonté, ce dernier est logiquement absent du Code civil. Il serait vain de multiplier de trop nombreuses illustrations de cette affirmation cela ayant déjà été fait par d'autres[462]. Il *« suffit »*[463] de citer les articles 6 et 1134[464] du Code civil. En vertu du premier, *« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »* ; le second, dans son alinéa premier, dispose que *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »*. Là encore, autant que les affirmations de Portalis à la tribune du corps législatif, et bien que l'on ait souvent affirmé le contraire[465] sur la foi de la formule *« tiennent lieu de loi »*[466], une lecture *« même rapide »*[467] de ces dispositions condamne fermement toute tentative d'ériger en principe de droit positif l'autonomie de la

[460] J.-E.-M. PORTALIS, cité par P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome VI, *op. cit.*, 362.

[461] Sous l'aspect historique, v. HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, n° 14, p. 32.

[462] G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *op. cit.*, en particulier, p. 29 et s. n° 4 et s.

[463] L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA*, 1998, p. 676.

[464] Dans lequel *« nombre de civilistes voient la consécration du principe de l'autonomie de la volonté »*, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Kelsen et la théorie générale du contrat », *in, Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2001, p. 116.

[465] Par exemple E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *op. cit.*, p. 27 ; encore récemment, P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 11ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2010, n° 77, p. 60.

[466] Sur le sens de cette expression, v. J-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa premier du Code civil », *RTD civ.*, 2001, p. 265.

[467] En ce sens, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 28, p. 33.

volonté. Les articles 6 et 1134 du Code civil et le droit positif en général sont simplement « *incompatibles* »[468] avec cette thèse.

133. Aucune règle dans le Code civil ne consacre l'autonomie de la volonté. Il en est de même hors du droit civil. Si une consécration constitutionnelle de l'autonomie de la volonté a parfois été souhaitée, elle n'a jamais eu lieu.

134. Absence de l'autonomie de la volonté dans le droit constitutionnel – Le Conseil constitutionnel a bien un temps semblé reconnaître un principe de l'autonomie de la volonté dans quelques décisions[469]. Mais il fallait alors dans celles-ci entendre ce principe au sens de l'article 34 de la Constitution[470]. La seule conséquence de cette consécration est de faire entrer l'autonomie de la volonté dans la « compétence d'attribution » du législateur, c'est-à-dire dans le meilleur des cas de lui conférer valeur législative. Or, loin d'être une avancée pour les partisans d'une autonomie de la volonté ces décisions semblaient au contraire condamner toute conception souveraine de la volonté des parties. En effet, en donnant à l'autonomie une valeur législative, le juge constitutionnel confirme qu'il est possible d'y porter atteinte par un texte de même nature, c'est-à-dire, par la loi[471]. La reconnaissance de l'autonomie de la volonté au nombre des principes fondamentaux du droit des obligations au sens de l'article 34 de la Constitution est donc encore une fois, comme pour l'article 1134 du Code civil, ouvertement contradictoire avec le sens absolu de cette thèse[472].

135. Enfin, quant à la valeur constitutionnelle de l'autonomie de la volonté, la seule valeur juridique qui en mettant la volonté des parties hors d'atteinte de la loi pourrait permettre de s'approcher d'une conception entière de cette notion, elle a toujours été écartée par le juge constitutionnel qui a en 1997 clairement énoncé qu'il *« ne résulte ni de l'article 4 de la*

---

[468] C. ATIAS, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 2ème édition, PUAM, 2003, n° 18, p. 31 ; J. GHESTIN, « la notion de contrat », *précité*, p. 147.

[469] Décision n° 59-1 FNR, du 27 novembre 1959; Décision n° 61-3 FNR du 08 septembre 1961; Décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973.

[470] L'article 34 de la Constitution, qui détermine le domaine de la loi, précise que *« la loi, détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales »*.

[471] G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *précité*, n° 8, p. 34.

[472] Ce principe semble de toute façon avoir disparu de la jurisprudence du Conseil depuis 1973. Sur ce point, *Ibid*., n° 8, p. 35; le propos est confirmé par une recherche informatique des termes « autonomie de la volonté » sur le site internet du Conseil constitutionnel.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de l'autonomie de la volonté »[473]. L'autonomie de la volonté n'est donc pas un principe de droit positif ce que confirme, malgré quelques formules ambiguës, la doctrine contemporaine.

136. Absence de l'autonomie de la volonté dans les travaux de la doctrine contemporaine – La position de la doctrine contemporaine sur la question de l'autonomie de la volonté n'est pas claire. La lecture de plusieurs auteurs incite indéniablement à croire en l'existence, ou en la persistance, d'un principe de l'autonomie de la volonté en droit positif[474].

Carbonnier considère par exemple qu'en dépit des atteintes de plus en plus fréquentes subies, *« la doctrine de l'autonomie de la volonté conserve même aujourd'hui valeur de principe »*[475]. Messieurs Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck abondent également en ce sens et précisent que l'on doit *« maintenir le principe »*[476] de l'autonomie de la volonté, tout comme Monsieur Bénabent aux yeux duquel les atteintes portées *« n'ont jamais remis en cause sa fonction même de principe »*[477]. Monsieur Malinvaud et Madame Fenouillet affirment quant à eux que l'autonomie de la volonté reste *« la ligne directrice du droit des contrats »*[478] et voient dans cette doctrine *« un principe intangible »*[479]. Enfin, on pouvait encore lire récemment sous la plume de Monsieur Aynes une tirade ne laissant aucun doute sur la persistance dudit principe dans notre droit puisque cet auteur indiquait que *« l'on peut (…) lire l'article 1134 du*

[473] Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, loi créant les plans d'épargne retraite, considérant n° 48; M. FABRE-MAGNAN, « Les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté n'ont pas valeur constitutionnelle », *JCP G*, 1997, I, 4039; L. FAVOREU, « Constitutionnalité de la loi créant les plans d'épargne-retraite », *D.* 1999 p. 234.

[474] C. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 1 – L'impasse », *D.* 1999, p. 313 spéc. n° 2, *«pourrait-on en effet se passer du principe de non-rétroactivité des lois, (…) de la territorialité des lois de police, de la prohibition du déni de justice et des arrêts de règlement (…) du principe de l'autonomie de la volonté ? ».*

[475] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les Obligations, op. cit.*, n° 931, p. 1945.

[476] P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, v. la 3ème édition, Defrénois, Coll. Droit civil, 2004, n° 748, p. 372 ; Cependant, l'affirmation devient dans la dernière édition de l'ouvrage, *« le principe se maintient ».*

[477] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12ème édition, Montchrestien, Coll. Précis, Domat, 2010, n° 27 p. 22.

[478] Ligne qui est décrite par les auteurs comme *« tantôt droite, tantôt brisée, tantôt sinusoïdale », Droit des obligations, op. cit.*, n° 78, p. 61.

[479] *Ibid.* ; F. VIOLET, « Rupture de manière délibérée et de mauvaise foi de pourparlers », *JCP E* 2001, p. 423.

Code civil de la manière suivante : les conventions, pourvu qu'elles soient valablement formées, constituent la mesure des obligations respectives des parties. Nul besoin d'une loi étatique supérieure, ou d'un ordre objectif qui accepterait de leur déléguer une partie de son autorité. Bien au contraire, la loi contractuelle s'impose au respect de la loi, parce qu'elle procède d'une source supra-légale : le droit fondamental de l'homme à se gouverner par sa volonté »[480]. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que des auteurs utilisent dans leurs travaux le principe de l'autonomie de la volonté comme ils utiliseraient une disposition légale, c'est-à-dire comme le fondement d'une argumentation juridique, propre à justifier ou à s'opposer à telle ou telle autre réponse à un problème de droit donné[481].

137. Dans une large mesure les propos cités ne marquent pas l'adhésion de leurs auteurs à une conception absolue de l'autonomie de la volonté. Cette doctrine rejette le plus souvent

[480] L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », *précité*, p. 121 ; l'affirmation nous semble d'ailleurs recéler une contradiction.

[481] De manière arbitraire et non exhaustive v. par exemple : D. CHOLET, « La novation de contrat », *RTD civ* 2006, p.467, spé. n° 21, *«La novation de contrat repose sur les principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle »* ; E.-S. DE LA MARNIERE, « Clause pénale : indemnité forfaitaire, dédit et pouvoir du juge de modérer ou augmenter », *D.* 1990, p. 392 *« L'art. 1152 c. civ., al. 2, (...) donne au juge la faculté, même d'office, de modérer ou d'augmenter « la peine convenue » si elle est manifestement excessive, ou dérisoire. Ce qui est une atteinte considérable au principe fondamental de l'autonomie de la volonté »* ; L. EYRIGNAC, « Étendue de l'action estimatoire et déséquilibre entre les prestations contractuelles », *D.* 2006, p. 1216, *« la lésion ne constitue pas une cause générale de rescision des conventions parce qu'elle serait contraire au principe d'autonomie de la volonté »* ; M.-O. GAIN, « Le droit de préemption de la Safer et les ventes indivisibles », *JCP N* 2002, p. 1396, spéc., n° 3 *« quel qu'il soit, le droit de préemption, par nature, vient neutraliser le principe de l'autonomie de la volonté »* (le « neutraliser » nous paraissant ici particulièrement révélateur de la croyance en la positivité du principe) ; P.-A. GIRARD, J.-P. PROHASZKA, « La protection de l'acquéreur immobilier au regard de la situation hypothécaire », *JCP N.*, 2003, p. 1320, spéc. n°16, *« En vertu du principe de l'autonomie de la volonté les cocontractants pourront décider de retarder la date du transfert de propriété »* ; J.-M. JUDE, « Le règlement par carte bancaire et par chèque : unité ou dualité ? (au juriste de lire les cartes), *D.* 2003, p. 2675, spéc. note de bas de page n° 17, *« Il est possible d'admettre qu'en vertu du principe de l'autonomie de la volonté les parties puissent aménager le mandat et prévoir un tel recours »* ; N. MARTIAL-BRAZ, « Fausse note dans la symphonie de l'assurance-vie : quand la Cour de cassation joue le désaccord à l'égard du législateur sur les conséquences de l'acceptation du bénéficiaire » *LPA*, 2008, n° 98, p. 13, spéc. n° 3 *« La Cour de cassation ne fait donc en l'espèce qu'une stricte application du principe de l'autonomie de la volonté »* ; F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois*, 1993, n°2, p. 65, spéc. n° 2 *«La validité de principe de la clause résolutoire de plein droit est fondée sur le principe d'autonomie de la volonté »* ; S. PIQUET, « L'indivisibilité des contrats », *D.* 1996, p. 141, spéc. n° 7, *« L'indivisibilité subjective, application du principe de l'autonomie de volonté, est fondée sur la recherche de l'intention des parties »* ; F. POLLAUD-DULIAN, « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ* 2001, p. 492 *« Mais on peut aussi bien fonder cette solution sur le respect du principe d'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle »* ; F. RIZZO, « Le principe de l'intangibilité des engagements des associés », *RTD com* 2000, p. 27, spéc. n° 17 *« le fondement de la validité de la clause d'exclusion réside dans le principe de l'autonomie de la volonté »* l'auteur évoque d'ailleurs un peu plus loin, le *« principe de l'autonomie de la volonté dont les dispositions de l'article 1836, alinéa 2 du Code civil fournissent une illustration propre au droit des sociétés ».*

cette conception du principe[482] pour admettre que la volonté n'est pas pleinement souveraine[483] et ne s'épanouit, au contraire, *« que dans le cadre des lois qui la règlementent »*[484]. Sur ce point, ces auteurs rejoignent ce qui est indéniablement l'opinion majoritaire[485] qui condamne la thèse de l'autonomie de la volonté dans son acception la plus pure.

138. Monsieur Savatier reconnaît que dans la pratique la liberté des parties *« n'a jamais été complète»*[486] ; Monsieur Sériaux affirme nettement que l'on ne peut « *s'obliger à tout et n'importe quoi »*[487] ; Messieurs Flour Aubert et Savaux, énoncent que *« l'autonomie de la volonté dans son sens originel ne peut expliquer le système classique du contrat »*[488]. Plus radicaux encore, beaucoup d'auteurs se rangent à ce qui s'apparente, sur ce point, à une vision normativiste du contrat. Entre autres[489], Madame Fabre-Magnan pour laquelle l'autonomie de la volonté *« n'est pas un principe juridique de droit positif »*[490] ajoute encore que c'est *« le Droit qui décide, qui pose, que les contrats sont obligatoires*[491]. Elle rejoint ainsi d'autres auteurs tel Messieurs Terré Simler et Lequette, qui écrivent dans leur précis de droit des obligations que *« la force obligatoire ne vient pas de la promesse mais de la valeur que le Droit attribue à la promesse, cette valeur procédant d'une norme extérieure. Le contrat*

[482] P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, 2004, n° 748, p. 340 « *on doit maintenir le principe, tout en soulignant que la puissance de la volonté n'est pas absolue »* et la dernière édition de l'ouvrage, où les auteurs admettent que *« cette analyse n'est plus admise », Droit civil, Les obligations*, 4ème édition, Defrénois, Coll. Droit civil, 2009, n° 748, p. 367. C'est à cette édition que nous ferons référence dans les développements suivants, sauf précision contraire.

[483] P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit,* n° 79, p. 61.

[484] *Ibid.*

[485] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, Tome I, Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, p. 59, *« La doctrine semble aujourd'hui s'accorder pour rejeter la thèse de l'autonomie de la volonté ».*

[486] R. SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique, op. cit.,* 1979, n° 103, p. 143.

[487] A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 1992, n° 8, p. 27, L'auteur ne consacre plus dans la dernière édition de développements à l'autonomie de la volonté.

[488] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Doit civil, Les obligations, Tome I, L'acte juridique, op. cit.,* n° 110, p. 90.

[489] V. bien entendu Monsieur G. ROUHETTE, *Thèse précitée,* en particulier, n° 224, p. 636.

[490] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, Tome I, Contrat et engagement unilatéral, op. cit.,* p. 59.

[491] M. FABRE-MAGNAN, « Les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté n'ont pas valeur constitutionnelle », *JCP G.* 1997, I, 4039, n° 8.

n'engage donc vraiment que pris par un ordre juridique »[492]. Cette conception est encore partagée par Messieurs Starck, Roland et Boyer qui, là encore de manière assez nette, affirment que *« les contrats ne peuvent exister, se développer, que dans le cadre légal, celui du Droit objectif »*[493]. Madame Porchy-Simon dans le même esprit assure que *« la force obligatoire du contrat ne vient donc pas de la volonté elle-même, mais de la force que la loi accorde à cette volonté »*[494] et que, si autonomie il y a, elle doit être entendue dans un sens plus édulcoré comme une *« volonté déléguée par la loi et non une volonté parfaitement autonome »*[495]. La plupart de ces opinions semblent pouvoir se résumer dans la formule des professeurs Weill et Terré selon lesquels le contrat est *« un accord de plusieurs personnes pour se soumettre à une règle de Droit objectif »*[496]. L'autonomie de la volonté n'est donc pas, aux yeux de la doctrine contractualiste, un principe de droit positif. Chacun s'accorde sur ce point. Certains auteurs considèrent, au-delà, que ce principe est une utopie[497], *«périmée»*[498], *«dépassée»*[499], incapable de *« rendre compte de la réalité du droit des contrats »*[500], *« révélatrice des erreurs qui menacent, à chaque pas, le savoir juridique »*[501], dont la formulation traditionnelle est à la *« fois excessive et illusoire »*[502] et dont on peut finalement *« faire abstraction dans l'étude de la notion de contrat »*[503].

---

[492] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 28, p. 33, Nous soulignons.

[493] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 20, p. 8.

[494] PORCHY-SIMON S., *Droit civil, 2ème année, Les obligations*, 6ème édition, Dalloz, Coll. HyperCours, 2010, n° 67, p. 30.

[495] *Ibid.*

[496] A. WEILL, F. TERRE, *op. cit.*, n° 64, p. 62.

[497] D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, n°1, p. 295, n° 2.

[498] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Tome I, L'acte juridique*, *op. cit*., n° 95, p. 81 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 23, p. 8 v. en ce sens également, M. ARMAND-PREVOST, D. RICHARD, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *précité*, n° 1.

[499] R. SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique, op. cit*., 1979, n° 111, p. 155.

[500] J-P. CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC*, 2003, n° 1, p. 32 ; v. Également, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, , n° 110, p. 90.

[501] C. ATIAS, *Le contentieux contractuel*, *op. cit*., n° 16, p. 24.

[502] L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *précité*, p. 677.

[503] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit*., n° 110, p. 90.

139. Certes, l'autonomie de la volonté demeure présente dans le langage juridique, mais elle n'a alors plus le même sens que celui que l'on pouvait lui attribuer hier. La notion ne survit qu'en raison d'une double ambiguïté.

La première, souvent relevée[504], réside dans l'amalgame entre l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle. Les exemples de confusion sont légion[505] et ne peuvent qu'entretenir la croyance qu'il existe un véritable principe juridique dit de l'autonomie de la volonté[506/507].

La seconde, plus grave du point de vue qui est le nôtre, se manifeste à propos du débat sur le fondement de la force obligatoire du contrat. L'autonomie de la volonté est alors placée sur le même plan que les théories fondant la force obligatoire du contrat sur la loi, ce qui nous semble être une erreur. La réponse empruntée à Kelsen du fondement de la force obligatoire du contrat ne peut pas être comparée aux autres. Kelsen répond à une seule question qui est la suivante : Pourquoi le contrat a-t-il juridiquement force obligatoire[508] ? La réponse à cette question est connue. Le contrat a juridiquement force obligatoire parce que l'ordre juridique, dans notre droit positif l'article 1134 du Code civil, enjoint aux parties de remplir leurs engagements contractuels. Ensuite, peut se poser une seconde question : pourquoi les législateurs de manière générale consacrent-ils dans la quasi-totalité des systèmes juridiques

[504] J. GHESTIN, *La formation du contrat, op. cit.*, n° 186, p. 167.

[505] DEMOGUE déjà, après avoir affirmé que le principe de l'autonomie de la volonté est l'un des principes les *«plus importants du droit civil »* citait quelques exemples des conséquences de l'autonomie de la volonté hors du droit des obligations puis précisait qu'à ce principe se rattachait en matière d'obligations *« la liberté des conventions...»* (*Les notions fondamentales du droit privé, essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911, p. 147). CARBONNIER parle de l'autonomie de la volonté que l'on connait *« sous le nom plus courant de liberté contractuelle »* (*Droit civil, Les biens, les Obligations, op. cit.*,n° 931, p. 1945) confondant ainsi sciemment les deux notions à l'instar de Messieurs FLOUR, AUBERT et SAVAUX qui définissent l'autonomie de la volonté comme *« la faculté laissée aux sujets d'organiser leurs échanges comme ils l'entendent dans les limites fixées par le Droit objectif »* c'est-à-dire leur liberté contractuelle (n° 110, p. 90). Monsieur SÉRIAUX qui écrit que *« l'autonomie de la volonté n'est donc qu'une autre manière de dire: liberté contractuelle »*, adopte la même démarche (*Droit des obligations*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1992, n° 8, p. 28. La phrase a disparu des éditions suivantes), tout comme Messieurs MAZEAUD et CHABAS écrivent à propos de notre principe *« l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire la liberté du contractant », (op. cit.*, n° 28, p. 22). Les auteurs assimilent encore les deux notions en concluant une partie intitulée « l'autonomie de la volonté » par ces mots : « *la liberté de contracter a reçu de nombreuses atteintes (…) Celle-ci demeure la règle chaque fois qu'elle ne nuit pas à l'ordre public »* (n° 127, p. 116).

[506] J-P. CHAZAL, « L'autonomie de la volonté et la libre recherche scientifique », *RDC*, n° 3, 2004, p. 621.

[507] S'il n'existe pas de principe de l'autonomie de la volonté, il existe en revanche en droit positif un principe de liberté contractuelle.

[508] H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, n° 13 p. 47.

la force obligatoire des contrats ? Pourquoi, d'un point de vue extra-juridique, le contrat a-t-il force obligatoire ? On peut trouver à cette question plusieurs réponses. On peut considérer que les conventions doivent être exécutées par leurs auteurs parce qu'elles sont utiles et justes[509] ou parce qu'il faut protéger les attentes légitimes des contractants[510], condition nécessaire à la bonne marche de notre société[511]. On peut encore donner à cette question une réponse fondée sur une approche volontariste du contrat. Mais il est impératif de distinguer les deux plans et de ne pas faire une confusion que dénonçait Kelsen dès 1940 dans les archives de philosophie du droit entre *« le point de vue de la théorie juridique et celui de la politique juridique »*[512]. Or, mettre en concurrence le fondement positiviste de la force obligatoire du contrat avec l'autonomie de la volonté, c'est accréditer la thèse selon laquelle l'autonomie de la volonté est une solution possible à un problème juridique, alors qu'en réalité cette théorie n'est qu'une réponse à une interrogation idéologique[513/514]. Elle n'est d'ailleurs qu'une réponse parmi

[509] J. GHESTIN, qui considère que le contrat est obligatoire *« parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste »*, « La notion de contrat » *D.* 1990, p. 149; v. également, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, ch. p. 1.

[510] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 59 et s.

[511] *Ibid.*, p. 62.

[512] H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *précité*, n° 13, p. 48 ; On perçoit d'ailleurs aisément qu'il y a une confusion entre deux niveaux de discussion en constatant que ces thèses ne sont pas exclusives l'une de l'autre. En effet, La théorie de Monsieur GHESTIN par exemple n'est en rien incompatible avec la théorie défendue par HANS KELSEN à laquelle Monsieur GHESTIN adhère explicitement (v. « La notion de contrat », *précité*, p. 149, et en part. Le passage suivant où l'auteur écrit : *« À partir des observations de Kelsen on peut dire que le contrat tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner. On peut ajouter également que le législateur, conformément au Droit objectif qui le dépasse, ne sanctionne le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste »).* On peut de la même manière considérer que le législateur sanctionne la promesse contractuelle « *parce que quelqu'un a légitimement cru qu'elle serait tenue* », croyance qui doit être protégée par la société sans quoi cette dernière ne serait sans doute pas viable, M. FABRE-MAGNAN, *JCP G*, 1997, I, 4039, n° 8 et *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 60 et s.

[513] En ce sens, C. ATIAS, « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p. 137, n°7, qui écrit que l'autonomie de la volonté est aujourd'hui *« ce que la Doctrine du Droit voulait qu'elle fût, un postulat extérieur au droit »* ; M. FABRE-MAGNAN, « Les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté n'ont pas valeur constitutionnelle », *JCP G*, 1997, I, 4039, n° 6; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 96, p. 81, pour lesquels *« l'autonomie de la volonté exprime une doctrine de philosophie juridique » ;* G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, *Les obligations*, 2ème édition, Tome 1, *Les sources*, Sirey, 1988, n° 43, p. 38, *« Quant à savoir si la volonté est autonome, il s'agit d'une question de philosophie du droit, liée à la querelle du Droit objectif et des droits subjectifs sur la quelle on peut se dispenser de prendre parti dès l'instant que les solutions du Droit positif sont claires »* ; H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *précité*, n° 13, p. 48 ; Pour une conclusion identique en droit public, où l'auteur remarque au terme de ses développements que *« l'autonomie de la volonté se présente moins comme un principe normatif que doté d'une fonction rhétorique et qu'il convient d'admettre que lorsqu'une discipline juridique manifeste un choix délibéré d'en prendre une autre comme source d'inspiration alors que rien ne l'y oblige, le recours à cet emprunt satisfait moins une nécessité de la technique juridique que certaines préoccupations idéologiques »*, v. S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA* 2007, p. 609 ; A. SIRI, « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat, de 1804 à l'heure présente », *précité*, n° 19, p. 1367, *« il s'agit bien là d'une position idéologique et non d'une loi scientifique »*.

d'autres, *« ni plus ni moins respectable qu'une autre »*[515], qui doit être soigneusement distinguée du droit positif[516] et ne doit pas être utilisée dans le raisonnement juridique[517/518]. Si le contrat a force obligatoire c'est bien parce que la loi, et plus généralement le Droit objectif, l'impose. Le droit positif ne laisse pas place au doute à cet égard.

2. Le Droit. Fondement juridique de la force obligatoire du contrat[519].

140. Le Droit. Fondement de la force juridique de la convention – Les ambiguïtés sur les rôles respectifs de chaque notion ayant été levées, seule demeure la question initiale. La convention est-elle intégrée à l'ordre juridique ? La réponse ne fait pas mystère, nous l'avons à plusieurs reprises annoncée. La convention est intégrée à l'ordre juridique. Les explications seront brèves tant la question (une fois l'autonomie de la volonté remise à la place qui est la sienne) fait l'unanimité en doctrine.

141. Les dispositions de l'article 1134 du Code civil suffisent à démontrer la juridicité de la norme conventionnelle. *« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »* dispose cet article qui contient dans une formule efficace tous les éléments de réponse à notre question. Il n'est *« guère contestable »*[520] que ce qui fait des conventions qu'elles sont obligatoires, ce qui fait de ces conventions qu'elles doivent être respectées, c'est qu'elles sont légalement formées. Autrement dit, elles sont fondées, elles sont en cela

---

[514] Le degré de liberté concédé peut donc varier. Il peut-être extrêmement vaste dans un régime économique libéral ou plus réduit voire anéanti dans un régime communiste I. PELIKANOVA., « Le droit privé dans les ex-pays communistes », *D.* 2007, p. 1408.

[515] J-P. CHAZAL, « L'autonomie de la volonté et la libre recherche scientifique », *précité*, p. 621.

[516] *Ibid.*

[517] C. ATIAS, « Restaurer le droit du contrat », *précité*, n°7.

[518] Cette différence entre deux conceptions de l'autonomie de la volonté s'illustre à merveille dans la démarche suivie par Monsieur Sériaux qui, alors qu'il rejette clairement toute conception autonomiste du contrat au sens de principe juridique, plaide en revanche pour que cette philosophie inspire plus largement le droit positif et appelle de ses vœux une *« véritable politique de l'autonomie de la volonté », précité*, n° 8.

[519] *Contra*, bien qu'adoptant une analyse normativiste du contrat, R. LEVACHER, *Thèse précitée*, p. 336 et s. L'auteur écarte cette thèse, moins fermement cependant que celle de l'autonomie de la volonté, et estime que le contrat tire sa force obligatoire « *de sa fonction de règle de Droit » « le Droit étant par essence contraignant »*, en particulier, n° 396, p. 340.

[520] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 62, « *il n'est guère contestable que la force obligatoire du contrat découle du système juridique et en dernier ressort de l'État qui est garant du système* ».

intégrées à l'ordre juridique[521]. La convention est obligatoire *« dans la mesure où l'ordre juridique la considère comme un état de fait créateur de Droit »*[522]. Cette analyse est sans aucun doute celle qui décrit *« le plus exactement la réalité contemporaine du droit positif »*[523]. Certes, les contractants ont une liberté réelle en matière de conventions, certes cette liberté est présente dans la plupart des systèmes juridiques, mais elle est toujours concédée par la loi qui conserve *« la position dominante »*[524] en habilitant les contractants à créer du Droit. Les parties n'ont qu'une liberté soumise à la loi, ce qui peut être considéré comme le contraire même de l'autonomie[525]. Si le contrat est obligatoire, s'il est valable, c'est parce que[526], et à la condition, qu'il respecte les règles légales. C'est parce qu'il est intégré à un ordre juridique *« en l'absence duquel la parole vaudrait comme simple engagement moral »*[527]. Intégré à l'ordre juridique, il est une norme éthique juridique[528], autrement dit, une règle de Droit objectif[529].

---

[521] En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « Les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté n'ont pas valeur constitutionnelle », *précité*, n° 8 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 20, p. 8 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 28, p. 33.

[522] H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *précité*, p. 47.

[523] J. GHESTIN, *La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 190, p. 171.

[524] A. WEILL, F. TERRE, *op. cit.*, n° 59, p. 57.

[525] En ce sens J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Tome I, L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 110, p. 90.

[526] La chose serait d'ailleurs historiquement consubstantielle à la notion même du contrat dans le Code civil. Cette notion définie à l'article 1101 du Code civil en référence à « l'obligation », n'est autre que la traduction des *Institutes* de Justinien (sur ce point v. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Coll. Corpus, 2007, p. 174). Or, les *Institutes* définissaient l'obligation comme *« le lien de droit par lequel nous sommes enchaînés, en raison de la nécessité qu'il y a, selon notre droit civil, de payer quelque chose »* (citées par D. DEROUSSIN, *Ibid*., p. 14, qui ajoute qu'en droit romain, *« l'obligation n'a d'existence et de signification que relativement à l'ordre juridique de la cité »*, p. 15).

[527] P. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 83 et 84.

[528] Nous tenons sur ce point à apporter une dernière précision sur la portée de notre conclusion. La loi est, en droit positif, le fondement de la force obligatoire des conventions. Voilà tout ce que nous souhaitions démontrer. Rien de plus. Nous sommes bien entendu conscients (convaincus même), que d'un point de vue historique, le contrat a sans doute préexisté à la loi ou, au moins, il a sans doute été efficient avant sa reconnaissance par une norme d'un système juridique. Comme le relève un auteur, pour poser le principe du respect de la parole donnée *« il fallait d'abord que la notion de contrat ait elle-même vu le jour »* (A. SUPIOT, « La relativité du contrat en question. Conclusion générale », *précité*, p. 202). Cela étant, comme l'écrit Monsieur de Béchillon, *«ce primat historico-sociologique ne fait rien à l'affaire au regard du Droit étatique (…) ce qui était là avant relevait peut-être du « Droit », mais seulement dans le cadre d'une autre définition de la juridicité, antérieure à celle qu'impose la forme moderne de l'État »*, (« Sur la conception française de la hiérarchie des normes, Anatomie d'une représentation », *précité*, p. 110 et 111).

[529] V. Sur ce point la remarque de Monsieur J. HAUSER qui admet cette conclusion dans la formule alambiquée suivante. *« Il semble que l'inclusion de la norme conventionnelle dans l'ordonnancement juridique ne soit pas l'aspect le moins solide de la théorie »* kelsénienne, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ,

*

* *

142. Conclusion du chapitre second – Ce second chapitre nous a permis de démontrer que la convention pouvait être une norme juridique qui peut donc trouver sa place dans une hiérarchie de normes juridiques.

143. Un obstacle important se dressant sur la voie de la reconnaissance de la convention comme une règle de Droit a été levé en démontrant que la généralité n'était pas une qualité de ce type de règles. Les fondements philosophiques de cette primauté sont friables. Certains de ceux que l'on présente comme étant les apôtres de la généralité de la loi n'en ont certainement jamais fait l'apologie, et l'assimilation entre le Droit et la loi qui devrait être une règle générale ne repose plus aujourd'hui sur rien. Le Droit ne se résume plus, loin s'en faut, à la loi. Quant aux facteurs idéologiques qui ont contribué à exiger à une époque une loi générale, ils sont aujourd'hui largement dépassés. Les exemples de normes, et de lois en particulier, ayant une dimension personnelle se multiplient. Aucun élément ne peut faire obstacle à l'existence de normes individuelles. D'un point de vue logique, les normes individuelles ont la même aptitude à prescrire ce qui doit être que des normes générales. D'un point de vue juridique, rien n'impose que les règles de Droit soient impersonnelles, le Conseil constitutionnel l'a expressément admis.

144. Les développements sur ce point ont pu paraître longs, ils ont pu sembler s'éloigner parfois de l'essentiel. Cette richesse nous semblait indispensable sur plusieurs points. D'abord, suivant les conseils d'Hauriou déjà rapportés, nous ne pouvions *« qu'accorder beaucoup d'importance »* à ce point qui a été cru pendant si longtemps et qui, surtout, l'est toujours très majoritairement par la doctrine contemporaine. La prégnance de la généralité de la règle de Droit est encore telle que réfuter cette idée ne pouvait se faire que de la manière la plus exhaustive possible. Cela s'imposait d'autant que cette idée de généralité omniprésente dans la doctrine se présentait comme un obstacle quasi-rédhibitoire à la reconnaissance de la qualité de règle de Droit à la convention, cette dernière étant par nature individuelle.

L'obstacle a été levé. Il nous semble avoir démontré que cette thèse aux fondements, historiques, philosophiques et politiques très friables, n'avait aucune consistance en droit

---

op. cit. n° 47 p. 61.

positif. Elle ne s'impose ni d'un point de vue théorique, ni d'un point de vue pragmatique.

145. Tout obstacle à la possibilité de considérer une règle particulière comme une règle de Droit étant levé, il restait à démontrer que cette règle particulière revêtait la qualité transformant une norme éthique en norme juridique, l'intégration de cette règle à un ordre juridique. Faire cette démonstration supposait de lever cette fois-ci ce qui ressemble finalement plus à un malentendu qu'à un véritable obstacle, la place de l'autonomie de la volonté dans le droit positif. Là encore, les développements consacrés à cette tâche ont pu paraître trop généreux. Là encore, ces développements nous paraissaient essentiels tant les références au « principe de l'autonomie de la volonté » sont communes, tant est répandue l'idée que l'autonomie de la volonté est un principe juridique sur lequel il est possible de fonder un raisonnement juridique[530]. Un tel principe, qui implique de considérer que la convention tire sa force obligatoire de la seule volonté des parties, le contrat faisant alors « face » à la loi, n'existe pas en droit positif. La doctrine, comme le Code civil et le Conseil constitutionnel, s'accordent pour nier à l'autonomie de la volonté le rôle d'un véritable principe juridique. Cette conclusion n'est d'ailleurs, nous l'avons vu, sans doute pas propre au droit positif. L'existence de cette thèse dans la doctrine classique, pourtant empreinte d'individualisme juridique, est plus que douteuse. Au fond, si l'autonomie de la volonté trouve encore droit de cité dans la littérature juridique contemporaine, ce qui est une source indéniable d'une confusion qui justifie à elle seule les développements que nous avons consacrés à la question, c'est en tant que synonyme de la liberté contractuelle, ou comme doctrine philosophique ou politique. C'est en aucun cas en tant que principe de droit positif. En dépit de quelques formules parfois confuses, la doctrine semble presque unanime sur ce point.

L'autonomie de la volonté n'existe donc pas en droit positif et n'a vraisemblablement jamais existé, même dans les travaux de la doctrine classique. Cette condamnation de la théorie de l'autonomie de la volonté emporte nécessairement la consécration de la théorie fondant la force obligatoire du contrat sur son intégration à un ordre juridique (« à la pyramide des normes », comme l'on dit parfois). Il n'y a à nos yeux aucune autre alternative. L'autonomie est ou elle n'est pas. L'idée d'une autonomie limitée par quelques dispositions d'ordre public est, à nos yeux, intenable en ce qu'elle recèle une grave contradiction. Un

[530] En ce sens, J-P. CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *op. cit,*, p.32, qui relève que « *l'autonomie de la volonté est toujours proclamée comme principe* » .

pouvoir subordonné, ne serait-ce que faiblement, est antinomique avec toute idée d'autonomie. Les conventions tirent juridiquement leur force obligatoire de leur soumission au Droit, c'est-à-dire, de leur intégration à l'ordre juridique. Elles peuvent donc, puisque nous avons établi qu'elles étaient des normes, être qualifiées de normes juridiques.

*

* *

146. Conclusion du titre premier – La convention est une norme juridique.

147. Cet acte est avant tout une norme qui, comme beaucoup d'autres normes, scientifiques, morales, religieuses, pose un modèle. La norme juridique se distingue des normes scientifiques en ce que ces dernières ont pour objet de décrire « ce qui est » ou « ce qui sera nécessairement ». La norme juridique, elle, est un modèle à suivre ce qui en fait une norme directive. Plus précisément encore, elle est une norme éthique. En cela, elle se distingue d'autres normes directives, les normes techniques qui, élaborées en fonction d'un savoir décrivent ce qu'il « faut faire » pour parvenir à un certain résultat. La norme éthique pose elle un modèle de « ce qui doit être ». Elle peut alors avoir pour objet d'interdire, d'autoriser, d'habiliter ou de permettre. Assurément la convention correspond à cette définition de la norme éthique. Elle pose, par le biais de son contenu obligationnel ou non obligationnel, un modèle, plus ou moins direct, de ce que doit être un comportement. Elle peut avoir les mêmes objets que les normes éthiques, habiliter, obliger, permettre, autoriser.

148. La convention est donc bien une norme, elle est également une norme juridique.

Son caractère concret ne peut suffire à faire obstacle à ce qu'on la considère comme une règle de Droit. Fruit d'une assimilation entre le Droit et la loi, qui elle devrait être générale, l'idée de généralité du Droit vole aujourd'hui en éclats. Les fondements philosophiques de la généralité de la loi sont douteux, son but, l'égalité des citoyens, n'est plus nécessairement atteint par l'égalité des droits. À côté de cela, l'assimilation de la loi au Droit n'est plus soutenable de nos jours. Les sources du Droit se multiplient et la plupart d'entre elles perdent de plus en plus leur caractère de généralité pour embrasser un nombre d'hypothèses, de sujets, de plus en plus précis. Les règles de Droit sont même de plus en plus souvent individuelles. Aucune règle en droit positif ne fait d'ailleurs obstacle à cette évolution. Dans ces conditions, tout pousse à considérer que la généralité n'est pas une qualité de la règle de Droit, ce qui ouvre la porte à ce que l'on puisse admettre la juridicité de la convention.

Pour cela, pour faire passer la convention au statut de norme juridique, il fallait démontrer que cet acte est intégré à l'ordre juridique (autrement dit, qu'il est valable parce qu'il est produit en conformité avec les règles du Droit objectif). Le principe de l'autonomie de la volonté, qui a pour conséquence d'appréhender le contrat comme un acte autonome à

l'égard du Droit objectif, faisant face à la loi, aurait pu conduire à exclure le contrat de l'ordre juridique. Cela étant, et en dépit de quelques opinions contraires dont on trouve toujours des traces dans la doctrine contemporaine, ce principe n'a aucune valeur en droit positif. Les rédacteurs du Code civil l'ont expressément condamné et l'on ne trouve aucune traduction ni légale ni constitutionnelle de ce principe, dans le Code civil ou ailleurs. L'autonomie de la volonté est une doctrine philosophique, ou politique, dont les promoteurs sont encore nombreux mais il n'est en revanche pas un principe juridique qui exclurait la convention de l'ordre juridique. Une grande majorité de la doctrine contemporaine s'accorde sur ce point, le contrat est valable dans la mesure où il est produit conformément aux exigences du Droit.

La convention est donc une norme, une norme intégrée à l'ordre juridique, elle est donc une norme juridique.

*

* *

149. Admettre que le contrat est une norme juridique, c'est-à-dire un acte créateur de Droit, permet d'envisager que cet acte puisse déterminer les conditions de validité d'un autre acte de même nature. Le contrat est une norme juridique, il y a donc tout lieu de penser qu'il *« fonctionne de la même manière »*[531] que toutes les autres normes. Dès lors, puisque *« L'État moderne hiérarchise toutes les règles de son Droit »*[532], les conventions doivent bien pouvoir se hiérarchiser entre elles. D'un point de vue technique si le contrat est une norme il a inévitablement un « effet normatif » (une force obligatoire[533]) qui peut dépasser, comme l'a démontré Monsieur Ancel, le cadre de la création d'obligations. Le contrat produit en effet nombre d'effets obligatoires non obligationnels : il transfère des droits, éteint des droits, crée des droits ou des situations juridiques nouvelles[534]. Il peut également, puisque ces actes sont soumis au Droit, et qu'il est un élément du Droit, conditionner la validité d'autres conventions. Le droit positif en apporte la preuve.

[531] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précité*, n° 7, p. 775.

[532] D. DE BECHILLON, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes, Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, 1994, 32, p. 109.

[533] P. ANCEL, *Ibid.*, n° 5, p. 774.

[534] *Ibid*., n° 13.

TITRE SECOND – LA RÉALITÉ DES RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS.

150. En droit positif, la question de la « hiérarchie des normes » évoque instinctivement les rapports entre la loi et la Constitution. C'est en effet essentiellement à l'occasion de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958[535] que la notion a émergé[536]. En censurant un article de loi au visa de l'une des dispositions du bloc de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel fait du respect de cette disposition une condition de validité de la loi. De la même manière, en frappant d'invalidité un acte juridique conventionnel parce qu'il viole une ou plusieurs stipulations d'une autre convention, la loi ou le juge érigent le respect des stipulations de cette dernière convention en condition de la validité d'un acte juridique conventionnel. Le respect de la convention est alors incontestablement un élément auquel est subordonné la validité de l'acte juridique. Pour conclure sur ce point, si le respect des stipulations d'une convention est une condition de la validité d'un autre acte de même nature, on peut alors affirmer qu'il y a un rapport hiérarchique entre deux conventions. Reste donc à répondre à la question suivante : Le droit positif instaure-t-il des rapports de cette nature entre plusieurs conventions ?

151. Répondre à cette question impose au préalable de déterminer avec précision le critère hiérarchique que nous devons retenir. Nous l'avons déjà indiqué, la hiérarchie est dans le sens que nous avons retenu synonyme de rapport de validité. Cette notion de validité mérite un certain nombre de précisions lorsqu'on la rapporte à l'objet de notre étude. Il nous faudra donc déterminer ce que nous entendrons par « validité d'une convention ». Ce sera l'objet de développements préliminaires (CHAPITRE PRÉLIMINAIRE).

152. Une fois les termes du débat solidement posés, nous pourrons apporter à l'interrogation formulée une réponse clairement positive. Comme la Constitution sert de règle de référence pour déterminer si la loi est ou non valable, comme le Code civil sert de

[535] Et du véritable contrôle de constitutionnalité qu'elle instituait

[536] M. MONIN, « 1989, Réflexions à l'occasion d'un anniversaire : Trente ans de hiérarchie des normes »., *D.* 1990, p. 27

référence pour juger de la validité d'un contrat ou de tout autre acte juridique[537], certaines stipulations conventionnelles servent également de référence pour juger de la validité ou non d'autres règles de même nature. Le « droit civil » regorge de situations dans lesquelles la validité d'une convention est subordonnée au respect d'une autre convention, autrement dit, d'illustrations de l'existence de rapports hiérarchiques entre normes conventionnelles.

153. La preuve en sera apportée par l'étude de quelques rapports conventionnels loin d'être exhaustifs et loin d'être inconnus. Nous ne prétendrons pas dans cette démarche faire de grandes révélations sur les règles de droit positif. La plupart des situations exposées et des solutions retenues sont connues. Nous voudrions en revanche éclairer sous un angle nouveau des phénomènes classiques, les appréhender en termes de « hiérarchie des normes », de manière à démontrer qu'à contre-courant de l'indifférence, voire des réticences, que manifeste souvent la doctrine à l'égard de la question, les conventions peuvent entretenir des rapports hiérarchiques. Notre modeste ambition sera de démontrer que l'on peut véritablement parler de « hiérarchie des normes » en matière conventionnelle. Elle sera également de souligner que loin d'être nouveau, résiduel, ou exceptionnel ce phénomène est ancien, fréquent, commun.

[537] Ce parallèle appelle d'ailleurs une précision. L'idée selon laquelle la hiérarchie des normes est un rapport linéaire c'est-à-dire que chaque norme n'est hiérarchiquement supérieure et inférieure qu'à une seule et unique norme trouve un certain écho en doctrine, elle est même selon certains majoritaire (O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *RFDC*, 1997, p. 482). Si tel était le cas, l'idée de hiérarchie entre deux conventions serait exclue dans la mesure où il est acquis que les principales conditions de validité des conventions, la capacité, le consentement, la cause et l'objet sont justement déterminées à l'article 1108 du Code civil. La loi serait donc la seule norme directement supérieure au contrat. L'affirmation n'a bien entendu aucun fondement. La hiérarchie des normes ne constitue pas *« un rapport linéaire et trivialement pyramidal »* (*Ibid*., p. 488 et 489) puisqu'une famille de normes ne trouve pas nécessairement sa validité dans la famille de normes immédiatement supérieure et réciproquement une famille de normes peut déterminer la validité de plusieurs familles inférieures. Autrement dit, une norme peut avoir plusieurs normes qui lui sont hiérarchiquement supérieures. L'observation du droit positif accrédite incontestablement cette thèse. Il est indiscutable que la Constitution de la V^{ème} République détermine les conditions de validité de la loi, mais également celles du règlement par le biais notamment de l'article 37 qui détermine ce qui est du domaine du règlement. Or, si en ce qui concerne le pouvoir règlementaire autonome, « *une première lecture de la Constitution de 1958 pouvait laisser supposer que le pouvoir réglementaire autonome ne serait pas soumis au respect de la loi puisqu'il intervenait dans des domaines où, précisément, le législateur n'était pas compétent* » (V. TCHEN, *J.-Cl. Administratif*, v° *Domaines de la loi et du règlement*, fasc. n° 106 n° 142) il n'en est rien. Le pouvoir règlementaire doit assurément *« dans l'exercice de ses attributions respecter (...) les dispositions des lois applicables »* (CE, sect., 15 juin 1959, *Syndicat des ingénieurs conseils*, *Rec. CE*, 1959, p. 394) sous peine d'entacher d'illégalité la mesure édictée. On le voit, deux normes au moins déterminent les conditions de validité des règlements de l'article 37 de la Constitution. Il y a donc deux normes hiérarchiquement supérieures à ce type de règle. La validité des conventions collectives de travail est également soumise au respect de deux catégories de normes. Outre celles prévues aux articles L. 2231-1 et suivants du Code du travail, la convention collective doit encore respecter la Constitution, en particulier l'article 7 du préambule de 1946 en vertu duquel *« le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent »*. À défaut, la convention (ou la clause) contraire est nulle ou inopposable (v. sur ces derniers points B. MATHIEU, « Une convention collective ne peut réglementer le droit de grève : encore un progrès dans l'application de la Constitution par le juge social », Note sous Soc. 7 juin 1995 *D.* 1996, p. 75). Là encore, une norme voit ses conditions de validité déterminées par deux catégories de normes.

Le choix sera donc fait de ne retenir qu'un panel restreint de rapports conventionnels, tous relativement connus, tous relativement anciens, tous relevant plus ou moins, du droit civil ou droit commun. Il ne s'agit pas de démontrer que quelques conventions « hyper » spécialisées se comportent comme des normes de constitution à l'égard d'autres contrats. Il s'agit de démontrer que l'étude de « grands » contrats, des situations classiques et très variées, révèle la présence inattendue de rapports hiérarchiques entre conventions (CHAPITRE PREMIER). Paradoxalement, la hiérarchie apparaît là où on ne l'attend pas toujours. En revanche, il nous sera impossible de ne pas noter que dans l'une des rares situations dans laquelle l'articulation entre plusieurs conventions est appréhendée en des termes hiérarchiques, des rapports de cette nature ne semblent pas s'établir (CHAPITRE SECOND).

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – DÉFINITION DE LA « VALIDITÉ » D'UNE CONVENTION.

CHAPITRE PREMIER – LA PRÉSENCE INATTENDUE DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS.

CHAPITRE SECOND – L'ABSENCE INATTENDUE DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS DE TRAVAIL.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – DÉFINITION DE LA « VALIDITÉ » D'UNE CONVENTION.

154. Une norme est hiérarchiquement supérieure à une autre si elle en détermine les conditions de validité. En termes conventionnels, cela signifie qu'une convention est supérieure à une autre si la violation de l'une des conditions fixées par la convention supérieure entraine la non-validité de la convention inférieure. De toutes les « sanctions » pouvant frapper un contrat, seules nous semblent devoir être étudiées celles qui sanctionnent un vice contemporain de la formation du contrat. La hiérarchie est en effet un « rapport de production ». C'est donc seulement aux sanctions qui assurent le respect des règles de production des contrats que nous devons nous consacrer. Pour ces raisons la caducité[538], la résolution[539], ou la résiliation, qui toutes ont en commun d'être des causes d'extinction des conventions réputées valablement formées, ne nous semblent pas devoir retenir notre attention. En revanche deux sanctions frappant un vice contemporain de la formation du contrat doivent être étudiées. La nullité (§1) mais également l'inopposabilité (§2).

§1. La nullité est une absence de validité.

155. Pour certains auteurs parler de norme juridique valide relève du pléonasme. Une norme juridique est valide ou elle n'est pas. En matière conventionnelle, si une convention n'est pas valide, si elle n'est pas, elle est nulle. L'article 1108 du Code civil qui détermine quatre conditions de validité des conventions frappe d'ailleurs le non respect de ces conditions par la nullité. Cette sanction est sans aucun doute en matière conventionnelle la forme la plus évidente de l'invalidité. La doctrine assimile d'ailleurs invalidité d'un acte juridique et nullité de cet acte de manière naturelle[540]. Comme le remarquent certains **«** *chaque annulation*

[538] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Tome I, l'acte juridique*, *op. cit.*, La caducité *« concerne un contrat régulièrement conclu »*, n° 322, p. 297 ; v. cependant, rattachant la caducité à la question de la formation du contrat, l'article 89 des propositions de réforme du droit des contrats, *in*, F. TERRE (direction), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009, en particulier la contribution de D. HOUTCIEFF, n° 30 et 31, p. 236 et 237.

[539] *Ibid.*

[540] Voir par exemple A. JEAMMAUD, « La règle de Droit comme modèle », *D.* 1990, p. 200, n° 3 qui écrit « *tel acte privé demeure-t-il valide ou a-t-il été annulé ? »* ; v. Encore sur ce point, M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, n° 3, p. 679, qui parle de *« La validité, reflet inversé de la nullité ».*

témoigne, en quelque sorte, de l'infériorité de la norme censurée et la supériorité de la norme de référence »[541]. Il y a donc sans aucun doute un lien hiérarchique entre deux conventions lorsque le non respect d'une condition exigée par une norme de cette nature entraine la nullité (sans doute devrions-nous plutôt parler d'annulabilité[542]) d'une autre norme de la même nature. Cette notion de nullité doit s'entendre ici comme couvrant aussi bien celle de nullité relative que de nullité absolue cette distinction n'ayant aucune incidence sur la question qui nous occupe.

156. L'acte nul n'est assurément pas valable. La question ne pose aucun problème. Les certitudes s'estompent en revanche à propos d'une autre sanction, l'inopposabilité.

§2. L'inopposabilité est une absence de validité.

157. L'inopposabilité, dont on empruntera la définition à Bastian (*« l'inefficacité au regard des tiers d'un droit né par suite de la passation*[543] *d'un acte juridique »*[544]), est-elle une preuve de la non validité d'un acte juridique? C'est à cette question qu'il nous revient impérativement de répondre. Les rares auteurs qui l'abordent ne font que l'évoquer et semblent partagés sur la réponse à y apporter. L'inopposabilité est tantôt définie comme une sanction due à « *la circonstance que l'acte manque de l'une des conditions de son intégration à l'ordre juridique »*[545], tantôt comme une sanction qui est retenue *« pour certaines raisons indépendantes de [la] validité »*[546] d'un acte juridique. Nous expliquerons brièvement

[541] M. MONIN, « 1989 : Réflexions à l'occasion d'un anniversaire : 30 ans de hiérarchie des normes », *D.* 1990, p. 30 et 31.

[542] O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat,* (préface P. ANCEL) PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 1999, qui démontre que l'acte n'est jamais nul automatiquement. L'acte est seulement annulable, l'intervention du juge étant presque toujours (sauf l'hypothèse des nullités conventionnelles) indispensable pour prononcer cette sanction. V. sur ce point le Titre premier de la première partie de la thèse de l'auteur, n° 26 et s. p. 41 et s. ; Dans le même sens déjà, H. KELSEN,« Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, 1990, p. 22 *« Dans un système de droit positif, il n'y a pas de nullité absolue. Il n'est pas possible de qualifier un acte qui se présente lui-même comme un acte juridique de nul* a priori. *Seule est possible l'annulation d'un tel acte ; l'acte n'est pas nul il est seulement annulable (...) l'acte doit juridiquement exister s'il veut faire l'objet d'un jugement par une autorité » ;* v. encore, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 272.

[543] « *…ou par suite de la nullité* » précise t-il encore. Cette hypothèse ne nous intéressera pas ici.

[544] D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Thèse Paris, Sirey, 1929, p. 3.

[545] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, précité*, p. 494. N'étant pas intégré à l'ordre juridique il ne serait donc pas valable.

[546] A. WEIL, F. TERRE, *op. cit.*, n° 288, p. 299; en ce sens également, D. BASTIAN, *op. cit.*, p. 11.

pourquoi il nous semble que cette sanction « *quand on va au fond des choses apparaît (...) comme une simple variété de nullité »*[547]. Pour ce faire, nous soulignerons que nullité et inopposabilité ne sont pas, contrairement à une opinion souvent défendue, des sanctions de nature différente. À l'instar de René Japiot, nous croyons que la différence entre les deux sanctions évoquées *« affecte simplement l'étendue de l'inefficacité, plutôt que sa nature »*[548/549]. Les causes (A) comme les effets (B) de la nullité et de l'inopposabilité ont sans doute plus de points communs que de dissemblances.

A. Identité de la cause de la sanction avec la nullité.

158. Nullité et inopposabilité sont parfois présentées comme deux sanctions se distinguant d'abord sur le plan de leurs causes[550]. Alors que « *la nullité sanctionne l'irrespect des conditions légales auxquelles est soumise la formation d'un acte juridique (...) l'inopposabilité affecte[rait] un acte régulier qui porte un préjudice illégitime à un tiers (...)* »[551]. Les causes de la nullité et de l'inopposabilité seraient donc différentes, la nature de ces deux sanctions également. Il nous semble au contraire qu'aucune différence significative n'existe au stade de l'origine des deux sanctions. Les points communs entre les deux notions sur le terrain de leurs causes, comme les critères trop peu pertinents qui permettent aujourd'hui de délimiter le champ d'application assigné à chacune d'elles, plaident pour un rapprochement entre nullité et inopposabilité.

1. Identité chronologique de la cause de la sanction.

159. Sanction d'une imperfection contemporaine de la formation du contrat – Nullité et inopposabilité ont en commun le fait d'être des sanctions frappant un acte qui est dans tous

[547] R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques,* Thèse Dijon, 1909, p. 15.

[548] *Ibid.* p. 15.

[549] *Contra*, D. BASTIAN, *op. cit.*, p. 351 et s. *« C'est tout d'abord par leur nature que les deux institutions se séparent nettement »* ; P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 101, 1969, n° 14, p. 15 *« L'inopposabilité n'est pas une nullité partielle »*.

[550] P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK , *op. cit.*, n° 669, p. 334.

[551] *Ibid*. p. 334 et 335 ; Dans le même sens, P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 382, p. 296.

les cas un acte irrégulier[552]. Mais plus que cela, nous l'avons souligné, ce qui est sanctionné dans les deux hypothèses envisagées ici, c'est *« une imperfection contemporaine à la formation du contrat »*[553]. La nullité est en effet présentée comme un *« vice originaire de l'acte »*[554]. L'inopposabilité est, elle, une *« inefficacité originaire »*[555]. C'est parce qu'il existe une irrégularité à la base que nullité et inopposabilité sont prononcées.

On pourrait alors opposer à cette identité chronologique une différence du champ d'application de chacune des sanctions pour les distinguer. Or, les principaux critères retenus pour opérer une distinction entre nullité et inopposabilité, s'ils ont le mérite de la simplicité et de la pédagogie, doivent être vivement remis en cause dans la mesure où ils apparaissent comme étant peu rigoureux et ne rendant pas compte de la réalité.

2. L'absence de critère distinctif quant à la cause de la sanction.

160. Le critère auquel il est classiquement recouru pour distinguer nullité et inopposabilité ne nous paraît pas satisfaisant. Il n'est pas rigoureux d'un point de vue théorique (a), il n'est pas convainquant sur le plan pratique (b).

a. D'un point de vue théorique.

161. D'un point de vue théorique d'abord, il semble qu'il soit assez difficile de tracer une frontière entre nullité et inopposabilité. Une idée très répandue veut que la nullité sanctionne l'inobservation d'une des *« conditions de formation »*[556] ou *« de validité »*[557] du contrat, quand l'autre sanction envisagée ici viendrait frapper *« le non respect d'une règle qui a pour seul*

[552] M. FALAISE, « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre inopposabilité et nullité)», *LPA*, 1997, n° 103, p. 5, n° 1.

[553] R. JAPIOT, *Thèse précitée*, p. 14 ; En ce sens également, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Tome I, l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 322, p. 297 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 82, p. 101 ; A. WEILL et F. TERRE, *op. cit.*, n° 288, p. 299.

[554] R. JAPIOT, *Thèse précitée*, p. 14.

[555] *Ibid.* p. 25.

[556] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 82, p. 100 ; M. FALAISE, *précité*, n° 3 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 382, p. 296.

[557] A. WEILL, F. TERRE, *op. cit.*, n° 285, p. 298; Dans ce sens également, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome I, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 440 ; M. FALAISE, *Ibid.*

objet la protection des tiers »[558].

162. La nullité sanctionnerait donc un défaut des conditions de formation ou de validité du contrat, l'inopposabilité une atteinte aux droits des tiers. Ce critère de distinction nous semble cependant être très incertain et *« la distinction entre les deux sanctions n'est en réalité pas aussi simple qu'il y paraît »*[559]. En effet, les deux définitions respectives de la cause des sanctions ici évoquées n'apparaissent pas comme étant exclusives l'une de l'autre. Cela s'explique par le fait que le champ d'application de chaque sanction est défini par le recours à un critère différent. Alors que la définition de la nullité évoque le critère d'une « condition de formation » ou de « validité » de l'acte, la définition de l'inopposabilité évoque le critère de la violation d'une règle ayant pour objet la protection d'un tiers. Ces deux critères ont le défaut d'être…deux (sans être exclusifs l'un de l'autre). Or, deux catégories juridiques « hermétiques » ne peuvent être tracées qu'à la condition de reposer sur un même critère ou sur plusieurs exclusifs les uns des autres[560]. Si l'on en revient aux sanctions qui nous préoccupent, deux critères différents sont retenus ce qui ne permet pas de garantir l'hermétisme de chaque catégorie. Cela se vérifie en pratique.

163. Il est possible du fait de la dualité de critères évoquée, d'imaginer que les conditions de formation d'un acte, ou conditions de « validité », trouvent leur raison d'être dans la protection des tiers. L'article 1589-2 du Code civil, anciennement article 1840 A du Code général des impôts, en est une illustration. Ce texte impose sous peine de nullité[561] la publication des promesses unilatérales de vente. La publication[562] est donc une véritable condition de

---

[558] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 82, p. 101; M. FABRE-MAGNAN, *Ibid.* ; M. FALAISE, *Ibid. ;* P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK , *op. cit.*, n° 669, p. 334 et 335, *« par ses causes la nullité sanctionne l'irrespect des conditions légales auxquelles est soumise la formation d'un acte juridique. L'inopposabilité affecte un acte irrégulier qui porte un préjudice illégitime à un tiers ».*

[559] M. FALAISE, *Ibid.*

[560] M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique,* PUF, Coll. Thémis Droit privé, 2001, p. 30. *« Le partage [d'un jeu de cartes] en « rois », « rouges » et « noirs » n'est pas un classement, car si toutes les cartes peuvent être placées dans une catégorie, certaines d'entre elles appartiennent à deux « catégories » à la fois (par exemple le roi de cœur) »*, aussi écrit l'auteur, *« à un niveau donné d'une division, ou d'une subdivision de l'univers, le principe de division permettant de séparer les objets doit être le même ».*

[561] Civ. 3, 2 juin 1993, *Bull. Civ. III*, n° 80, *« L'omission de cette formalité rend la promesse, frappée de nullité, insusceptible d'être établie par quelque mode de preuve que ce soit ».*

[562] Les règles de publicité sont d'ailleurs souvent présentées par la doctrine comme des formalités dont l'inobservation conduit à rendre l'acte juridique inopposable v. P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *op. cit*, n° 383 p. 296 « *L'inopposabilité sanctionne au profit des tiers le défaut de publicité de certains actes ou renseignements ».*

formation ou de validité de cet acte juridique. Or, la seule finalité de la publication n'est-elle pas de préserver l'administration fiscale, tiers au contrat, contre le risque de fraude fiscale par dissimulation du prix[563]?

De la même manière, un acte peut être nul alors qu'aucune « condition de formation » n'a été violée mais que seul l'intérêt des tiers a été atteint. La nullité frappe par exemple l'acte conclu en violation d'une stipulation d'inaliénabilité alors que *« la sanction devrait être l'inopposabilité puisque aucune condition de formation de l'acte prohibé ne fait défaut »*[564]. C'est aussi le cas de l'article 595[565] du Code civil qui impose à l'usufruitier d'obtenir le consentement du nu-propriétaire pour consentir certains types de baux, qui est sanctionné par une nullité qui peut être invoquée par le nu-propriétaire avant même la fin de l'usufruit[566]. La nullité frappe donc encore une règle instituée dans l'intérêt d'un tiers à la convention. Les exemples pourraient être multipliés[567].

164. Les deux champs d'application des peines étudiées ne sont donc pas exclusifs les uns des autres. À moins de considérer qu'est une condition de formation ou de validité une condition dont la violation entraîne la nullité de l'acte (on pourrait alors stigmatiser le caractère circulaire de la définition), il faut bien admettre que la ligne de partage actuelle n'est pas satisfaisante. La pratique le démontre avec éclat.

b. D'un point de vue pratique.

165. D'un point de vue pratique – En pratique, le flou qui règne quant à la définition des causes de la nullité et de l'inopposabilité se manifeste de deux manières différentes au moins.

166. D'abord, force est de constater que souvent les deux termes sont employés l'un à la

[563] P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Contrats spéciaux,* v. la 14ème édition, Cujas, 2001, n° 115, p. 104.

[564] R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA*, 2000, n° 233, p. 11, n° 17.

[565] Dont l'alinéa 4 dispose *« L'usufruitier ne peut, sans le concours du nu-propriétaire, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal ».*

[566] Civ. 3, 26 janvier 1972, *Bull. Civ. III,* n° 69, p. 50, *D.* 1975, *Juris.*, p. 22, Note J. PENNEAU.

[567] La violation du pacte de préférence entraine parfois la nullité de la vente faite en violation du pacte à un tiers. Or, la vente annulée porte atteinte aux droits du bénéficiaire du pacte qui est un tiers à l'acte de vente. L'avant-projet « CATALA » retient d'ailleurs à l'article 1106-1 l'inopposabilité comme sanction dans cette situation (à la différence du dernier projet « chancellerie » connu…).

place de l'autre[568]. Les exemples sont légion, il suffit d'en donner quelques-uns pour s'en faire une idée. René Japiot relevait déjà au début du siècle cette situation[569] et évoquait entre autres exemples que *« par suite d'une confusion (...) on dit parfois qu'un contrat entaché de dol (...) n'est pas opposable à la partie trompée »*[570]. La sanction adéquate est bien entendu la nullité de la convention. En copropriété, alors que la jurisprudence semble admettre la nullité du bail conclu en violation des dispositions du règlement de copropriété, certains auteurs précisent que cette nullité laisse survivre le bail entre le bailleur et le locataire[571]. Dans cette hypothèse, et bien que l'on parle de nullité, c'est l'inopposabilité qui est la sanction retenue. Enfin, le législateur n'échappe pas à la confusion. Dans l'hypothèse où des créanciers ont accepté pour leur débiteur une succession à laquelle ce dernier avait refusé à leur préjudice, l'ancien article 788 du Code civil disposait que *« dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances : elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé »*[572]. Là encore, sous couvert de nullité, c'est d'inopposabilité qu'il s'agissait[573]. Les exemples pourraient encore être multipliés.

167. Enfin, il est fréquent qu'un acte irrégulier soit sanctionné d'abord par l'une des sanctions envisagées ici, puis pas une autre[574].

Il en va ainsi en procédures collectives quant à la sanction des actes accomplis pendant la période suspecte. La nullité, sanction historiquement retenue dès l'époque romaine et par le Code de commerce de 1807[575], a été transformée par un décret du 20 mai 1955 en inopposabilité (sanction conservée dans la loi du 13 juillet 1967), avant que la loi du 25

[568] D. BASTIAN, *op. cit.*, p. 2; P. SIMLER *op. cit.*, n° 14, p. 14.

[569] R. JAPIOT, *Thèse précitée*, p. 25.

[570] *Ibid.*

[571] C. ATIAS, *Rép. Dr. Imm., Dalloz, v°- Copropriété des immeubles bâtis*, n° 621.

[572] Ces dispositions déplacées par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, à l'article 779 du Code civil ont été modifiées et il est désormais énoncé que : *« L'acceptation n'a lieu qu'en faveur de ces créanciers et jusqu'à concurrence de leurs créances. Elle ne produit pas d'autre effet à l'égard de l'héritier ».*

[573] F. TERRE, SIMLER F., Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, v. la 9ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2005, n° 1157, p. 1106.

[574] M. FALAISE, *précité*, n° 7.

[575] C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÈRIÉ-BON, *J-Cl., Procédures collectives*, v° Redressement et liquidation judiciaires, Nullités de droit et nullités facultatives, fasc. 2502, n° 2 et 3.

janvier 1985 ne réintroduise à nouveau la nullité[576] comme sanction des actes accomplis frauduleusement.

La sanction des dispositions de l'article 1861 du Code civil[577] appelle les mêmes remarques. Face à la violation d'une disposition statutaire soumettant une cession de parts sociales à un agrément des associés (lorsque les statuts ont rétabli, par exemple, l'exigence d'un agrément en cas de cession à un ascendant ou descendant du cédant), la jurisprudence hésite sur la sanction à adopter. Elle *« oscille »*[578] entre nullité[579] et inopposabilité[580]. En matière de violation d'un pacte de préférence, nous avons déjà dit que c'est cette fois-ci la doctrine qui oscille actuellement entre nullité et inopposabilité[581].

168. Pour conclure, comme le résume parfaitement un auteur, *« on ne peut établir une définition de ces sanctions à partir de leurs seules sources, dans la mesure où il règne en la matière une incohérence qui se traduit par l'application d'une nullité ou d'une inopposabilité sans qu'aucun critère ne vienne justifier l'une plutôt que l'autre »*[582]. Les causes de la nullité et de l'inopposabilité que l'on distingue souvent, ne semblent pas pouvoir l'être sur la base des critères classiquement retenus. Reste alors à étudier les effets de ces sanctions qui sont unanimement présentés comme la principale différence entre nullité et inopposabilité. Là encore cependant, la différence est mince.

---

[576] L'article L. 621-107. I du Code de commerce énonce aujourd'hui que : *« Sont **nuls**, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis la date de la cessation des paiements, les actes suivant »* avant d'énoncer la liste des actes frappés de cette sanction.

[577] *« Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés.*
Les statuts peuvent toutefois convenir que cet agrément sera obtenu à une majorité qu'ils déterminent, ou qu'il peut être accordé par les gérants. Ils peuvent aussi dispenser d'agrément les cessions consenties à des associés ou au conjoint de l'un d'eux. Sauf dispositions contraires des statuts, ne sont pas soumises à agrément les cessions consenties à des ascendants ou descendants du cédant ».

[578] H. LECUYER, note sous, CA Paris, sect. A, 6 déc. 2005, no 04/22426, *Consorts S. c/ SCI Val Thorens et autres, BJS*, 01 avril 2006, n° 4, p. 521.

[579] Civ. 3, 19 juillet 2000, *Bull. Civ.* III, n° 151 p. 104, *Rev. Sociétés*, 2000, p. 737, Note J.-F. BARBIERI.

[580] CA Paris, sect. A, 6 déc. 2005, *précité.*

[581] Sur ce point, v. *supra*, n° 163.

[582] M. FALAISE, *précité*, n° 6.

B. Quasi-identité de l'effet de la sanction.

169. Une différence mince – Si la limite entre les deux peines envisagées est parfois difficile à tracer sur le plan des causes de chacune d'elles, chacun s'accorde à reconnaître une différence entre les effets de celles-ci[583]. Alors que la nullité emporte la disparition rétroactive de l'acte avec effets à l'égard de tous, l'inopposabilité ne prive l'acte de ses effets qu'à l'égard des tiers demandeurs à l'action[584]. Si cette différence est incontestable, elle ne doit pas être exagérée.

D'abord, l'inopposabilité n'est pas une moindre sanction alors que la nullité serait une sanction plus grave. Dans bien des cas, l'inopposabilité sera *« beaucoup plus dangereuse que la nullité relative »*[585], dans la mesure où elle est ouverte à un nombre de personnes plus important[586]. Ensuite, elle peut s'avérer plus lourde encore que toutes les formes de nullité dans la mesure où elle tient les auteurs de l'acte à la fois des conséquences de l'existence de la convention entre eux, et de sa nullité envers les tiers[587].

Ensuite, au niveau des effets précis de l'inopposabilité, là encore, la différence est à relativiser. Du point de vue de l'auteur de la demande « *l'effet produit [est] identique puisque* [l'inopposabilité] *se traduira par une inefficacité de l'acte à son égard »*[588]. Il y aura pour le demandeur un retour au *statu quo ante*[589]. Si certains parlent « *d'inexistence relative »*[590], on peut encore voir dans cette sanction une nullité « relative »[591] ou encore, selon la séduisante

[583] D. BASTIAN, *op. cit.*, p. 355; M. FALAISE, *précité*, n° 27; R. JAPIOT, *Thèse précitée*, p. 33; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK , *op. cit.*, n° 669, p. 334 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 82, p. 101.

[584] M. FALAISE, *précité*, n° 27.

[585] D. BASTIAN, *op. cit.*, p. 353.

[586] *Ibid.*

[587] M. FALAISE, *précité*, n° 2.

[588] *Ibid.* n° 30.

[589] *Ibid.*

[590] S. SANA-CHAILLE DE NERE, *J.-Cl., Civil Code*, art 1304 à 1314, v° Contrats et obligations, Nullité ou rescision des conventions, fasc. 10, n° 31.

[591] Relative au sens des personnes vis-à-vis desquelles elle produit ses effets.

formule du professeur Simler, une *« nullité distributive »*[592]. La confusion fréquente que nous avons évoquée entre inopposabilité et nullité, s'explique d'ailleurs sans doute en partie par le fait que ces deux sanctions ont parfois des effets similaires.

Si pour les tiers la situation revient en pratique au même, ce peut être le cas également pour les parties. Comme le signalait là encore Japiot en son temps, si une hypothèque était consentie par un commerçant à l'un de ses créanciers pendant la période suspecte, celle-ci était déclarée inopposable. Si l'immeuble était alors vendu purgé de toute hypothèque il ne restait *« rien de plus (...) de l'acte constitutif d'hypothèque (...) au point de vue pratique que si l'acte eut été entièrement nul : c'est que la valeur de cet acte consiste précisément en ceci que ses effets doivent être opposables aux créanciers »*[593]. Japiot soulignait ainsi très justement que l'efficacité d'un acte ne se résume pas à son effet entre les parties, cette efficacité se confond parfois avec la production d'effets à l'égard des tiers[594].

170. L'inopposabilité est une invalidité de l'acte – Au terme des ces brefs développements, qui mériteraient à n'en pas douter d'être considérablement approfondis, il nous semble fictif de chercher à distinguer nullité et inopposabilité. S'il n'est pas question ici de contester une différence évidente au niveau des effets des deux sanctions, du point de vue de leurs champs d'application respectifs, il nous semble que l'opportunité de l'une ou de l'autre des sanctions est souvent le seul critère qui justifie que l'on réserve les effets de la peine aux parties, ou que l'on fasse le choix de les étendre aux tiers. Comme l'ont très bien écrit Japiot puis Bastian, *« la nullité* (à laquelle le premier assimile l'inopposabilité) *est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation et au milieu dans lequel elle intervient »*[595] et ce n'est donc *« qu'à la dernière extrémité que l'on doit se résigner à déclarer une volonté absolument inefficace et à la considérer en droit comme absolument inexistante »*[596]. Au fond, comme nous l'avons déjà dit, nullité et inopposabilité sont des peines de même nature qui sanctionnent une irrégularité dans le processus de formation d'un

[592] P. SIMLER, *op. cit.,* n° 14, p. 13, par la suite l'auteur précise cependant qu'il n'assimile pas les deux notions de nullité et d'inopposabilité.

[593] R. JAPIOT, *Thèse précitée,* p. 33.

[594] M. MEKKI « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* 2010, n° 1, p. 349.

[595] *Ibid.* p. 13.

[596] D. BASTIAN, *op. cit.,* p. 355.

acte. Dès lors, nous considèrerons par la suite que l'acte inopposable est un acte non-valide. Même si l'acte est partiellement valide, il est également partiellement non-valide[597].

171. Cette précision étant apportée, l'existence de relations hiérarchiques entre conventions peut être recherchée.

[597] *Contra*, considérant que l'inopposabilité n'est pas une sanction de la formation du contrat, D. HOUTCIEFF **«** La sanction des règles de formation du contrat », *in, Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 223.

CHAPITRE PREMIER – LA PRÉSENCE INATTENDUE DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS.

172. L'objet du présent chapitre sera donc, comme nous l'avons annoncé, de mettre en relief l'existence et l'importance du phénomène hiérarchique entre normes conventionnelles. Pour ce faire, nous adopterons pour l'étude de chaque rapport conventionnel une même méthode. Nous proposerons dans chaque « contrat spécial » étudié, d'identifier (sans être exhaustif), quelques stipulations « purement contractuelles »[598] en référence desquelles la licéité d'une autre convention peut être jugée. Après avoir identifié ces « stipulations références », nous rechercherons si la sanction à laquelle donne lieu leur violation atteint la validité de la convention irrégulièrement conclue. Si tel est le cas, si la stipulation référence conditionne la validité de l'acte soumis, il sera alors possible de conclure à l'existence d'un rapport hiérarchique entre conventions.

173. Dans cette démarche, le regard sera initialement porté vers un type de rapports conventionnels dans lequel il n'est sans doute, à la réflexion, pas véritablement si surprenant que cela de voir surgir une « hiérarchie des normes » entre plusieurs actes. Monsieur Didier a dégagé, à côté de celles consacrées par le Code civil ou imaginées par la suite par la doctrine, une nouvelle opposition entre deux catégories de contrats. À la catégorie des « contrats échange », qui correspondrait à la figure classique du contrat, serait opposée une catégorie nouvelle, les « contrats organisation »[599]. Les premières, au nombre desquelles l'on compte la vente ou le bail ont, selon l'auteur de cette distinction, pour objet *« une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve dans les mains de B et le bien de B entre les mains de*

[598]Puisque l'on considère parfois que tout n'est pas contractuel dans le contrat (E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, Coll. Quadrige, 2ème édition, 1991, p. 189), nous choisirons presque toujours pour souligner la supériorité de stipulations conventionnelles sur d'autres conventions, des clauses sur lesquelles les parties exercent une influence réelle.

[599] Sur cette distinction v. P. DIDIER, « Le consentement sans l'échange : Contrat de société », *RJ com*, novembre 1995, p. 74 et s., dans lequel l'auteur pose une ébauche de la distinction et, surtout, « Brèves notes sur le contrat organisation », *in, L'avenir du Droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 635 ; v. également la sévère critique de cette distinction faite par Monsieur SEUBE, qui juge la distinction à la fois artificielle et archaïque, « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », *Journal des Sociétés*, avril 2008, p. 38.

A »[600]. Ce type de convention établit un jeu à somme nulle entre les parties où chacun se dépouille de ce que l'autre gagne. À l'inverse, les « conventions organisation » que sont pour l'auteur la société, l'association, la copropriété, la communauté conjugale ou encore l'indivision, instaurent une collaboration entre les deux parties qui se traduit par la mise en commun de biens appartenant à chacun. Les intérêts des parties sont alors convergents. Cette catégorie de conventions se singularise encore par le fait qu'elle n'est qu'un moyen d'exercer une activité (associative, familiale, professionnelle *etc.*) *« qui se traduit en fait par la conclusion de nombreux contrats-échange »*[601], ce qui implique souvent la mise en place d'organes destinés à assurer la réalisation de l'activité[602]. De par leur fonction organisationnelle, les conventions de ce type ont donc une tendance naturelle à s'imposer, notamment, à d'autres actes conventionnels, en conséquence de quoi, assez logiquement, nombre des structures hiérarchiques entre deux conventions reposent sur un « contrat organisation » (SECTION I). L'institution d'une structure hiérarchique conventionnelle, de manière sans doute plus surprenante, ne tient cependant pas pour autant à l'objet particulier de ces conventions. Le droit positif démontre effectivement que des « conventions échange » peuvent, à l'instar des conventions précédemment citées, déterminer les conditions de validité d'autres actes conventionnels (SECTION II).

SECTION I – LES HIÉRARCHIES FONDÉES SUR UNE « CONVENTION ORGANISATION ».

174. Nous aurions pu choisir de nombreuses conventions permettant d'illustrer l'hypothèse où des « conventions organisation » se comportent comme une convention supérieure à une autre. L'association en serait un excellent exemple en ce que les statuts déterminent dans une large mesure les conditions de formation d'autres actes juridiques conventionnels[603]. L'indivision aurait également sans doute été un objet d'étude très instructif. L'étude de trois actes particuliers semblait cependant s'imposer. La société d'abord, qui est l'un des « trois

[600] P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », *précité,* p. 636.

[601] Sur tous ces points, v. *Ibid.*

[602] *Ibid.,* p. 638.

[603] Des développements à ce sujet seraient sans doute trop répétitifs avec ceux que nous accorderons, plus tard, au mandat et aux statuts de la société.

géants retors » du Code civil[604], à la base de l'activité économique et au centre d'un réseau perpétuel et quotidien de conventions[605], dont l'organisation est si souvent comparée avec l'organisation d'une société démocratique ne pouvait être éludée (§1). À côté de ce contrat, le règlement de copropriété présentait également un attrait évident. « Convention organisation » au même titre que les statuts d'une société ou d'une association, la copropriété présente la particularité de règlementer essentiellement le droit de propriété, droit dont on sait que le Code civil le proclame absolu et plus encore. L'interaction entre conventions aménageant ce droit fondamental et la problématique de leurs éventuelles relations hiérarchiques justifiait que l'on se penche sur cette hypothèse (§2). Enfin, la convention matrimoniale, acte d'une infinie richesse, qui définit à la fois la titularité des droits des époux sur leurs biens et les pouvoirs respectifs de chacun sur les différentes masses de biens nous semblait également s'imposer (§3).

§1. Les statuts de sociétés.

175. Société et hiérarchie ne sont pas deux termes étrangers l'un à l'autre. La *« société [dit-on] est une organisation hiérarchique »*[606], dont les statuts seraient la *« Constitution »*[607] ou *« l'ordre normatif »*[608]. Cette image ne nous semble pas galvaudée puisque les statuts d'une société énoncent des stipulations qui s'imposent à bien d'autres actes de nature conventionnelle ou non. *« Placés par la loi au sommet de la pyramide constituée de toutes les conventions élaborées au sein d'une société, le contenu de tous les autres actes leur est subordonné »*[609]. Ainsi, le règlement intérieur d'une société, acte unilatéral[610], est

[604] J. CARBONNIER, « Variation sur les petits contrats », *in*, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème édition, LGDJ, 2001, p. 339.

[605] La société étant comme l'ont écrit certains *« un nœud de contrat »*, A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance », *précité*, p. 163.

[606] Y. CHAPUT, *Rép. Dr. Société*., *Dalloz*, v° *Objet social*, n° 45 ; Certains auteurs évoquent même un *« principe de hiérarchie des normes sociétaires »*, J.-M. MOUSSERON (Direction), *Technique contractuelle*, 3ème édition, 2005, éditions Francis Lefebvre, n° 127, p. 74.

[607] Y. CHAPUT, « La liberté et les statuts », *Rev. Société*, 1989, p. 362 et 365 ; P. LE CANNU, « Le règlement intérieur des sociétés », *BJS*, 1986, n° 7-8, p. 723, n° 2.

[608] H. KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 177.

[609] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 32, p. 27.

[610] Cet acte est présenté par certains comme une convention (J.-P. STORCK, « La validité des conventions extra-statutaires », *D.* 1989, Ch., p. 267) par d'autres comme un acte unilatéral (P. LE CANNU, « Le règlement intérieur des sociétés », *précité*, n° 6) n'ayant alors pas un *« caractère contractuel »* (Y. CHAPUT, « La liberté

incontestablement un acte *« infra statutaire »*[611] soumis aux stipulations des statuts. Cette subordination révèle le caractère de norme fondatrice de cet acte, même si la hiérarchie est ici « d'origine conventionnelle » et non « conventionnelle » (la norme inférieure n'ayant pas la nature requise). L'étude du droit des sociétés offre cependant une multitude d'exemples dans lesquels les conditions de validité d'une convention sont déterminées par les statuts. Sans faire un exposé exhaustif qui n'aurait sans doute que peu d'intérêt, nous essayerons de démontrer à travers quelques exemples le caractère de norme supérieure à d'autres conventions des statuts de société, de manière à révéler un premier exemple de la réalité de la hiérarchie des conventions en droit positif. Nous étudierons pour ce faire les rapports que peuvent entretenir les statuts avec deux « catégories » de conventions, les conventions entre associés (A) et certaines conventions de la société contractante (B).

A. Supériorité hiérarchique des statuts à l'égard des conventions extra-statutaires.

176. Les conventions entre associés sont l'une des hypothèses majeures dans lesquelles s'illustre le caractère de règle « référence » des statuts (1). Leurs stipulations s'imposent aux associés lorsqu'ils concluent entre eux une convention, sous peine de nullité (2).

1. Stipulations références.

177. Avant d'étudier dans quelle mesure les statuts peuvent s'imposer aux conventions entre associés (b), nous illustrerons brièvement ce que recouvrent en pratique ces conventions (a).

a. Les conventions entre associés.

178. Définition – De la même manière que la Constitution de la V^{ème} République n'est pas la seule disposition permettant d'organiser le fonctionnement de notre société, les statuts,

---

et les statuts », *précité*, p. 368). Sa nature dépend en fait sans doute de son mode d'élaboration, contrat lorsqu'il est élaboré par l'ensemble des associés, acte unilatéral lorsqu'il est rédigé par un organe social (en ce sens, D. VELARDOCCHIO-FLORES, *Les accords extra-statutaires entre associés*, (Préface J. MESTRE) PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 1993, qui range le règlement intérieur dans la catégorie des actes extra-statutaires *(« qu'elle définit comme des* ***contrats*** *conclus entre associés d'une même société »* p. 19) avant de préciser que tel est le cas *« au moins quand il n'est pas élaboré par un organe social »* p. 47, voir également n° 30, pp.48 et 49).

[611] P. LE CANNU, « Le règlement intérieur des sociétés », *précité*, n° 14.

« Constitution » d'une société, ne peuvent pas être la source normative unique organisant les relations entre associés. *« La société [est] au centre d'un réseau de relations qui l'unissent aux associés ou à ses dirigeants ou qui unissent ceux-ci »*[612] entre eux. Les conventions extra-statutaires sont des contrats conclus entre différents associés d'une même société, localisés hors des statuts[613], par lesquels ils affinent, complètent, ou amendent, directement, ou indirectement, le pacte social[614]. Ces conventions, fréquentes en raison de leur flexibilité et de leur discrétion[615], peuvent être le fait de tous les associés ou d'une partie seulement[616]. Il ne nous appartient pas ici de lister ce type de conventions[617] ou d'étudier l'ensemble de la question de leur validité[618], mais d'en donner seulement un petit nombre d'exemples permettant de relever la supériorité des statuts.

179. Illustrations – La catégorie des actes extra-statutaires est aussi variée qu'hétéroclite.

180. Ce type de conventions peut prendre la forme d'un règlement intérieur[619]. Cet acte participe de l'organisation de la société. Intérieur, il ne concerne que les relations entre associés ou entres les associés et les organes de la personne morale[620]. Il peut ainsi prévoir la bonne tenue vestimentaire que devront porter des associés exploitant un club de gymnastique, les horaires d'ouverture des magasins d'un centre commercial, mais aussi le taux d'intérêt dû

[612] Y. GUYON, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5ème édition, LGDJ, Coll. Traité des contrats, 2002, n° 198, p. 303.

[613] D. VELARDOCCHIO-FLORES, *op. cit.*, n° 5, p. 19.

[614] J.-P. STORCK, « La validité des conventions extra-statutaires », *précité*, p. 267.

[615] Y. GUYON, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, op. cit.*, n° 203, p. 312.

[616] *Ibid.*

[617] Sur cette question : L. FAUGEROLAS et D. MARTIN, « Les pactes d'actionnaires », *JCP G*,, 1989, I, 3412 ; Y. GUYON, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, op. cit.*, n° 198 et s. p. 303 et s. ; G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés*, 1991, p. 1 ; D. VELARDOCCHIO-FLORES, *op. cit.*, en particulier, p. 25 à 184.

[618] Voir, L. FAUGEROLAS et D. MARTIN, *précité* ; J.-P. STORCK, « La validité des conventions extra-statutaires », *précité*, p. 267 ; D. VELARDOCCHIO-FLORES, *op. cit.*, en particulier, p. 189 à 245.

[619] Dont nous avons déjà vu que la nature, conventionnelle ou non, dépend de son mode d'élaboration. Précisons encore que le règlement intérieur peut également (mais cela n'entre pas dans le cadre de notre étude) être intégré aux statuts dont il ne se distingue alors pas *« s'il a été adopté dans les mêmes conditions qu'eux »*, Y. GUYON, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, op. cit.*, n° 13, p. 33 et 34.

[620] P. LE CANNU, « Le règlement intérieur des sociétés », *précité*, n° 7.

sur un compte débiteur par les associés[621], une clause compromissoire[622], l'exclusion d'un associé[623], ou encore préciser les pouvoirs du conseil d'administration[624].

181. Les pactes d'associés ont également souvent pour objet l'aménagement de la transmission du capital social. Ils peuvent assurer une parfaite stabilité du capital[625], en cristallisant[626] cet élément dans les mains de ses détenteurs, par le biais de clauses d'inaliénabilité[627]. L'aménagement peut être plus souple et permettre de faire évoluer le capital tout en maintenant une certaine stabilité. Ces conventions peuvent alors instaurer de classiques pactes de préférence ou encore des promesses unilatérales d'achat ou de vente[628].

182. Enfin, les parties peuvent aménager les droits résultant de leur propriété sur leurs parts sociales, par des « conventions de vote », ou par des pactes relatifs à la répartition des bénéfices et des pertes[629].

183. Il existe donc une grande variété de conventions prenant plusieurs formes et ayant des parties différentes et les objets les plus divers. Un point unit cependant toutes ces conventions, la question de leur validité[630]. Ce point doit évidemment s'apprécier à la lumière des différentes dispositions législatives existantes, aussi bien en droit des sociétés, qu'en droit

[621] Civ. 1, 8 octobre 1996, *Bull. civ. I*, n° 345, p. 242; *D*. 1997, p. 232, note J.-C. HALLOUIN.

[622] Civ. 1, 20 septembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 403, p. 349.

[623] D. VELARDOCCHIO-FLORES, *op. cit.*, n° 29, p. 47.

[624] *Ibid.*, p. 48.

[625] L. FAUGEROLAS et D. MARTIN, *précité*, n° 2.

[626] G. PARLEANI, *précité*, n° 8.

[627] Ces clauses sont (en application du droit commun en la matière – Article 900-1 du Code civil qui dispose que : *« Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime »*) valables quand elles sont temporaires, v. sur ce point, D. VELARDOCCHIO-FLORES, *op. cit.*, n° 167, p. 161 ; v. encore, C. FERRY, « Portée des clauses d'inaliénabilité ayant pour objet des actions », *Dr. des sociétés*, n° 7, Juillet 2010, étude 12.

[628] L. FAUGEROLAS et D. MARTIN, *précité*, n° 3.

[629] D. VELARDOCCHIO-FLORES, *op. cit.*, n° 59 et s. pp. 77 à 96.

[630] J.-P. STORCK, « La validité des conventions extra-statutaires », *précité*, p. 267, et toutes les autres études citées qui consacrent une part importante à la question de la validité de ces conventions.

commun[631], mais cela ne suffit pas. Une autre condition doit être satisfaite.

b. Des conventions soumises aux stipulations statutaires.

184. Les conventions extra-statutaires *« occupent incontestablement un rang subordonné dans la hiérarchie des dispositions réglementant le fonctionnement des sociétés »*[632]. Leur validité est donc également conditionnée au respect des normes juridiques supérieures, dont les statuts, puisqu'il est *« inconcevable qu'un simple accord entre associés puisse leur porter atteinte »*[633]. Toute la doctrine s'accorde sur ce point et nombreux sont les auteurs qui relèvent, à l'occasion d'études portant sur une convention particulière[634], ou sur la question de ces conventions en général[635], qu'elles ne sont régulièrement conclues que *« lorsqu'elles ne sont pas contraires (…) à une stipulation impérative des statuts »*[636].

185. Dès lors, dans une hypothèse où un contrat d'adhésion à une société coopérative et les stipulations des statuts de celle-ci prévoient une durée minimale d'adhésion différente, les statuts doivent être privilégiés[637].

186. Cette règle sert de référence pour juger la licéité d'autres conventions, elle entraine la nullité de toute convention qui lui porte atteinte.

[631] L. FAUGEROLAS et D. MARTIN, *précité*, n° 7 et s.

[632] J.-P. STORCK, *Ibid.* p. 267, n° 4.

[633] *Ibid*. p. 268, n° 9.

[634] À propos du règlement intérieur pas exemple : P. LE CANNU, « Le règlement intérieur des sociétés », *précité*, n° 17.

[635] Y. CHAPUT, « La liberté et les statuts », *précité*, p. 368 ; Y. GUYON, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, op. cit.*, n° 201, p. 309 ; J.-P. STORCK, *précité*, Ch., p. 267, n° 4 ; G RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN, *Traité de droit commercial, t. 1, vol. 2, Les sociétés commerciales* : LGDJ, 18ème édition, 2002, n° 1623, p. 398 ; D. VELARDOCCHIO-FLORES, *op. cit.*, n° 250 et s. p. 216 et s.

[636] Y. GUYON, *Ibid.*

[637] Civ. 1, 13 juin 1995, *Bull. civ.*, I, n° 252, p. 177; *Rev. des sociétés*, 1996, p. 75, note Y. GUYON ; *RTD com.* 1996, p. 80, note JEANTIN M. ; v. encore en matière de société coopérative, pour des statuts prévoyant un transfert de propriété immédiat et une convention postérieure de réserve de propriété, Civ. 1, 13 février 2001, *Rev. Sociétés*, 2001, p. 834, note B. SAINTOURENS ; *RTD civ*. 2002, p. 92, note J. MESTRE, B. FAGES ; v. encore très récemment dans le même sens, Com. 8 décembre 2009, *Dr. rural*, n° 383, 2010, comm. 65, note BARBIERI J.-J.

2. Des références conditionnant la validité des conventions entre associés.

187. Invalidité de l'acte violant les statuts – Dans l'hypothèse où un pacte d'associés localisé hors des statuts violerait une disposition du pacte social, jurisprudence et doctrine semblent s'accorder à considérer que les statuts doivent primer. Toute clause d'une telle convention est nulle[638] (ou inopposable[639]). Les stipulations du règlement intérieur d'une société anonyme ne peuvent donc pas contredire les statuts de cette société. À défaut, leur nullité est encourue[640]. Dans une telle situation, avantage doit être donné à la norme hiérarchiquement supérieure, les statuts[641].

188. Conclusion : Une hiérarchie de normes conventionnelles – Dans leurs rapports avec les conventions extra-statutaires, les statuts occupent très clairement une place hiérarchiquement supérieure à une autre convention. En effet, ces derniers servent de référence pour juger de la possibilité de stipuler valablement telle ou telle clause dans un pacte extra-statutaire. C'est parce que les statuts prévoient une durée minimale d'adhésion différente de celle prévue par un bulletin d'adhésion que les stipulations de ce dernier sont nulles. C'est encore en référence à la répartition du capital entre différents associés, et en rapport aux clauses figurant dans les statuts visant à aménager cet équilibre, que seront validées ou non les conventions entre associés ayant un objet proche ou identique. Dans toutes ces hypothèses, ce sont véritablement les statuts, acte juridique conventionnel, qui vont déterminer à quelles conditions d'autres actes juridiques conventionnels seront ou non valablement conclus. Cet exemple démontre la réalité de la hiérarchisation des conventions en droit positif. Le droit des sociétés en offre d'autres illustrations.

---

[638] J.-P. STORCK, *précité,* p. 268, n° 11 ; D. VELARDOCCHIO-FLORES, *op. cit.*, n° 262, p. 222 et n° 267 et s. p. 228 et s.

[639] CA Paris, sect. A, 6 décembre 2005, *précité.*

[640] Com. 2 juin 1987, *Bull. civ*. IV, n° 133, p. 102, *« Mais attendu que, répondant aux conclusions invoquées, la cour d'appel a retenu que les stipulations d'un "* règlement intérieur *" contraire aux statuts constituent simplement en elles-mêmes une violation de ces statuts et que leur nullité peut être soulevée par tout intéressé sans entraîner pour autant la nullité de la société elle-même ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ».*

[641] Civ. 1, 13 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 252, p. 177, *Rev. Soc.*, 1996, p. 75, obs. Y. GUYON; *RTD com*. 1996, p. 80, note M. JEANTIN.

B. Supériorité hiérarchique des statuts à l'égard des conventions de la société contractante[642].

189. Les statuts se posent encore comme une référence permettant d'apprécier la régularité d'autres conventions passées par la société en tant que contractant, et non plus en tant « qu'objet » de contrat. Les contrats formés par la société présentent la spécificité juridique[643] de voir leur validité influencée par les statuts. Cette réalité se trouve particulièrement mise en valeur dans la confrontation des conventions conclues par la société avec l'objet social de la personne morale (1), dont le respect s'impose à cette dernière et à ses cocontractants (2).

1. Stipulations références.

190. L'objet social est défini dans chaque société par les statuts. Même si son rôle originaire était *« décisif »*[644], en ce qu'il déterminait la capacité de la personne morale[645] (ses dirigeants ne pouvant l'engager que dans la limite de cet objet[646]), son rôle est aujourd'hui en déclin[647]. Il conserve cependant une importance souvent capitale, les stipulations relatives à l'objet social (a) pouvant rendre valide, ou non, toute une série de conventions (b).

a. Contenu de l'objet social.

191. L'objet social est défini comme *« le genre d'activité que la société se propose d'exercer en vue de faire des bénéfices ou des économies »*[648]. Il détermine donc le champ de l'activité de la société. La tendance est certainement à la rédaction de plus en plus large des statuts de manière à ne pas avoir à les remanier trop fréquemment, mais quelques clauses précises peuvent cependant être stipulées dans la définition de l'objet social. Il peut ainsi

[642] Sur cette question v., C. PRIETO, *La société contractante*, (préface J. MESTRE), PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 1994.

[643] J. MESTRE, « La spécificité juridique des contrats conclus par les sociétés », *Revue Lamy droit civil*, 2004, n°1, p. 41, v. en particulier la première partie.

[644] R. BESNARD-GOUDET, *J.-Cl. Sociétés Traité*, v° Objet social - Notion et influence sur la condition juridique de la société, fasc. 9-10, n° 1.

[645] G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN, *op. cit.*, n° 1056-60, p. 42.

[646] *Ibid.*

[647] *Ibid.*

[648] P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 13ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2009, n° 52, p. 80.

prévoir, outre l'activité qui sera exercée par la personne morale, les lieux dans lesquels devra avoir lieu l'activité de la société, les modalités selon lesquelles sera exercée l'activité (l'exploitation directe ou en location gérance par exemple d'un fond de commerce), ou bien encore le nom de l'établissement qui sera l'objet de l'activité de l'entreprise.

192. Toutes ces stipulations s'imposent avec plus ou moins de force aux conventions que la société sera amenée à conclure *via* le truchement de ses dirigeants.

b. Des stipulations imposées à la société contractante.

193. Deux types d'atteintes à l'objet statutaire sont prohibées et répondent à deux régimes différents. Les dirigeants des personnes morales en question peuvent d'abord, par diverses conventions, dépasser l'objet statutairement défini (i). Il est également des hypothèses dans lesquelles les actes des dirigeants ont pour conséquence de faire disparaître l'objet social (ii).

i. Dépassement de l'objet social.

194. Plusieurs conventions peuvent avoir pour conséquence un dépassement prohibé de la spécialité statutaire, nous en présenterons seulement une illustration à propos des garanties (conventionnelles) consenties par la société. Il ne s'agit pas de faire un point sur une question[649] dont le caractère fluctuant[650] en jurisprudence conduit certains auteurs à concéder qu'elle apparaît *« rebelle à la synthèse »*[651]. Nous mettrons simplement en évidence l'influence que peut avoir l'objet social sur ces garanties conventionnelles (cautionnements[652], nantissements[653] ou encore hypothèques). Consentir une telle garantie, un cautionnement le plus souvent[654], peut parfaitement s'avérer conforme à l'objet social. Outre les exemples des banques ou des sociétés de caution mutuelle, dont l'objet même est de conclure ce type de

[649] Sur cette question voir par exemple, H. HOVASSE, « Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social », *Dr. et patrimoine* 4/2001, p. 76.

[650] R. BESNARD-GOUDET, *op. cit.*, n° 16.

[651] H. HOVASSE, *précité*, p. 76.

[652] Com., 14 juin 2000, *BJS*, 2000, p. 1054, note A. COURET.

[653] Com., 26 janv. 1993, *Rev. Sociétés*, 1993, p. 396, note J.-F. BARBIERI.

[654] R. BESNARD-GOUDET, *op. cit.*, n° 13.

conventions[655], il est de nombreuses hypothèses dans lesquelles le juge admet sans aucune difficulté cette conformité[656]. Celle-ci n'est pas pour autant automatique et l'objet social interdit parfois que le dirigeant d'une société consente valablement une garantie. Il en est ainsi dès lors que l'engagement consenti par le dirigeant est totalement étranger à l'objet social[657]. Il en va encore de la sorte pour la plupart des cautionnements de dettes personnelles d'un associé[658], y compris lorsque la dette a été contractée par un associé dans le but d'acquérir des parts dans la société caution[659].

195. Les statuts, dans la définition qu'ils donnent de l'objet social, exercent un rôle de norme référence en vertu de laquelle sera jugée la régularité d'un acte conventionnel. Si l'acte entre dans le cadre de l'objet social il sera régulier. Conclu au-delà de l'objet social il ne le sera pas. La situation est identique lorsqu'une convention modifie l'objet social.

ii. Modification de l'objet social.

196. Si les dirigeants peuvent accomplir dans leurs rapports avec les tiers un grand nombre d'actes, leurs pouvoirs ne sont cependant pas sans limites. Ces derniers sont en effet bornés par les prérogatives attribuées par la loi aux autres organes sociaux, dont l'assemblée générale extraordinaire, souvent seul organe habilité à modifier les statuts. *« Partant, si les actes qui n'entrent pas dans l'objet social engagent [parfois] la société, c'est à condition qu'ils n'entraînent pas une modification de cet objet social »*[660]. Trois types d'actes peuvent, selon

[655] H. HOVASSE, *précité*, 76.

[656] Il est notamment fréquemment admis qu'une société civile immobilière, bailleresse, se porte caution des dettes de la société locataire, ou d'une société avec laquelle elle a des associés communs (v. par exemple, Civ. 1, 1er février 2000, *BJS*., 2000, p. 501, Note A. COURET) ou qu'une société mère cautionne des dettes de sa filiale ou de ses fournisseurs ou clients (sur ce point, v. H. HOVASSE, *précité*, p. 77).

[657] Civ. 1, 6 mars 1979, *Bull. civ.* I, n° 81; *RTD com.*, 1979, p. 753, observations E. ALFANDARI, M. JEANTIN Une cour d'appel a donc pu décider dans une hypothèse où l'objet social d'une société civile immobilière consistait en l'exploitation de propriétés rurales et en la gestion d'immeubles, que *« l'engagement de cautionner une SA n'entre pas dans cet objet et n'est donc pas de la compétence du gérant ».*

[658] Com., 14 juin 2000, *précitée.*

[659] Com., 26 janvier 1993, *précité* ; comme le relève un auteur, *«* a priori, *on ne voit pas (…) comment »* la garantie *« de dettes personnelles d'un associé pourrait entrer dans l'objet social d'une société »*, R. BESNARD-GOUDET, *op. cit.*, n° 26.

[660] *Ibid.* n° 2.

un auteur[661] avoir cette conséquence. Ceux portant sur les biens sociaux, sur le mode d'exploitation de l'activité, ou enfin, ceux qui entraînent la disparition de l'objet social.

197. Les représentants d'une société ne peuvent donc, sans modifier de fait les statuts, aliéner les biens *« tels un fonds de commerce ou une marque ou même un immeuble, qui sont expressément mentionnés dans les statuts, comme liés à la réalisation de l'objet, leur cession nécessitera l'intervention de l'assemblée compétente pour modifier les statuts »*. Le gérant d'une SARL « le journal de Doullens » ne peut donc pas céder sans l'accord de l'assemblée générale extraordinaire le journal du même nom[662]. La chose est identique en ce qui concerne le mode d'exploitation d'une activité. Si les organes de gestion ont normalement compétence pour modifier le mode d'exploitation de l'activité, une modification de fait de l'objet social peut résulter exceptionnellement de la mise en location gérance d'un fond de commerce lorsque ce mode d'exploitation est visé par les statuts. Les dirigeants ne peuvent donc pas seuls accomplir cet acte[663]. Enfin, les actes emportant disparition de l'objet social peuvent également avoir pour effet de modifier les statuts, ce qui limite donc les pouvoirs des dirigeants sociaux au profit de la collectivité des associés. La Cour de cassation a par exemple retenu que l'assemblée générale ordinaire ne pouvait pas autoriser le président du conseil d'administration d'une société à vendre un fonds de commerce, seul actif d'une société[664], puisque cela privait de fait *« la société (…) de toute possibilité de remplir son objet social »*[665].

198. Toutes ces atteintes, dépassements, ou modifications de l'objet social, peuvent conduire à l'invalidité de la convention conclue par la société.

2. Des références conditionnant la validité des conventions de la société contractante.

199. Les prérogatives des dirigeants sociaux sont donc limitées par une stipulation statutaire, l'objet social. La sanction des actes « non conformes » à l'objet social est

[661] La classification étant celle retenue par Madame PRIETO C., *La société contractante*, *op. cit.*, n° 126, p. 93.

[662] Com. 12 janvier 1988, *Bull. civ*. IV, n° 24, p. 16, *LPA* 1988, n° 107, p. 2, note P. MORETTI.

[663] C. PRIETO, *op. cit.*, n° 128, p. 94.

[664] Com. 24 juin 1997, *Rev. Soc.*, 1997, p. 792, note P. DIDIER.

[665] *Ibid.*

cependant différente selon l'atteinte portée à l'objet statutaire et la forme sociale en question.

200. Dépassement de l'objet social – Les violations conventionnelles de l'objet social échappent parfois à une sanction emportant leur validité. Il est en effet de principe en matière de sociétés à risque limité, depuis l'ordonnance du 20 décembre 1969, que la spécialité statutaire n'est pas opposable aux tiers[666]. La personne morale est donc engagée si l'acte est accompli par un dirigeant social régulièrement nommé[667] (l'acte irrégulier accompli au mépris de l'objet social a seulement pour effet d'engager la responsabilité de l'auteur de l'acte[668]).

201. Le principe s'inverse en revanche dès lors que l'acte a été conclu par des dirigeants avec des tiers de mauvaise foi[669]. L'objet social est alors pleinement opposable aux tiers à la société[670]. La chose est identique en matière de sociétés à risque illimité, que le tiers contractant soit ou non de mauvaise foi. Les associés étant tenus indéfiniment du passif social[671], la société n'est engagée que par les actes entrant dans l'objet social[672].

202. Dans ces deux hypothèses, cette opposabilité aux tiers de la spécialité statutaire permet de frapper de nullité[673] l'acte irrégulièrement accompli. La solution est *« inévitable »*[674]. Elle

---

[666] Il est ainsi prévu en matière de société à responsabilité limitée par l'article 223-18, alinéa 5, du Code de commerce que *« dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social » ;* la solution vaut également pour d'autres types de sociétés. En matière de société anonyme les articles 225-35 et 225-64 disposent que *« dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration [*ou du *directoire] qui ne relèvent pas de l'objet social …».* En matière de SAS, c'est l'article 227-6 du Code de commerce alinéa 2, qui prévoit que *« dans les rapports avec les tiers la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social… ».*

[667] Y. CHAPUT, *Rép. Dr. Société*, *Dalloz*, v° *Objet social*, n° 54.

[668] NGUYEN XUAN CHANH, « Le sort des actes irrégulièrement accomplis au nom d'une société commerciale », *D.* 1978, Ch., p. 69, n° 2.

[669] Articles 227-6 alinéa 2 ; 225-35 et 225-64, alinéa 2 ; 223-18 alinéa 5 du Code de commerce qui disposent tous *« à moins qu'elle ne prouve que les tiers savaient que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait pas l'ignorer compte tenu des circonstances ».*

[670] NGUYEN XUAN CHANH, *précité*, n° 4.

[671] Y. GUYON, *Droit des affaires*, Tome I, 12ème édition, Economica, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 2003, n° 266, p. 268.

[672] Article 221-5 alinéa 1 du Code de commerce pour les sociétés en nom collectif et 1849 alinéa 1 du Code civil en matière de société civile : *« Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social ».*

[673] J. PICARD, « L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs : nullité/inopposabilité », *Dr. sociétés*, juin 1998, p. 4.

vaut pour les actes passés avec des tiers connaissant (ou ne pouvant ignorer) le dépassement de l'objet social[675] en matière de sociétés à risque limité. Elle vaut encore pour les actes conclus par une société à responsabilité illimitée[676].

203. En matière de modification de l'objet social – Ici les choses sont plus simples et aucune distinction ne doit être faite. Comme le relèvent certains en matière de sociétés anonymes, tout acte d'un dirigeant *« qui porte atteinte à l'objet social est nul de soi comme accompli en dehors des limites que la loi elle-même trace aux pouvoirs du président »*[677]. La solution s'étend aux autres sociétés.

204. Sont ainsi annulables les ventes, consenties par les seuls dirigeants d'une société, d'un fonds de commerce de salle de spectacle lorsque la société avait pour unique activité l'exploitation de la salle en question[678], ou celle du journal portant le même nom que la société cédante[679].

205. Conclusion : Une hiérarchie de normes conventionnelles – La violation de la spécialité statutaire, et donc des statuts qui la définissent, par une convention à laquelle la société est partie permet de nouveau d'illustrer la supériorité hiérarchique d'une convention sur une autre règle de même nature. Dans les hypothèses que nous avons étudiées, c'est indéniablement une stipulation conventionnelle qui détermine les conditions de la validité d'une autre convention. C'est en effet parce que les fondateurs de la société désignent dans l'objet social un bien qui doit être exploité par la société que les conventions par lesquelles sont aliénés ces biens sont frappées de nullité. C'est par référence à une convention que la validité de l'aliénation conventionnelle est appréciée. Mentionné dans les statuts, un bien ne peut être aliéné sans autorisation de la collectivité des associés, ignoré des statuts, il peut l'être. Il en va de même pour ce qui est du cautionnement d'un acte par une société. Le

---

[674] *Ibid*. n° 5.

[675] *Ibid.*

[676] *Ibid.* n° 8.

[677] P. DIDIER, « L'organe compétent lors de la cession de l'actif d'une société », note sous Com. 24 juin 1997, *Rev. sociétés*, 1997 p. 792.

[678] Com. 24 juin 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 206, p. 179, *Ibid.*

[679] Com. 12 janvier 1988, *précité.*

cautionnement donné par un dirigeant social[680] sera jugé invalide s'il n'entre pas dans l'objet social. Si les statuts prévoient au contraire cette possibilité, il sera valable. C'est encore par référence à une convention que la validité d'une autre sera jugée. D'autres exemples de la supériorité des statuts pourraient encore être trouvés hors des seuls rapports entre statuts et conventions entre associés ou conventions de la société contractante.

206. Le droit des sociétés illustre donc à merveille la réalité de la hiérarchie entre conventions en droit positif. Une autre convention éclaire également cette réalité, il s'agit du règlement de copropriété.

§2. Le règlement de copropriété.

207. Le règlement de copropriété est une convention[681] qui exerce une influence considérable sur un grand nombre d'actes conventionnels. Il est, à l'instar des statuts de la société ou d'une association, la *« Constitution »*[682], la *« charte »*[683], de l'immeuble en copropriété. *« Le règlement de copropriété est un acte-règle. Il gouverne d'autres actes dont il détermine le régime ou le contenu»* [684]. À ce titre, il peut énoncer en partie les conditions dans lesquelles doivent se tenir les assemblées générales de copropriétaires, les charges dont doivent s'acquitter ces derniers, l'utilisation qui doit être faite des différentes parties de l'immeuble ou les prérogatives des copropriétaires en matière d'aliénation de leurs biens. Les exemples dans lesquels cette convention est utilisée comme une règle référence à l'égard d'autres conventions sous peine d'invalidité de ces dernières sont innombrables. Parmi ceux relevés nous n'en présenterons que quelques uns, les plus révélateurs, les plus importants, ou les plus originaux, dans le but de démontrer que le règlement de copropriété est une règle qui va servir de référence (A) pour juger de la validité d'une autre convention portant sur la gestion ou la disposition du bien soumis à la copropriété (B).

---

[680] Exception faite de la convention contractée avec un tiers de bonne foi dans une société à risque limité.

[681] Sur la nature juridique du règlement de copropriété v. *infra*, n° 338 et s., spéc. n° 397 à 400.

[682] F. GIVORD, C. GIVERDON, P. CAPOULADE, *La copropriété*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2010-2011, n° 543.

[683] F. ALIBERT, A. DEBEAURAIN, G. FAU, R. PORTE, J.-P. RYF, « Le règlement de copropriété », *Ann. Loyers*, 1971, p. 521.

[684] C. ATIAS, *Rép. Dr. Imm., Dalloz, v°- Copropriété des immeubles bâtis*, n° 142.

A. Stipulations références.

208. Le règlement de copropriété a pour but d'organiser la vie de la copropriété[685] et cela ne serait pas possible sans qu'un minimum de latitude ne soit concédée aux rédacteurs du règlement pour définir tel qu'ils l'entendent le standing de leur immeuble. La liberté contractuelle de ces derniers se voit alors restreinte par l'obligation de respecter les exigences expressément formulées dans le règlement de copropriété[686], dans leurs rapports avec des cocontractants notamment. À côté des restrictions imposées directement par le règlement (1), la charte de la copropriété peut également par certains aspects définir les titulaires de droits attachés aux lots. Cette répartition des droits par le règlement détermine bien entendu, dans une certaine mesure, la régularité de conventions conclues par les titulaires de lots (2).

1. Stipulations restreignant les prérogatives des propriétaires.

209. Protectrices des droits de propriété, les dispositions régissant l'immeuble en copropriété limitent évidemment dans une certaine mesure les atteintes qui peuvent être portées par le règlement à la possibilité pour un propriétaire de jouir et de disposer de son bien. Ainsi, plusieurs clauses restreignant trop les possibilités d'exercer pleinement son droit de propriété sur un lot sont réputées non-écrites. Cependant, la « constitution » de la copropriété peut contenir des stipulations qui auront pour objet de restreindre le droit de donner à bail le bien détenu dans une copropriété (a), tout comme le droit de disposer de ce bien (b), à la condition que les restrictions aux droits des copropriétaires soient justifiées par la destination de l'immeuble[687].

a. En matière de baux.

210. Restriction du droit de donner un lot à bail – Le règlement de copropriété peut contenir diverses restrictions au droit de donner à bail un lot de copropriété. Ces restrictions peuvent être plus ou moins étendues et l'on peut valablement stipuler des clauses prohibant

[685] E. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *La copropriété des immeubles bâtis*, 4ème édition, Litec, 1989 n° 536, p. 593.

[686] C. ATIAS, *Rép. Dr. Imm., op. cit.,* n° 687.

[687] L'article 8 alinéa 2 de la loi de 1965 dispose que : *« Le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation ».*

d'exercer une activité commerciale en particulier, voire, dans certains immeubles, des clauses prohibant l'exercice de toute activité commerciale dans un lot à usage d'habitation[688]. Il en va de même en matière de baux d'habitation. Le règlement peut prohiber la location à un nombre trop important de personnes[689], voire, dans certains immeubles de « grand standing », toute location[690].

211. Dès lors, le preneur *« ne [pouvant] prétendre avoir plus de droits que son propriétaire »*[691], un copropriétaire ne peut pas consentir à un locataire un bail autorisant à *« exercer dans les lieux une activité incompatible avec la destination des locaux, dans la mesure au moins où le respect de celle-ci est nécessaire au maintien des caractères d'ensemble de l'immeuble »*[692]. De la même manière, le bail consenti à une société qui exerce une activité de loueur professionnel en meublé, alors que le règlement de copropriété interdit toute activité commerciale dans les locaux à usage d'habitation, est irrégulier[693] ; tout comme quand le règlement le prévoit, un bail consenti à une personne étrangère à la copropriété. Le règlement est dans cette situation une référence qui permet d'apprécier la régularité d'une autre convention. Cette situation peut également être observée en matière de mutation des lots.

b. En matière de mutation des lots.

212. En matière de mutation de lots – Là encore, les possibilités de restrictions sont limitées[694] par les dispositions de l'article 8 alinéa 2 de la loi de 1965. Plusieurs aménagements sont néanmoins admis. Parmi ceux-ci, peuvent être stipulées des clauses

[688] Civ. 3, 4 janvier 1991, *Bull. civ. III*, n° 2, p. 1 ; *Rev. Dr. imm.* 1991, p. 248 Note P. CAPOULADE, C. GIVERDON ; *RTD civ*. 1992, p. 138, Note P.-Y. GAUTIER.

[689] CA Versailles, 18 octobre 1983, *D.* 1984, IR 382, obs. C. GIVERDON.

[690] Lorsque celles-ci risquent, par exemple, d'engendrer une augmentation significative du nombre des usagers des parties communes de nature à menacer la qualité de l'immeuble, CA Paris, 27 avril 1984, *D.* 1984, IR 385, obs. C. GIVERDON.

[691] Civ. 3, 18 novembre 1992, *Loyers et copropriété*, 1993, n° 68.

[692] C. ATIAS, *Rép. Dr. Imm., op. cit.,* n° 660.

[693] Civ. 3, 4 janvier 1991, *précité.*

[694] F. ALIBERT, A. et J. DEBEAURAIN, G. FAU, R. PORTE, J.-P. RYF, *précité*, p. 566, n° 88.

d'agrément ou de préférence[695/696]. Cette possibilité est au cœur de l'une des mesures de la loi du 25 mars 2009[697], qui insère dans la loi du 10 juillet 1965 un nouvel article 8-1, qui dispose que le règlement de copropriété de certains immeubles *« peut prévoir une clause attribuant un droit de priorité aux copropriétaires à l'occasion de la vente de lots exclusivement à usage de stationnement au sein de la copropriété ».*

213. Prohibition de la division de lots – Les auteurs du règlement peuvent encore insérer des stipulations prohibant la vente d'une fraction d'un lot. Ces clauses sont en principe interdites et l'on affirme que toute restriction au droit de mutation lui-même serait nulle[698]. Cependant si *« la division d'un lot relève de la liberté du copropriétaire intéressé »*[699], l'exception est là encore admise dans les conditions déjà exposées de l'alinéa 2 de l'article 8 de la loi de 1965[700]. *« Le syndicat (…) peut s'opposer à cette division (…) si elle est contraire à la destination de l'immeuble »*[701]. Ces stipulations, que l'on peut également imaginer en matière de bail, sont régulièrement admises par la jurisprudence[702] qui décide qu'elles sont valables, par exemple, dans le cas d'un immeuble *« cossu et bien entretenu, qui était occupé seulement par huit copropriétaires, qui était situé dans un quartier résidentiel »* alors que la volonté des copropriétaires *« était d'assurer à un petit nombre de personnes un mode de vie, caractérisé par un nombre réduit d'appartements spacieux, favorisant la tranquillité de chacun par la séparation des parties d'habitation de celles réservées au service dans un immeuble à vocation essentiellement bourgeoise, et que cette volonté des rédacteurs du règlement n'était contredite par aucune autre clause relative à l'occupation ou à la location,*

[695] G. VIGNERON, *J.-Cl. Copropriété*, v° Aliénation de lots, Constitution de droits réels, fasc. 68-10, n° 21, leur validité est cependant contestée.

[696] Sur ce point, nous renvoyons vers nos développements ultérieurs relatifs aux pactes de préférence, *infra*, n°261 et s.

[697] Loi n° 2009-323 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, sur les mesures relatives à la copropriété v. C. ATIAS, « La réforme du statut de la copropriété des immeubles bâtis par la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 », *AJDI* 2009, p. 284.

[698] F. ALIBERT, A. et J. DEBEAURAIN, G. FAU, R. PORTE, J.-P. RYF, *précité*, p. 566, n° 89.

[699] Civ. 3ème, 26 mai 1988, *Bull. civ.* III, n° 98 p. 55 ; *D.* 1989, p. 421, Note C. ATIAS.

[700] C. ATIAS, *Rép. Dr. Imm., op. cit.*, n° 691.

[701] Civ. 3ème, 26 mai 1988, *précité.*

[702] C. GIVERDON, « Hommage rendu à la volonté exprimée dans le règlement de copropriété », observations sous, Civ. 3ème, 4 juin 1998 *Patrick Simon c/ Syndicat des copropriétaires. 12, rue Oswaldo-Cruz 75016 Paris*, *Rev. Dr. Imm.*, 1998 p. 416 ; J. LAFOND et B. STEMMER, *Code de la copropriété*, Litec, Coll. JurisCode, 2005, n° 170, p. 48.

et se trouvait confortée par l'absence de constitution des chambres de service en lots séparés et par la possibilité d'échanges de ces chambres entre les propriétaires dans la maison »[703].

214. Le règlement de copropriété s'impose donc, dans tous les exemples cités, à une autre norme de nature conventionnelle. Il est une référence en vertu de laquelle sera jugée la régularité de certaines conventions qu'il a pour objet d'autoriser, de prohiber ou d'encadrer. Son rôle de norme de référence ne se limite pas à cela.

2. Définition des parties privatives et des droits de « jouissance exclusive ».

215. Définition des parties privatives par le règlement – Le règlement de copropriété a toujours pour objet initialement de désigner les parties communes et privatives. Il lui revient également parfois de prévoir que certains travaux réalisés par des copropriétaires seuls sur une partie commune seront la propriété de ceux-ci. À défaut de précision lors des travaux, ils sont considérés comme une partie commune[704]. En attribuant ainsi un droit de propriété sur une partie, ou sur le résultat de travaux (par exemple un ascenseur), le règlement de copropriété se pose comme une référence qui permettra de juger de la validité de certaines conventions portant sur ces parties.

216. Droits de « jouissance exclusive » – Dans le même ordre d'idée, se trouve la question des droits de jouissance exclusive d'une partie commune. Il est des hypothèses, assez fréquentes, dans lesquelles des parties communes de l'immeuble, cours, terrasses, jardins, balcons…[705] sont mises à la disposition exclusive d'un seul copropriétaire. Ces droits se distinguent cependant clairement des parties privatives[706]. Le copropriétaire titulaire du droit de jouissance exclusive ne peut, sans autorisation de l'assemblée générale, *« en disposer au profit de quelqu'un d'autre »*[707] séparément de son lot[708].

---

[703] Civ. 3ème, 4 juin 1998, observations, C. GIVERDON, *précité.*

[704] GIVORD F, C. GIVERDON, P. CAPOULADE, *op. cit.*, n° 1048-1.

[705] G. VIGNERON, *J.-Cl. Copropriété*, v° Statut de la copropriété, éléments constitutifs de la copropriété, parties communes et parties privatives, fasc. 62, n° 42.

[706] J. LAFOND et B. STEMMER, *Code de la copropriété, op. cit.,* n° 259, p.86 ; G. VIGNERON, *J.-Cl. Copropriété*, v° Droits et obligations des copropriétaires, parties communes, attribution de droits d'usage privatif, fasc. 67, n° 35.

[707] E.-J. GUILLOT, commentaire sous, Civ. 3, 4 janvier 1990, *Administrer*, octobre 1990, p. 50.

217. Le règlement de copropriété contient un nombre important de stipulations qui sont une référence par rapport à laquelle sera appréciée la possibilité de conclure ou non une autre convention ou, au moins, de garnir cette convention de toutes les stipulations souhaitées. Cette influence du règlement de copropriété sur des actes juridiques conventionnels est indéniable. Mais influence n'est pas hiérarchie, celle-ci ne s'établit dans l'acception adoptée que dans la mesure où la validité de l'acte conclu irrégulièrement est atteinte. Tel est le cas dans les hypothèses que nous avons présentées.

B. Des références conditionnant la validité des conventions portant sur les lots de copropriété.

218. Dans toutes les hypothèses que nous avons précédemment envisagées, la violation des stipulations du règlement de copropriété entraîne l'invalidité de l'acte conclu en violation de la norme conventionnelle étudiée. La solution vaut à l'égard des conventions qui ont violé les restrictions de jouissance et de disposition posées par le règlement quand elles sont justifiées par la destination de l'immeuble. Elle vaut encore, de manière assez évidente, lorsque les parties se sont comportées comme titulaires de droits qu'elles ne possédaient pas en vertu des stipulations du règlement de copropriété.

219. Nullité (ou inopposabilité) des actes conclus en violation des restrictions aux droits des copropriétaires – Même s'il existe d'autres sanctions qui sont souvent plus utilisées que la nullité ou l'inopposabilité en matière d'atteinte aux restrictions conventionnelles posées par le règlement, l'invalidité de l'acte peut assurément frapper toutes les violations de la charte de la copropriété. Dans l'hypothèse d'un bail conclu en infraction aux règles déterminées par le règlement, la jurisprudence reconnaît au syndicat des copropriétaires la possibilité d'agir en annulation[709]. Même si un doute subsiste, en l'absence d'une jurisprudence fournie de la Cour de cassation quant à savoir si la sanction est une « véritable » nullité ou une inopposabilité[710], l'acte est atteint dans sa validité.

---

[708] Civ. 3, 25 janvier 1995, *Bull. civ. III*, n° 29 p. 17 ; *Rev. Dr. Imm*., 1995, p. 370, note P. CAPOULADE C. GIVERDON, *AJDI* 1995, p. 868, Comm. R. LEOST.

[709] Civ. 3, 9 juin 1993, *Bull. civ*. III, n° 82; *Rev. Dr. Imm*., 1993, p. 429, Note P. CAPOULADE, C. GIVERDON ; *D*. 1994, p. 127, Note C. ATIAS.

[710] En ce sens, C. ATIAS, *Rép. Dr. Imm., Dalloz, v°- Copropriété des immeubles bâtis*, n° 660; Cet auteur précise que le bail demeure sans doute valable dans les rapports entre le bailleur et le locataire, il s'agirait alors d'inopposabilité et non de nullité. Le peu de jurisprudence disponible ne permet pas de se faire une idée précise

220. Les clauses restreignant la possibilité de diviser un lot, et donc de vendre une partie de ce lot, doivent connaître, nous semble-t-il, le même sort. Il est en effet possible de les analyser en une clause d'inaliénabilité autonome de celle du droit commun[711]. La définition de cette clause, par laquelle, *« un bien ne peut être l'objet d'une aliénation (…) en vertu de la volonté de l'homme »*[712], correspond parfaitement à la réalité des stipulations pouvant être prévues par le règlement. Si les conditions dans lesquelles il est possible d'y recourir sont sensiblement différentes de celles prévues par le droit commun, il n'y a sans doute aucune raison de faire une différence au niveau de la sanction, la nullité (ce qui compte tenu des dispositions de l'article 4 du décret de 1967[713] est tout à fait légitime). Il en va d'ailleurs ainsi pour ce qui est de la violation de la priorité créée au profit des copropriétaires en vertu des dispositions de la récente loi du 25 mars 2009 que nous venons d'évoquer[714].

221. Nullité des actes conclus sur des biens au-delà des droits attribués par le règlement de copropriété – La vente d'une partie définie par le règlement comme une partie commune, quand bien même les copropriétaires y auraient effectué des travaux d'aménagement, est elle aussi frappée de nullité. L'acte supérieur a pour effet d'attribuer la titularité d'un droit de propriété. La vente d'un bien que le règlement définit comme étant le bien d'autrui est donc logiquement frappée de la sanction prévue à l'article 1599 du Code civil[715]. En copropriété de surcroît, l'acquéreur ne peut nous semble t-il que difficilement invoquer l'apparence, en raison aussi bien des dispositions déjà citées de l'article 4 du décret

---

de la sanction exacte retenue.

[711] Les conditions de leur validité ne sont en effet pas celles de l'article 900-1 du Code civil, mais celles, déjà étudiées, posées à l'article 8 alinéa 2 de la loi de 1965.

[712] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 474.

[713] Cet article dispose en effet que : *« Tout acte conventionnel réalisant ou constatant le transfert de propriété d'un lot ou d'une fraction de lot, ou la constitution sur ces derniers d'un droit réel, doit mentionner expressément que l'acquéreur ou le titulaire du droit a eu préalablement connaissance, s'ils ont été publiés dans les conditions prévues par l'article 13 de la loi du 10 juillet 1965, du règlement de copropriété ainsi que des actes qui l'ont modifié.*
Il en est de même en ce qui concerne l'état descriptif de division et des actes qui l'ont modifié, lorsqu'ils existent et ont été publiés.
Le règlement de copropriété, l'état descriptif de division et les actes qui les ont modifiés, même s'ils n'ont pas été publiés au fichier immobilier, s'imposent à l'acquéreur ou au titulaire du droit s'il est expressément constaté aux actes visés au présent article qu'il en a eu préalablement connaissance et qu'il a adhéré aux obligations qui en résultent ».

[714] En ce sens, C. ATIAS, *« La réforme du statut de la copropriété des immeubles bâtis par la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 », précité.*

[715] *« La vente de la chose d'autrui est nulle ».*

de 1967 que de l'intervention d'un notaire lors d'une vente d'immeuble. Ces deux éléments rendent sans doute plus complexe la démonstration de la bonne foi de l'acquéreur d'un lot auquel serait associé le bien commun à la copropriété. Enfin, il en va de même à propos des droits de jouissance exclusive. Si un copropriétaire aliénait, sans autorisation et sans y attacher la partie principale de son lot, un bien que le règlement définit comme un droit de jouissance exclusive (qui demeure une partie commune), cette aliénation serait frappée de nullité[716] pour les mêmes raisons.

222. Conclusion : Une hiérarchie de normes conventionnelles – Le règlement de copropriété dans les relations qu'il entretient avec d'autres conventions occupe donc souvent la place d'une règle hiérarchiquement supérieure. Il détermine véritablement les conditions de la validité d'une autre convention. C'est en effet par référence aux stipulations de cette convention que sera très souvent appréciée la validité d'un autre acte ayant la même nature. Le bail consenti par un copropriétaire à un commerçant sera valable uniquement si le règlement de copropriété ne réserve pas l'immeuble à un usage exclusif d'habitation. C'est encore parce que les stipulations de ce règlement permettent ou prohibent la division d'un lot, que la vente d'une partie seulement d'un lot de copropriété sera valide. Enfin, en déterminant les titulaires des droits de propriété sur certaines parties, en les déclarant communes, communes à usage privatif ou privatives, la convention objet de nos développements détermine encore les conditions de la validité des conventions portant sur ces parties. C'est par référence à la nature de la partie concernée, nature définie par le règlement, que la validité d'une convention sera appréciée. Le règlement de copropriété, dans ses rapports avec les conventions qui lui sont soumises, illustre à son tour la réalité en droit positif du phénomène hiérarchique entre conventions. La démonstration sera poursuivie avec l'étude des conventions matrimoniales.

[716] Civ. 3, 4 janvier 1990, *précité.*

§3. Les conventions matrimoniales.

223. Le mariage, si on le considère comme un contrat[717], peut être appréhendé comme une convention hiérarchiquement supérieure à d'autres conventions. En *« contractant »* un mariage les époux se soumettent en effet à un ensemble de règles légales pouvant influer sur la formation des conventions. Mieux, ces règles légales déterminent parfois la validité même de conventions que les époux peuvent conclure. Les articles 215 et suivants du Code civil, qui définissent le régime matrimonial primaire, imposent pour former la vente de l'immeuble constituant le logement de famille l'autorisation des deux époux, sous peine de nullité, même si l'immeuble est un propre de l'un seul des époux. Un contrat, le mariage, détermine alors, indirectement, les conditions de validité d'une autre convention, la vente. Le premier contrat cité serait alors, au sens où nous l'avons défini, hiérarchiquement supérieur au contrat de vente. Pour parer l'éventuelle remarque selon laquelle « tout n'est pas contractuel » dans ce contrat, nous consacrerons quelques développements à une autre convention générée à l'occasion de cet évènement. Le mariage est en effet parfois synonyme de contrat de mariage. Or, cet acte peut être la source directe d'une hiérarchie de conventions.

224. L'article 1387 du Code civil dispose que *« la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent »*. Cet article fonde le pouvoir des époux d'organiser par une convention leurs rapports patrimoniaux pendant le mariage. Le contrat de mariage, ou convention matrimoniale, va donc régir une partie des actes conclus entre eux ou avec des tiers et avoir une influence certaine sur des actes de nature conventionnelle que les époux vont passer. Il est une véritable *« charte du foyer domestique »*[718]. Le régime matrimonial, lorsqu'il est conventionnel[719], est une référence permettant de juger de la régularité ou non d'actes

[717] Sur ce point, v. X. LABBEE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-il contractuels ?*, (Préface J. HAUSER), Septentrion PU, 1996 ; v. encore pour un débat sur la nature juridique du mariage, E. GOUNOT, *op. cit.*, p. 255 à 262.

[718] R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué selon l'ordre des articles du Code, Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, Tome I, Paris, C. Hingray, 1850, n° 16, p. 31.

[719] Nous exclurons donc de notre étude l'influence du régime légal de la communauté réduite aux acquêts, régime qui, bien qu'il ait été parfois présenté comme un régime conventionnel tacite, ne forme pas une convention, v. *contra*, R. TROPLONG, *op. cit.*, n° 18 p. 32, le législateur, *« a pris soin de ne pas permettre qu'il existe un mariage sans un contrat exprès, ou tacite et légal, qui règle les intérêts des époux »* ou encore n° 21 p. 36 *« quoique la communauté soit légale, ce n'est pas la loi qui en est la cause immédiate (...) la cause immédiate*

conventionnels. Le choix d'un régime matrimonial particulier modifie en effet la composition des masses des biens des époux et parfois les pouvoirs de chaque époux sur certaines catégories de biens. En définissant propriété et pouvoirs, le contrat de mariage sert de référence (A) pour juger de la validité des conventions dont les époux sont auteurs et qui portent sur leurs biens (B).

A. Stipulations références.

225. Les parties peuvent par un contrat de mariage stipuler deux types de clauses qui auront un effet sur la conclusion d'autres conventions en modifiant les pouvoirs dont chacun dispose sur certains biens. Cela peut se faire directement par le biais de clauses aménageant les pouvoirs des époux sur certaines catégories de biens (2), ou par le biais d'un aménagement conventionnel de la composition des différentes masses de biens (1).

1. Aménagements conventionnels de la composition des masses.

226. Depuis la réforme de 1965, le régime légal est le régime de la communauté réduite aux acquêts. Il s'impose aux époux à défaut d'un autre choix de leur part. Dans ce régime, de manière assez schématique, les biens sont répartis en deux masses, une masse de biens communs, composée principalement *« des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres »* ; une masse de biens propres, composée des biens acquis ou reçus avant le mariage, des biens propres par nature de l'article 1404 du Code civil, ainsi que les biens reçus par succession ou donation[720]. Cette répartition légale n'est pas immuable et les parties peuvent par convention aménager ce régime communautaire en lui apportant des modifications, tout en en conservant l'esprit, ou opter pour une répartition conventionnelle séparatiste.

227. Aménagements des régimes communautaires – Plusieurs aménagements conventionnels du régime légal peuvent influer sur la formation d'autres conventions. Le Code civil permet d'abord quelques « petits » aménagements modifiant le régime légal, il

qui produit cette communauté est une convention (...) ».

[720] Sauf stipulations contraires, v. l'article 1405 du Code civil.

prévoit en outre deux « régimes » conventionnels alternatifs au régime légal.

228. L'article 1387 du Code civil proclamant la liberté des conventions matrimoniales, les parties peuvent élaborer plusieurs clauses pour modifier tant le régime légal que ses variantes conventionnelles. Les époux peuvent ainsi modifier les actifs propres ou communs en stipulant des clauses permettant d'englober dans la masse commune certains biens ou catégories de biens qui en sont normalement exclus. Ils peuvent au contraire exclure des catégories de biens (ou un seul bien) de la communauté au profit de la masse des biens propres[721].

229. Les époux peuvent également opter pour un véritable régime conventionnel alternatif. La communauté des meubles et acquêts[722], ancien régime légal, est l'un de ces régimes. L'aménagement consiste à intégrer aux biens déjà communs dans le régime légal, des *« biens meubles dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour du mariage ou qui leur sont échus depuis par succession ou libéralité »* (sauf quand le donateur ou testateur en a disposé autrement, et sauf les biens meubles propres par nature de l'article 1404 du Code civil). Sont également communs les immeubles acquis entre le contrat de mariage et la date de célébration du mariage, sauf disposition contraire du contrat de mariage.

230. Les époux peuvent enfin opter pour un autre régime communautaire, la communauté universelle[723], le plus simple des régimes matrimoniaux[724]. La communauté comprend alors en principe tous les biens meubles et immeubles présents et à venir des époux à l'exception, sauf disposition contraire, des biens propres par nature[725] et des successions et libéralités quand l'auteur de celles-ci ou le *de cujus* l'a stipulé.

---

[721] Les biens propres par nature par exemple, qui sont exclus de la communauté dans un régime de communauté universelle par l'article 1526 du Code civil peuvent être par une stipulation contractuelle inclus dans celle-ci. De la même manière, un immeuble propre ou indivis peut être inclus dans la communauté par la volonté des époux. Un meuble pour une raison quelconque peut également être inclus ou exclu de la communauté afin d'avantager un époux ou de le protéger au contraire contre les futurs créanciers de la communauté.

[722] Sur ce point voir, F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 5ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2008, n° 433 et s. p. 347.

[723] *Ibid.*, n° 444 et s., p. 355.

[724] *Ibid.*

[725] Article 1526 du Code civil : *« Sauf stipulation contraire les biens que l'article 1404 déclare propres par leur nature ne tombent point dans cette communauté »*.

231. Aménagements en régimes séparatistes – Les époux peuvent encore opter pour des aménagements conventionnels à l'esprit séparatiste. Le plus célèbre et le plus utilisé des régimes conventionnels est celui de la séparation de biens prévu à l'article 1536 du Code civil. Dans ce régime, aucune masse commune, chaque époux est seul propriétaire des biens qu'il possède au jour du mariage comme des biens à venir. On parle ici de biens personnels (et non propres[726]). Les biens acquis ou reçus par les deux époux ensemble avant ou pendant le mariage sont soumis au régime de l'indivision, chacun possédant une part de celle-ci[727].

232. Les parties à une convention matrimoniale peuvent encore choisir le régime de la participation aux acquêts. La situation des biens des époux est alors la même. Seules changent les règles applicables à la dissolution du régime matrimonial. À ce stade « *chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final* ». Une estimation de la fortune de chaque époux doit donc être faite au jour du mariage et à la dissolution de celui-ci. Celui des deux époux qui se sera le moins enrichi aura alors droit à la moitié de la différence en valeur entre son enrichissement et celui de son conjoint.

233. Ces deux régimes de séparation des biens peuvent eux aussi être aménagés par les époux sur le plan de la composition des masses. Les régimes de séparation de biens, nous l'avons dit, ne créent en principe aucune masse commune. Pour pallier les difficultés relatives à l'établissement de la propriété de tel ou tel bien au profit de l'un ou l'autre des époux (comme le caractère indivis d'un bien), des clauses de déclaration d'apport peuvent être stipulées.

234. Toutes ces modifications opérées par les époux ont entre autres conséquences de conditionner la régularité de conventions dont les époux peuvent être les auteurs, au même titre que les aménagements que peuvent apporter les époux aux règles relatives à la gestion des biens.

[726] Même si l'on s'accorde pour reconnaître que les deux termes sont synonymes G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 114.

[727] F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 777, p. 622 et s.

2. Aménagements conventionnels de la gestion des biens.

235. Modifications conventionnelles de la gestion des biens – La répartition des biens dans les différentes masses peut bien entendu modifier les pouvoirs des époux sur chaque bien de leur patrimoine. Ces pouvoirs peuvent également être directement modifiés par le contrat de mariage, sans que la titularité des droits ne soit pour autant affectée. Dans les régimes communautaires, il est en effet loisible aux époux de se lier par plusieurs conventions en ce sens. Au nombre des principales clauses imaginables se trouvent, par exemple, les clauses dites d'administration conjointe prévues à l'article 1503 du Code civil. Par cette clause, les époux soumettent à leur double signature tout acte d'administration ou de disposition sur les biens communs. *A fortiori*, les époux peuvent dans le même esprit étendre la cogestion au-delà de son champ d'application légal, sans aller jusqu'à la cogestion intégrale mise en œuvre par la clause ci-dessus évoquée[728]. Les époux peuvent par ces clauses, par exemple, faire entrer dans le champ de la gestion conjointe les actes réservés par l'alinéa second de l'article 1421 à la gestion exclusive d'un seul époux (sans doute ne peuvent-t-il par contre pas les soumettre à la gestion concurrente[729]). Enfin, les parties au contrat de mariage peuvent se confier, par cette convention, mandat de gestion de certains biens ou de l'ensemble du patrimoine (ce mandat est, selon l'article 218 du Code civil, à tout moment librement révocable[730]). Cette stipulation est d'ailleurs l'une des seules admises en matière de régimes séparatistes. Les époux ne disposent en effet en matière de séparation de biens que de peu de marge de manœuvre et *« très rares sont, aujourd'hui, les règles de gestion susceptibles d'être l'objet d'aménagements conventionnels »*[731].

236. Tous ces aménagements conventionnels apportés à la composition des masses et à la gestion des biens communs s'imposent aux conventions conclues par les époux lesquelles, nous allons le voir, sont atteintes dans leur validité si elles violent l'une des stipulations du contrat de mariage.

[728] F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 555, p. 441.

[729] A. LAMBOLEY, *J.-Cl. Civil Code*, article 1497, v° *Communauté conventionnelle, généralité*, fasc. Unique, n° 139.

[730] Le régime de ce mandat étant en application de l'article 1431 du Code civil celui de droit commun, nous renvoyons sur cette question aux développements propres à cette convention.

[731] A. LAMBOLEY, *J.-Cl. Civil Code, op. cit.*, n° 90.

B. Des références conditionnant la validité des conventions ayant pour objet les biens des époux.

237. La convention matrimoniale liant les époux détermine, directement ou indirectement, les pouvoirs de ceux-ci sur leurs biens. En cela, cet acte conditionne la régularité des conventions que les époux peuvent conclure avec des tiers. Dans plusieurs hypothèses, le non respect par les parties des règles déterminées par le contrat de mariage va entacher d'un vice la convention irrégulièrement conclue. Cela peut être relevé à propos aussi bien des biens propres ou personnels (1) que communs (2).

1. Conventions portant sur des biens propres (ou personnels).

238. Conventions portant sur des biens propres – Quel que soit le régime choisi, la règle posée par l'article 225 est claire, chacun des époux administre, oblige et aliène seul cette catégorie de biens[732]. Dans l'hypothèse d'une gestion des biens propres d'un époux par l'autre époux au mépris de l'opposition du premier, le Code ne prévoit pas les conséquences de cette gestion vis-à-vis des tiers. Les alinéas 3 des articles 1432 (pour le régime de la communauté) et 1540 (pour la séparation de biens) disposent seulement que *« si c'est au mépris d'une opposition constatée que l'un des époux s'est immiscé dans la gestion des biens de l'autre, il est responsable de toutes les suites de son immixtion, et comptable sans limitation de tous les fruits qu'il a perçus, négligé de percevoir ou consommés frauduleusement ».* La doctrine considère cependant que l'époux dont les droits ont été bafoués peut invoquer l'inefficacité[733] des actes accomplis par son conjoint[734]. Cette inefficacité est une nullité pour certains[735], une inopposabilité pour d'autres[736]. Cette solution nous semble être parfaitement logique. Elle est celle retenue par la Cour de cassation[737]. Elle atteint quoi qu'il en soit la validité de l'acte et

[732] À l'exception des biens de nature particulière tel le logement de famille, mais ces restrictions sont alors légales et non conventionnelles.

[733] A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux,* 12ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2005, n° 547, p. 259.

[734] G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9ème édition, 1997, PUF, Coll. Thémis, n° 75, p. 394.

[735] G. YILDIRIM, *Rép. Civ., Dalloz*, v°- *Communauté légale (2° Gestion des biens),* n° 32 ; Y. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux,* 2ème édition, Armand Colin, Coll. U. Série droit privé, n° 394, p. 387.

[736] G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux,* Sirey, 1978, n° 261, p. 217.

[737] Civ. 1, 6 juillet 1976, *Bull. civ*. I, n° 246, p. 200, *JCP G*., 1978, II, 18845, note R. LE GUIDEC ; qui rejette le

révèle une hiérarchie de conventions.

239. Liquidation de la participation aux acquêts – Une autre situation qui mérite notre attention est celle existant en matière de participation aux acquêts. L'article 1573 indique que pour calculer le patrimoine des époux au jour de la liquidation de la communauté, doivent être considérés comme faisant partie des biens existants d'un époux ceux dont il a disposé par donation sans le consentement de son époux ou ceux qu'il a aliéné frauduleusement. L'article 1577 précise que l'époux qui bénéficie d'une créance de participation peut en poursuivre le recouvrement sur ces biens. Sous couvert de l'indépendance de la gestion des patrimoines, ces dispositions tendent à établir une *« cogestion de fait des biens correspondant* [en communauté] *à des acquêts »*[738]*,* en exigeant expressément le consentement du conjoint avant toute donation. Ce consentement, même s'il n'est pas obligatoire, s'imposera sans doute aussi aux autres aliénations dans la mesure où notaires et cocontractants des époux auront tendance à faire intervenir le conjoint à l'acte[739]. Si l'on retient l'exemple de la donation, pour lequel le consentement de l'époux est expressément exigé, le choix du régime de participation aux acquêts revient à soumettre la disposition à titre gratuit d'un bien personnel acquis pendant le mariage au consentement du conjoint. Une condition conventionnelle (trouvant son origine dans la convention matrimoniale) est donc posée pour que soit accompli un acte ayant également une nature conventionnelle (la donation).

240. En cas de contravention à la règle fixée par l'article 1573 du Code civil, la sanction reste à préciser. Certains auteurs affirment que l'acte ainsi accompli par un époux ne serait pas nul[740], d'autre qu'il est inopposable à l'époux dont le consentement a été oublié. Sans doute faut-il à ce stade faire une distinction en deux temps. Dans un premier temps, la sanction de l'absence du consentement frappe uniquement l'époux en contravention avec les dispositions précitées. Les biens aliénés ou donnés sont de manière fictive réunis aux biens qu'il possède réellement. *« On fait « comme si » les biens en question n'avaient pas quitté le patrimoine de l'époux aliénateur, on ne remet pas pour autant en question – du moins dans l'immédiat et*

---

pourvoi formé contre une décision de la cour d'appel de Toulouse qui avait prononcé la nullité d'un bail consenti par un époux notoirement en instance de divorce sur un bien propre de son épouse.

[738] G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.,* n ° 122, p. 636.

[739] S. DAVID, A. JAULT, *Rép. Civ., Dalloz,* v° *Participation aux acquêts,* n° 58*;* F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux, op. cit.,* n° 819, p. 665.

[740] F. TERRE, P. SIMLER, *Ibid.*

nécessairement – les opérations d'aliénation elles-mêmes »[741]. C'est dans l'hypothèse où les biens d'un époux ne suffisent pas à assurer le paiement de sa créance de participation qu'une restitution peut avoir lieu de la part du tiers. L'époux créancier bénéficiait avant la loi de 1985 d'une action révocatoire et les aliénations et donations lui étaient inopposables[742]. Le terme d'action révocatoire a été abandonné dans les dispositions actuelles[743]. Aujourd'hui, chacun s'accorde pour reconnaître à l'action du créancier la nature d'une véritable action paulienne[744]. L'article 1578 du Code civil précise que l'action ouverte contre les tiers l'est en vertu de l'article 1167. La sanction de cette action étant l'inopposabilité de l'acte[745], il y a donc ici une hiérarchie entre deux normes conventionnelles, que l'on retrouve encore en matière de gestion des biens communs.

2. Conventions portant sur des biens communs.

241. La gestion des biens communs offre un schéma plus complexe. Il est difficile de révéler une hiérarchie en ce qui concerne les biens soumis à une gestion concurrente des époux. Chacun ayant le pouvoir d'engager seul la communauté, si un époux contracte sur un bien commun, l'acte est valable.

242. La question des biens soumis à gestion conjointe semble, elle, plus intéressante. Rappelons qu'outre l'institution d'une communauté conventionnelle (laquelle en modifiant la composition des masses, influence directement les pouvoirs des époux sur certains biens), les époux peuvent également stipuler des clauses d'administration conjointe. Celles-ci, comme les autres conventions imaginables qui altèrent les pouvoirs des époux seuls, sont de véritables conditions de validité des conventions que les époux pourraient conclure sur les biens soumis à cogestion. L'époux qui a dépassé ses pouvoirs en agissant seul, alors que l'intervention de son conjoint était prescrite conventionnellement, peut en effet voir les actes accomplis annulés. L'article 1427 du Code civil offre à celui dont le consentement a été bafoué une

[741] S. DAVID, A. JAULT, *Rép. Civ., Dalloz, op. cit.,* n° 214.

[742] S. PIEDELIEVRE, *J.-Cl., Civil Code*, articles 1569 à 1581, v° Participation aux acquêts, Fasc. Unique, n° 19.

[743] A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux, op. cit.,* n° 1266, p. 584.

[744] A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux, op. cit.,* n° 1299, p. 596; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.,* n° 129 p. 677; F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux, op. cit.,* n° 852, p. 688.

[745] Civ. 1, 1er juillet 1975, *Bull. Civ.*, I, n° 213.

action en nullité qui lui est ouverte pendant deux ans[746]. La sanction vaut aussi bien lorsque la gestion conjointe est imposée par la loi que par une modification conventionnelle (telle une clause d'administration conjointe)[747].

243. Enfin, reste la question des biens communs dont la gestion est exclusivement réservée à l'un des époux. À l'instar de ce qui a cours en matière de dépassement de pouvoir sur les biens objets de gestion conjointe, l'article 1427 frappe à n'en pas douter[748] l'acte de l'époux qui abuse de ses pouvoirs par le prononcé d'une nullité[749]. Cette sanction révèle encore le caractère hiérarchiquement supérieur de la convention matrimoniale sur d'autres actes de même nature.

244. Conclusion : Une hiérarchie de normes conventionnelles – Le contrat de mariage, en modifiant les masses de biens communes et propres (ou personnels), comme en modifiant directement les règles de gestion des biens, détermine les pouvoirs des époux sur les biens dont ils sont propriétaires. *« Déterminer le régime matrimonial, c'est »*, comme l'ont écrit certains, *« opérer une répartition des pouvoirs entre les époux. De cette répartition dépendra la validité des actes que chacun pourra ultérieurement passer sur telle ou telle catégorie de biens »*[750]. L'époux qui accompli seul un acte conventionnel, telle une vente à un tiers, peut valablement le faire uniquement parce que ce bien est défini comme étant un bien propre ou personnel par le contrat de mariage. Si tel n'est pas le cas, nous l'avons vu, l'acte accompli sur un bien propre de son conjoint n'est alors pas valablement formé. Une convention, le contrat de mariage, détermine donc les conditions de la validité d'une autre convention, le contrat de vente entre l'époux et un tiers. La démarche du juge confronté à un problème de validité de la vente consentie par un époux, conduira nécessairement ce dernier à étudier le contenu de la convention matrimoniale afin de déterminer les pouvoirs de l'époux auteur de la vente sur le bien objet de celle-ci. C'est en référence à cette convention que sera jugée la

[746] *« Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation.*
L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté ».

[747] A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 1115, p. 509.

[748] F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 480, p. 384.

[749] V. les dispositions de cet article ci-dessus, note n° 745

[750] J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2ème édition, Armand Colin, 2001, n° 169, 157.

validité de la vente. Il en va de même lorsqu'un époux aura abusé de ses pouvoirs sur les biens communs (lorsqu'ils sont conventionnellement soumis à une gestion conjointe par exemple). Là encore, c'est parce que la convention matrimoniale prévoit une clause de gestion conjointe qu'un acte accompli par le mari ou la femme seul pourra être frappé de nullité. C'est encore une fois en référence à cette convention entre époux que sera jugée la validité de la convention consentie à un tiers. Toutes ces hypothèses offrent donc une nouvelle illustration de la réalité de la hiérarchie des conventions en droit positif. L'intérêt de la convention matrimoniale ne s'arrête d'ailleurs pas là. Nous aurions encore pu démontrer sa supériorité hiérarchique à l'égard d'autres conventions en raison de son immutabilité. Les parties ne peuvent en effet, en principe, pas modifier par des conventions conclues entre elles ou avec des tiers les stipulations de la charte de la famille. Tout acte (et donc toute convention) ayant pour objet ou pour effet de modifier le régime matrimonial des époux[751] est en effet atteint dans sa validité[752]. Cela illustre à nouveau une hypothèse de hiérarchisation de plusieurs conventions (hypothèse sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir[753]).

*

* *

[751] La Cour de cassation ayant précisé qu'il y a « *changement prohibé au régime matrimonial légal ou conventionnel (...) toutes les fois que le maintien de conventions passées ou d'arrangements conclus pendant le mariage aurait pour résultat d'altérer ou de neutraliser les effets réguliers ou légaux que devaient produire les clauses du contrat de mariage ou les dispositions de la loi* » (Civ. 1, 5 novembre 1985, *Bull. Civ.* I, n° 285 p. 254 ; *JCP N.*, 1986, II, 247, note P. SIMLER) les époux ne peuvent donc pas opter par une simple convention pour une communauté réduite aux acquêts en lieu et place du régime séparatiste prévu au contrat de mariage (C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français,* Troisième édition, Tome IV, Paris, Cosse et Marchal, 1860, n° 503, p. 219) Sont également prohibées les conventions ayant pour effet de modifier la répartition conventionnelle des biens, telles les ventes entre époux d'un bien commun (Rép. min., J.O. 5 janvier 1987, Déb. Ass. nat., Questions et réponses, p. 69 ; J.O. 13 avril 1987, Déb. Ass. nat., Questions et réponses, p. 2159) ou d'un bien propre au profit de la communauté (MORIN G., « La vente entre époux », *Defrénois* 1991, n° 20, p. 1089, spéc. n° 9). Il en va de même d'un mandat qui ne serait pas révocable (l'article 218 du Code civil dispose en effet dans son alinéa second que *« Il [l'époux] peut, dans tous les cas, révoquer librement ce mandat »*).

[752] Même si les dispositions actuelles du Code de 1804, pas plus que ne le faisait l'ancien article 1395 du Code civil, ne précise quelle est la sanction de ces dispositions, celle-ci ne donne lieu à aucune controverse. La règle est simple, *« les actes par lesquels les époux ont, pendant le mariage, modifié leurs conventions matrimoniales, sont frappés de nullité »* (C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, Seconde édition, Tome II, Bruxelles, Méline & Cans, 1850, § 503, p. 188), La jurisprudence a consacré cette solution à de nombreuses reprises (par exemple Civ.1., 28 juin 1983, *Bull. Civ*., I, n° 190 ; *D.* 1984. 254, Note G. MORIN).

[753] V. *Infra,* n° 515 et s.

245. Une première série d'exemples tirés du droit positif permet donc d'illustrer que deux conventions peuvent parfaitement s'ordonner hiérarchiquement. Autrement dit, une convention, « organisation », peut déterminer les conditions de la validité d'une autre convention. Cela se vérifie dans l'hypothèse où l'organisation se traduit par l'émergence d'une personne morale, mais également dans l'hypothèse inverse. Les statuts de la société déterminent les conditions de validité de plusieurs conventions conclues par la société ou entre les associés. Il en est de même pour le règlement de copropriété qui détermine la validité de plusieurs conventions ayant pour objet l'immeuble organisé en copropriété. Enfin, les conventions matrimoniales, en déterminant les pouvoirs des époux sur leurs biens ou la titularité des droits de ces derniers, déterminent la validité d'opérations contractuelles portant sur ces biens.

246. La spécificité de ces conventions, qui peut en partie expliquer cette domination qu'exercent sur d'autres actes, la société, le règlement de copropriété ou la convention matrimoniale, n'est cependant pas déterminante dans l'établissement d'une hiérarchie entre conventions. D'autres contrats, dont on prétend qu'ils sont plus classiques, et qui n'entrent donc pas dans cette catégorie originale des « contrats organisation », se comportent également à l'égard d'autres conventions comme de véritables constitutions.

SECTION II – LES HIÉRARCHIES FONDÉES SUR UNE « CONVENTION ÉCHANGE ».

247. Nous nous proposons de faire la démonstration que la hiérarchie des conventions déjà mise en évidence ne devait rien à la spécificité des « contrats organisation » qui composaient en partie ces structures hiérarchiques. Pour ce faire, nous étudierons certaines conventions parmi les plus communes (toutes ou presque sont issues du Code civil). Toutes ces « conventions échange » révèlent pourtant une hiérarchie entre deux conventions. C'est le cas du mandat (§1), des avant-contrats de vente (§2), des conventions d'indisponibilité (§3) ou encore des contrats principaux dans leurs relations avec des sous-contrats (§4).

§1. Le mandat.

248. *« Le mandat est le contrat par lequel une personne donne à autrui le pouvoir d'accomplir un acte juridique pour son compte et en son nom »*[754]. Le mandat transfère donc un pouvoir du mandant au mandataire, pouvoir qui ne peut cependant être sans bornes. Les pouvoirs transférés doivent l'être dans certaines limites qui sont variables et qui sont définies par le contrat lui-même qui sert alors de norme de référence par rapport à la convention projetée (A). Cette dernière convention ne sera le plus souvent pas valable si elle n'est pas conclue dans les limites définies (B).

A. Stipulations références.

249. Le mandat doit définir en son sein les limites du pouvoir que le mandant confie au mandataire. Connaître avec précision l'étendue du mandat est essentiel et plusieurs dispositions du Code civil sont d'ailleurs consacrées à cette question, tels les articles 1986, 1987 et 1988, ou encore des dispositions relatives à certains mandats spéciaux. Le mandat donné doit être limité, il peut l'être dans son objet (1) et/ou dans sa durée (2).

1. L'objet du pouvoir.

250. On distingue classiquement[755] (et même si la distinction est parfois *« subtile »*[756]*)* deux types de limites pouvant être définies dans le contenu du pouvoir conféré à un mandataire. Elles sont relatives à l'objet et à la nature des actes à accomplir. À côté de cela, il est possible pour les parties de prévoir à quelles conditions l'acte doit être accompli[757].

251. Objet des actes à accomplir – Aux termes de l'article 1987 du Code civil, le mandat peut être *« spécial, ou pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant »*. Le mandat spécial a pour but de donner pouvoir au mandataire pour agir sur un bien ou sur une question particulière. Le mandat général donne à

[754] P. PETEL, *Le contrat de mandat*, Dalloz, Coll. connaissance du droit, 1994, p. 2.

[755] *Ibid.* p. 33.

[756] *Ibid.*

[757] *Ibid*. p. 34.

l'inverse pouvoir au mandataire d'agir sur une multitude de questions. Il s'agit donc là du premier point sur lequel peuvent porter les limites des pouvoirs attribués.

252. Nature des actes à accomplir – L'article 1988 du Code civil vise lui la détermination de la nature des actes que le fondé de pouvoir peut valablement accomplir. Le mandat rédigé en des termes généraux ne permet à celui qui reçoit les pouvoirs de n'accomplir que des actes d'administration. L'accomplissement d'actes de disposition requiert un mandat exprès.

253. Conditions de l'acte à accomplir – En plus de pouvoir préciser s'il est exprès et/ou spécial, le contrat de mandat peut déterminer à quelles conditions l'acte projeté doit être accompli. Il s'agit par exemple en matière de vente de convenir du prix auquel un bien devra être cédé ou acquis, ou pour une vente en viager, de déterminer à quelle date la révision de rente annuelle doit avoir lieu[758]. Si un mandat impératif est donné au mandataire, il devra s'y conformer. L'article 1989 du Code civil prévoit en la matière que *« le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat »*. Ces conditions doivent être impérativement respectées. À défaut, le mandataire engage sa responsabilité voire, la validité de l'acte.

2. La durée du pouvoir.

254. Bien que l'article 2003 du Code civil ne fasse pas de l'échéance du terme l'une des *« différentes manières dont le mandat finit »*, les parties peuvent valablement donner mandat pour une durée déterminée. La limite dans le temps des pouvoirs donnés au mandataire est même la règle pour certains mandats spéciaux (celui donné à l'agent immobilier[759] ou au géomètre-expert[760]) sous peine de nullité[761].

255. Les pouvoirs attribués aux mandataires peuvent donc être limités par la convention

[758] Civ. 1ère, 2 décembre 1992, *Bull. civ.* I, n° 298, p. 195, *Defrénois*, 1993, n° 18, p. 1070, Commentaire G. VERMELLE ; *RTD com.* 1993, p. 567, note B. BOULOC.

[759] G. DURANTON, *Rép. Dr. Com., Dalloz, v° Agent immobilier*, n° 237.

[760] L'article 138 du décret n° 96-478 du 31 mai 1996 portant règlement de la profession de géomètre expert et Code des devoirs professionnels dispose que *« le mandat d'entremise immobilière précise son objet et l'étendue des pouvoirs confiés au géomètre expert* ***ainsi qu'à peine de nullité, sa durée de validité****…»*.

[761] L'article 7 de la loi du 2 janvier 1970, dite « loi Hoguet », dispose en effet *« sont nulles les promesses et les conventions de toute nature relatives aux opérations visées à l'article 1er qui ne comportent pas une limitation de leurs effets dans le temps »*.

liant ce dernier à son mandant. Ce sont notamment ces limites et la sanction de leur dépassement qui permettent de révéler le caractère de norme supérieure, par rapport à la convention projetée, du contrat de mandat.

B. Des références conditionnant la validité des conventions conclues en application du mandat.

256. Parce qu'*« il n'est pas concevable que la personne pour le compte de laquelle l'intermédiaire [est] censé agir supporte un acte qu'il ne voulait pas »*[762], le mandant ne peut être tenu que par ce qui est fait dans les limites du pouvoir qu'il a donné à son mandataire[763]. Si ce dernier agit au-delà, le mandant n'est alors (exception faite de la ratification[764] et du mandat apparent) pas tenu par l'acte ainsi conclu. Mais plus que cette inopposabilité[765] de l'acte accompli en dépassement du pouvoir confié par le mandataire, la sanction frappant le second contrat est la nullité (le caractère relatif ou absolu de celle-ci étant incertain tant en jurisprudence[766] qu'en doctrine[767]).

257. Ce rapport de hiérarchie se retrouve dans l'hypothèse la plus classique de dépassement de pouvoir, telle la conclusion d'une vente à des conditions différentes de celles stipulées dans le mandat[768], ou dans la stipulation d'une clause attributive de compétence, exorbitante du droit commun, par un mandataire devant seulement souscrire des ordres d'insertion dans l'annuaire[769]. Il en va encore de même, notamment, en cas d'expiration du mandat. La validité d'une vente est en effet fonction de la date d'expiration du mandat confié à un notaire pour

[762] N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, (préface C. JAMIN), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 485, 2007, n° 840, p. 377.

[763] Article 1998 al. 2 du Code civil, *« Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement »*.

[764] *Ibid.*

[765] Ass. Plén. 28 mai 1982, *Bull. civ.* AP, 1982, n° 3, p. 5 ; *D.* 1983, juris, p. 349 Note E. GAILLARD et p. 117, conclusions J. CABANNES.

[766] Pour la nullité absolue v. par exemple, Civ. 3, 15 avril 1980, *Bull. civ*. III, n° 73, p. 53, *D.* 1981, IR, p.314, note J. GHESTIN c*ontra* v. Civ. 1, 2 novembre 2005, *RTD civ.* 2006, p. 138, obs. P.-Y. GAUTIER.

[767] M. MEKKI., *J.-Cl. Civil Code*, articles 1991 à 2002, v° Mandat, Obligations du mandant, Effets entre les parties, Effets à l'égard des tiers, fasc. 20, n° 61.

[768] Civ. 1ère, 2 décembre 1992, *précité.*

[769] Com. 23 janvier 2001, *inédit*, pourvoi n° 97-11944.

procéder à celle-ci[770]. L'acte passé par un mandataire dont les pouvoirs ont expiré est entaché de nullité[771].

258. Conclusion : Une hiérarchie de normes conventionnelles – Le mandat est donc une convention hiérarchiquement supérieure à une autre. Il sert en effet systématiquement de référence pour juger de la validité de l'acte conclu en application de ses stipulations. C'est donc toujours, dans toutes les hypothèses envisagées, en se référant aux termes du contrat unissant mandant et mandataire que le juge devra apprécier la validité de l'acte accompli par ce dernier. Accompli dans les limites définies, l'acte sera valable. Accompli hors des limites définies, l'acte verra sa validité potentiellement compromise. La validité de l'acte juridique conventionnel accompli par le mandataire est donc fonction des termes du mandat. Ce dernier détermine incontestablement les conditions de la validité d'une autre convention.

259. Importance de l'exemple du mandat – Le mandat est donc comme d'autres conventions déjà étudiées une convention à la base de la validité d'autres actes de même nature. Ce contrat n'est pas une simple hypothèse supplémentaire de hiérarchie entre conventions. Il est important de relever l'intérêt particulier que présente l'étude du mandat. Cette convention recouvre un nombre conséquent de situations[772]. Le mandat est une *« technique indispensable à la vie juridique »*[773] et ne se limite plus à l'hypothèse classique du contrat gratuit conclu *« entre amis »*[774]. Ce contrat a évolué[775], il a même connu selon certains une *« véritable explosion »*[776]. De nombreux professionnels l'utilisent aujourd'hui[777] et son utilité ne se limite pas à l'activité des personnes physiques. Cette convention est également indispensable au fonctionnement des personnes morales qui ne peuvent agir que par le

[770] Civ. 1, 7 mars 1972, *Bull. civ.* I, n° 72, p. 66, solution implicite.

[771] A. BENABENT, *Droit civil, Les contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, Coll. Précis Domat, 8ème édition, 2008, n° 955, p. 456 ; par exemple, pour la nullité de l'acquisition d'actions au-delà du délai fixé, Com. 26 mars 2008, *RTD civ.*, 2008, p. 689, Note P.-Y. GAUTIER.

[772] P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 521, p. 271.

[773] P. PETEL, *op. cit.*, p. 1.

[774] P. LE TOURNEAU, « De l'évolution du mandat », *D.* 1992, Ch., p. 157.

[775] *Ibid.*

[776] A. BENABENT, *Droit civil, Les contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 902, p. 424.

[777] P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 521, p. 272.

« truchement de leurs organes »[778]. Les développements sur le mandat auraient donc également pu trouver leur place dans ceux consacrés à différentes conventions déjà étudiées ou non. À côté de ceux abusivement qualifiés de mandataires[779] (les mandataires sociaux[780] ou le syndic de copropriété, mandataire du syndicat des copropriétaires[781], qui sont des représentants légaux) d'autres, comme le président d'une association, sont de véritables mandataires[782] de cette personne morale dont les pouvoirs sont fixés conformément aux dispositions de la convention d'association[783]. Pour toutes ces raisons, l'importance du mandat dans la démonstration de l'existence de rapports hiérarchiques entre conventions devait être soulignée.

260. Un autre rapport conventionnel permettra à nouveau de souligner l'omniprésence des situations hiérarchiques entre conventions en droit positif, les avant-contrats de vente.

§2. Les avant-contrats de vente.

261. L'avant-contrat est l'une de ces conventions dont l'objet est la préparation d'un autre acte juridique conventionnel. Le pacte de préférence, comme la promesse unilatérale de vente, ont en commun notamment cet aspect de projeter une future vente en anticipant dans une certaine mesure sur les parties et les conditions de celle-ci. Ces actes sont une référence (A) à la lueur de laquelle la validité d'autres conventions, telle la vente à un tiers, sera appréciée (B).

A. Stipulations références.

262. Le rôle de référence de l'avant-contrat à l'égard d'autres conventions se vérifie aussi bien en ce qui concerne les pactes de préférence (1) que les promesses unilatérales de vente

[778] P. LE TOURNEAU, *précité*, p. 157.

[779] P. PETEL *Le contrat de mandat, op. cit*., p. 7 et 16.

[780] Dont le cas ne relève pas de cette étude leur mandat étant d'origine légale *Ibid.*

[781] C. ATIAS, *Rép. Dr. Imm., op. cit.,* n° 465 ; C. LOMBOIS, « Commentaire de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis », *D.* 1966, législation, p. 107.

[782] Civ. 1ère, 5 février 1991, *Rev. Société*, 1991 p. 773, note D. RANDOUX.

[783] *Ibid.*

(2).

1. Stipulations du pacte de préférence.

263. Le pacte de préférence est une *« convention par laquelle une personne s'engage, pour le cas ou elle déciderait de vendre un bien, à l'offrir d'abord au bénéficiaire du pacte (lequel jouit ainsi pour se porter acquéreur, d'un droit de préemption) »*[784]. Cette convention détermine en cela un élément d'un autre acte juridique, elle est une référence de ce qui doit être dans la mesure où elle impose ou prohibe certaines conventions accomplies dans certaines conditions.

264. Une obligation de ne pas vendre prioritairement à un tiers – La doctrine admet presque unanimement[785], comme la jurisprudence[786], que le pacte de préférence pose une obligation de faire, celle d'offrir *« au bénéficiaire la préférence s'il vend »*[787]. D'autres considèrent que le promettant s'est *« irrévocablement engagé à contracter avec le bénéficiaire du pacte de préférence au cas où il déciderait finalement de vendre »*[788]. Le modèle de référence posé dans cette hypothèse serait donc à peu près le suivant. Vendre au bénéficiaire si l'on décide de vendre.

265. Le modèle peut également être traduit en termes d'obligation de ne pas faire[789] (obligation qui *« consiste de la part du débiteur à s'abstenir de tel ou tel acte qu'il aurait sans cela le droit d'accomplir, celles qui ont pour objet une abstention que le créancier a le droit*

[784] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 652.

[785] V. par exemple, L. AYNES, Obs. Civ. 3, 4 janv. 1995, *D.* 1995, *Somm.* p. 236 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 145, p. 94 ; D. MAZEAUD, « La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat », *D.* 1997, p. 475, spéc. n° 7 ; P. JOURDAIN, « Responsabilité pour violation d'un pacte de préférence : la Cour de cassation condamne la substitution de contractants », Note sous, Civ. 3, 30 avril 1997, *RTD civ.* 1997 p. 673.

[786] Civ. 1, 10 juillet 2002, qui énonce *«Attendu, d'abord, que l'arrêt retient, à bon droit, que l'article 1143 du Code civil n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence* ***qui met une obligation de faire à la charge du débiteur*** *»*, inédit, numéro de pourvoi 00-13669.

[787] P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 145, p. 94.

[788] D. MAZEAUD, « La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat *», précité*, n° 7.

[789] Par exemple, P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil*, *Contrats spéciaux*, 6ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2008, n° 28, p. 25.

d'exiger »[790]). Comme le relève à juste titre un auteur, *« s'abstenir d'aller conclure le contrat définitif de vente (…) avec un autre que le bénéficiaire, c'est nettement une obligation de ne pas faire »*[791]. Cette analyse nous semble la plus juste. En effet, il nous paraît évident que le promettant a l'obligation de ne pas conclure la vente avec un tiers avant que le bénéficiaire de la préférence n'ait décliné l'offre à lui faite par son cocontractant. Quant à l'obligation de faire, nous avons du mal à en saisir la substance. Elle ne peut pas être celle d'offrir. En effet le promettant peut librement choisir de ne pas vendre sans violer le pacte de préférence. Quant à celle d'offrir *« au bénéficiaire la préférence s'il vend »*[792], quelle serait la substance de cette obligation ? Quelle serait sa spécificité par rapport à l'obligation de ne pas faire mentionnée précédemment ? Dans quelle hypothèse cette obligation de faire serait-elle violée ? Le promettant pourrait-il ne pas offrir la préférence au bénéficiaire s'il vend, sans violer l'obligation de ne pas *« traiter avec un tiers avant que le bénéficiaire ait décliné [la] proposition »*[793] ? De surcroît, si l'on considère comme certains que *« le promettant avait d'ores et déjà donné de manière irrévocable son consentement à la vente au profit du bénéficiaire pour le cas où il se déciderait à vendre »*[794], ce qui déclenchera la possibilité pour le bénéficiaire d'exercer son droit, c'est la mise en vente du bien. Si le consentement à la vente est déjà donné, que peut devoir faire le promettant ? De quelle obligation de faire serait-il tenu ? D'une obligation « d'information » à la rigueur. Informer le bénéficiaire qu'il souhaite vendre. La violation ne se matérialisera pas en pratique par un défaut d'information, mais par la vente faite en priorité à un tiers. À moins de la confondre avec une obligation de ne pas faire, il nous semble donc que le promettant n'est pas tenu d'une obligation de faire. Le pacte de préférence pose donc à nos yeux une norme qui est un modèle de comportement consistant à ne pas vendre prioritairement à un tiers. Le modèle peut être aménagé de quelques modalités.

---

[790] C. BEUDANT, Cours de droit civil, 2ème édition par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VIII par G. Lagarde, n° 423, cité par P.-Y. GAUTIER, « Violation du pacte de préférence : de la relativité de la division des obligations de faire et de ne pas faire, ou comment d'une commodité, on a fait un principe », observations sous Civ. 1, 10 juillet 2002, *RTD civ.* 2003 p. 107.

[791] P.-Y. GAUTIER, *Ibid.*, p. 107 ; En ce sens v. également, T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTD civ*. 2009, p. 433, spéc. n° 7.

[792] P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 145, p. 94.

[793] B. PETIT, *J.-Cl. Civil Code*, article 1109, v° Contrats et obligations, Consentement, Fasc. unique, n° 57.

[794] P. JOURDAIN, « Responsabilité pour violation d'un pacte de préférence : la Cour de cassation condamne la substitution de contractants », *précité*, p. 674, l'opinion n'est pas celle de l'auteur qui plaide pour une obligation de faire, qui consiste à « consentir ».

266. Modalités de l'obligation – À côté de cette obligation de ne pas vendre à autrui sans avoir prioritairement offert au bénéficiaire du pacte de préférence d'acheter, le pacte peut également contenir d'autres éléments qui seront utilisés pour juger du respect ou non des dispositions du pacte par une autre convention. Cette interdiction peut par exemple être assortie d'un délai pendant lequel il sera possible d'exercer son droit de préférence. De la même manière, certaines conditions de forme de l'acceptation peuvent également être prévues. De manière plus exceptionnelle le prix de la chose peut être valablement déterminé (pour éviter la spéculation immobilière par exemple[795]).

267. Toute comme le pacte de préférence, la promesse unilatérale de vente contient également des stipulations références.

2. Stipulations de la promesse unilatérale de vente.

268. Une obligation de ne pas vendre prioritairement à un tiers – La promesse unilatérale de contrat est *« l'accord de volonté par lequel une personne s'engage immédiatement envers une autre à passer avec elle un certain contrat à des conditions déterminées, le bénéficiaire de cet engagement – investi d'un droit d'option pendant un délai donné – restant libre de ne pas conclure le contrat envisagé ou de le conclure en levant l'option »*[796]. Là encore, et la définition donnée le laisse apparaître, l'obligation du promettant est dans ce contrat analysée le plus souvent comme une obligation de faire par la doctrine[797] et par la jurisprudence[798]. Le promettant serait tenu de *« conclure le contrat »*[799]. Là encore cette analyse nous semble contestable[800]. Comme en matière de pacte de préférence, s'*«il y a sans*

[795] Civ. 3, 23 septembre 2009, *D.* 2009, p. 2573, Chron. MONGE A.-C., NESI F. ; *RTD civ.* 2009, p. 717, Note B. FAGES et 2010, p. 127 note P.-Y. GAUTIER ; *AJDA* 2010, p. 685, Note F. BOUYSSOU, C. TEISSEYRE ; *AJDI* 2010, p. 578, note F. COHET-CORDEY ; *RDC* 2010, n° 1, p. 32 Observations T. GENICON ; *Defrénois* 2010, n° 1, p. 104, note R. LIBCHABER ; *Contrats, conc. conso*., n° 1, 2010, comm. 2, Note L. LEVENEUR, *JCP G*, 2009, 479, note G. PILLET.

[796] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., p. 731.

[797] J. GHESTIN, *la formation du contrat*, *op. cit.*, n° 332 et s. p. 299.

[798] Par exemple, Civ. 3, 15 décembre 1993, *D.* 1994, p. 230, Observations O. TOURNAFOND ; p. 507, Note F. BENAC-SCHMIDT ; *D.* 1995, p. 87, Observations L. AYNES.

[799] J. GHESTIN, *Ibid. ;* v. cependant, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 3, p. 7 *« Le promettant ne s'oblige pas à conclure un contrat, mais donne immédiatement son consentement à la vente »*.

[800] En ce sens par exemple, F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires de la vente d'immeuble*, Sirey, Coll. Immobilier Droit et Gestion, 1988, n° 227 et s., p. 129 et s. en particulier n° 231 et 232.

doute une obligation de ne pas faire (ne pas passer d'actes contraires à la promesse, par exemple ne pas vendre le bien à un tiers»[801]), nous identifions mal de quelle obligation de faire le promettant serait tenu. Conclure le contrat[802]? Continuer à vouloir conclure le contrat ou consentir ? Ces explications ne sont pas satisfaisantes[803]. De surcroît, une fois l'option levée, le promettant n'a plus rien à faire et le transfert de propriété s'opère automatiquement. Sous réserve de l'existence de l'obligation de donner[804], le promettant serait après la levée de l'option tenu d'une telle obligation or, *« on ne peut expliquer pourquoi c'est la levée de l'option par le bénéficiaire qui changerait la nature de l'obligation du promettant»*[805]. Il n'y a donc selon nous qu'une obligation de ne pas faire[806], même si l'effet de ce contrat ne se résume pas à cette seule obligation[807].

269. Modalités de l'obligation – Comme en matière de pacte de préférence l'interdiction de vendre à un tiers sans que le bénéficiaire n'ait renoncé peut s'accompagner de modalités. Elles peuvent consister en une durée pendant laquelle la promesse sera valable ou encore en des modalités formelles. Le prix doit quant à lui également être déterminé.

270. Pactes de préférence et promesses unilatérales de vente contiennent donc une série de stipulations qui peuvent servir de référence pour juger de la compatibilité ou non d'une convention avec leurs stipulations. Ces actes imposent dans le rapport entre les parties un modèle de comportement en vertu duquel quelque chose ne doit pas être. Ce modèle de comportement exprimé en termes obligationnels entre les parties, se traduit *« sur le terrain du futur contrat de vente* [comme] *un élément de sa formation »*[808].

---

[801] P. ANCEL, *« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », précité,* n° 21, p. 785 et 786.

[802] J. GHESTIN, *la formation du contrat, op. cit.,* n° 332 et s. p. 299 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* p. 731.

[803] Sur ce point v. F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires de la vente d'immeuble, op. cit.,* qui relève qu'une telle obligation ne peut être constituée. Le promettant a déjà irrévocablement consenti dans une convention sur laquelle il ne peut pas revenir. L'article 1134 l'en empêche, v. n° 231, p. 131 et l'analyse de Monsieur ANCEL poursuivant celle de l'auteur, *article précité,* n° 21, p. 785 et 786.

[804] M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *précité.*

[805] *Ibid. spéc.* n° 18.

[806] Voir P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit.,* 58, p. 57.

[807] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », n° 21, p. 785 et 786.

[808] P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit.,* n° 58, p. 57.

B. Des références conditionnant la validité des ventes conclues en contravention de l'avant-contrat.

271. Le régime de la violation de la promesse unilatérale de vente (2), comme celui de la violation du pacte de préférence (1), s'ils divergent sur certains points, ont en commun un aspect particulièrement important dans la perspective qui est la nôtre, la nullité, sanction pouvant frapper aussi bien la violation de l'une ou de l'autre de ces conventions.

1. En matière de pactes de préférence.

272. Le pacte de préférence peut entraîner la nullité d'une vente qui ne respecterait pas la priorité conventionnelle donnée au bénéficiaire. Cette sanction, qui n'est plus une simple option pour le juge[809] (le bénéficiaire du pacte étant en droit *« d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits »*[810]), n'est cependant pas automatique et certaines conditions préalables doivent être réunies pour la prononcer.

273. Après avoir *« peu ou prou tout connu et expérimenté en la matière »*[811], la Cour de cassation a consacré la possibilité pour le bénéficiaire du pacte de préférence floué de demander la nullité de la vente consentie par le débiteur de la préférence et sa « substitution » à l'acquéreur de mauvaise foi. Cependant, la vente entre débiteur et bénéficiaire de la préférence n'ayant évidemment jamais été formée, l'annulation de celle-ci ne peut pas être fondée sur les dispositions de l'article 1599 du Code civil relatif à la vente de la chose d'autrui. C'est à la maxime *fraus omnia corrumpit* que le juge a eu recours pour prononcer la

[809] Auparavant, *« Le tribunal, [avait] la liberté de prononcer la réparation la plus adéquate au dommage subi »*, Civ. 1, 15 décembre 1965, *Bull. civ.* I, n° 718.

[810] Ch. Mixte, 26 mai 2006, *Bull. Mixte*, n° 4 p. 13, voir notamment, F. COLLART-DUTILLEUL, « Le pacte de préférence : entre retour à l'ordre et nouveau désordre », *RDC*, 2006, n° 4, p. 1131 ; P. DELBECQUE, « Sanction de la violation d'un pacte de préférence », *JCP E*, n° 38, 21 Septembre 2006, 2378 ; P.-Y. GAUTIER, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup probatio diabolica », *D.* 2006 p. 1861 ; H. HOUBRON, « L'exécution forcée du pacte de préférence », *LPA*, 18 septembre 2006 n° 186, p. 12 ; L. LEVENEUR, « La violation du pacte de préférence peut être sanctionnée par la substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur de mauvaise foi », *JCP G*,, 2006, II 10142 ; D. MAINGUY, « Annulation et substitution : les deux mamelles de la préférence ? », *D.* 2006, p. 1861 ; D. MAZEAUD, « Exécution forcée en nature des avant-contrats », *RDC* 2006, n° 4, p. 1080 ; A. PAULIN, « Et le phénix renaît de ses cendres ! (À propos du pacte de préférence) », *LPA*, 11 janvier 2007 n° 9, p. 13 ; B. THULLIER, « Revirement de jurisprudence : une chambre mixte admet la substitution du bénéficiaire du pacte violé », *JCP N*., n° 29, 21 Juillet 2006, 1256.

[811] F. COLLART-DUTILLEUL, « Le pacte de préférence : entre retour à l'ordre et nouveau désordre », *précité* n° 4, p. 1131.

nullité[812], ce qui implique de démontrer la collusion frauduleuse entre le vendeur et le tiers acquéreur[813]. Cette fraude consiste en la connaissance par le tiers de l'existence de la préférence conventionnelle et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir[814].

2. En matière de promesses unilatérales de vente.

274. La situation est en matière de promesses unilatérales de vente relativement proche de celle retenue pour sanctionner la violation de la préférence conventionnelle, à une nuance près, *« que l'on s'explique mal »*[815]. Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente peut, en cas de vente du bien promis à un tiers de mauvaise foi, obtenir la nullité de la vente conclue en violation de la promesse[816]. La seule différence existant sur ce plan de la sanction est l'appréciation de la mauvaise foi du tiers acquéreur. Cette notion constituée de deux éléments en matière de préférence conventionnelle semble se réduire à une seule en matière de promesse[817], la connaissance de l'existence de celle-ci semblant être suffisante[818]. Quelles que soient les conditions nécessaires à son prononcé la nullité est, comme pour la violation du pacte de préférence, une sanction venant frapper la vente conclue en violation de cet avant-contrat.

275. Conclusion : Une hiérarchie de normes conventionnelles – En frappant de nullité la convention conclue en violation de l'avant-contrat, ce dernier détermine l'une des conditions de la validité de cette convention. Les conventions évoquées posent un modèle de comportement à destination de leurs auteurs. Ce modèle se traduit sur le terrain de la relation contractuelle entre les parties à l'avant-contrat par une obligation de ne pas faire. Cette obligation de ne pas faire sur le terrain de la relation entre promettant et bénéficiaire est, *« sur*

[812] Même si la plupart des arrêts sont rendus au visa de l'article 1142 du Code civil.

[813] 26 octobre 1982, *Bull. civ.* III, n° 208, Gaz Pal. 1983, 2, p. 661, note E.-S. DE LA MARNIERRE.

[814] Civ. 3, 10 février 1999, *Bull. civ*. III, n° 37, p. 25 ; *Rev. Dr. imm.* 1999, p. 316, Note F. COLLART-DUTILLEUL *RTD civ*. 1999, p. 616, Observations J. MESTRE et p. 856, Observations P.-Y. GAUTIER.

[815] P. BRUN, « Conditions de l'annulation d'une vente conclue en violation d'un pacte de préférence : les exigences démesurées de la Cour de cassation », Observations, sous, Civ. 3, 10 février 1999, *D.* 2000 p. 278.

[816] Civ. 3,10 mai 1972, *Bull. civ*. III, n° 300.

[817] Y. DAGORNE-LABBE, note sous Civ. 3, 10 février 1999, *JCP G.* 1999, II, n° 10191.

[818] Il suffit au bénéficiaire *« d'apporter la preuve que le tiers acquéreur connaissait l'existence de la promesse, un point c'est tout ! »* D. MAZEAUD, « La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat », *précité*, n° 4.

le terrain du futur contrat de vente un élément de sa formation »[819], puisque la validité de la future vente en dépend. En présence d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence limités dans le temps par exemple, la validité de la vente à un tiers sera fonction des stipulations de l'avant-contrat. Conclue avec un tiers avant expiration de la promesse ou de la préférence, la convention sera nulle. Conclue après expiration du délai prévu par l'avant-contrat, la convention avec le tiers sera valable (la chose serait la même à propos du prix). Dans toutes les hypothèses, c'est par référence à l'avant-contrat que la validité d'une convention avec le tiers sera jugée. Cet acte détermine les conditions de la validité d'une convention. La démonstration est donc faite qu'une hiérarchie, au sens d'un rapport de production, peut s'établir entre deux conventions alors même que la convention supérieure est ici encore une convention « classique ». L'originalité de la situation ne peut être mise sur le compte de la spécificité de la convention supérieure. La chose est identique en matière de conventions d'indisponibilité.

§3. Les conventions d'indisponibilité.

276. La clause ou convention d'inaliénabilité (ou d'indisponibilité) est un nouvel exemple de conventions ayant pour objet ou pour effet de déterminer les conditions de validité d'une autre norme de même nature. *« La clause d'inaliénabilité est une stipulation contractuelle ayant pour effet d'empêcher le propriétaire d'un bien de transférer librement à titre gratuit ou onéreux à un tiers la propriété du bien objet de la clause et plus largement de faire sur ce bien un quelconque acte de disposition »*[820]. Le domaine de prédilection de ces clauses est sans aucun doute celui des successions et plus particulièrement des testaments. Cependant, l'inaliénabilité peut également trouver sa source dans une convention telle une donation ou plus rarement une vente.

277. Il n'est pas utile de revenir ici sur la question connue des conditions de validité d'une telle stipulation. La jurisprudence, puis le législateur[821], ont fixé en ce domaine des conditions précises de validité dont il est suffisant de rappeler qu'elles consistent en une durée limitée et un intérêt sérieux et légitime de recourir à cette clause, lorsque la partie qui en est tenue est

[819] P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit.*, n° 58, p. 57.

[820] R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA*, 2000, n° 232 p. 6 n° 4.

[821] Sur la loi de 1971 v. P. SIMLER, « Les clauses d'inaliénabilité », *D.* 1971, Légis., p. 416-1.

une personne physique[822]. La chose se vérifie aussi bien à propos des actes à titre gratuit qu'onéreux[823]. Nous soulignerons simplement que ces conventions sont des références (A) en vertu desquelles la validité d'autres conventions peut être jugée (B).

A. Stipulations références.

278. À l'instar du pacte de préférence et de la promesse unilatérale de vente, la convention d'indisponibilité pose deux types de stipulations référence. D'abord, et principalement, cette convention interdit de disposer, interdiction dont nous essayerons dans un premier temps de saisir toute la portée (1). Ensuite, d'autres stipulations permettent, comme nous l'avons vu pour les conventions étudiées au paragraphe précédent, d'aménager cette interdiction (2).

1. L'interdiction de disposer.

279. L'inaliénabilité conventionnellement stipulée a pour effet d'interdire la conclusion ou l'exécution de plusieurs conventions. La vente d'abord et la donation ensuite sont bien entendu les deux principales conventions dont la conclusion est en contradiction avec une clause d'inaliénabilité. Mais d'autres conventions peuvent également violer une clause d'indisponibilité. C'est le cas, par exemple, de sûretés comme l'hypothèque conventionnelle. Si la question ne fait pas débat en présence de précisions quant à l'interdiction de consentir une telle garantie dans l'acte initial[824], la situation est plus complexe en l'absence de telles précisions. La doctrine semble considérer aujourd'hui que l'interdiction d'aliéner emporte interdiction de consentir une hypothèque[825]. La jurisprudence, après quelques moments de

[822] Pour les personnes morales, les conditions requises par l'article 900-1 sont extensibles mais en partie seulement. La stipulation d'inaliénabilité peut ne pas être temporaire si elle est justifiée par un intérêt légitime ; P. MALAURIE, *Les successions les libéralités*, 3ème édition, Defrénois, Coll. Droit civil, 2008 n° 368, p. 191 et 192 ; *Contra,* P. SIMLER, « Les clauses d'inaliénabilité », *D.* 1971, Légis., p. 416-5, pour qui l'article 900-1 ne vise que les possibilités nouvelles instaurées par la loi du 3 juillet 1971, c'est-à-dire l'intervention judiciaire, à l'exclusion des conditions de validité.

[823] La réforme visait uniquement le domaine des successions, mais l'on s'accorde à dire que les conditions sont extensibles aux stipulations issues des autres actes juridiques que ceux visés par l'article 900-1 du Code civil (P. SIMLER *Ibid*., p. 416-4). La Jurisprudence l'a récemment confirmé. V. Civ. 1, 31 octobre 2007 ; *BJS* 2008, n° 5, p. 450, note J.-F. BARBIERI ; *LPA* 2008, n° 189, p. 6, comm. C. KUHN ; *RDC* 2008, n° 2, p. 248, note Y.-M. LAITHIER ; *JCP N*. 2008, n° 5, 1064, note R. MORTIER ; *RTD civ*. 2008, p. 126, Observations T. REVET ; *Rev. Société*, 2008, p. 321, Note S. SCHILLER ; *D*. 2008, p. 963, Comm. A.-L. THOMAT-RAYNAUD ; *Defrénois* 2008, n° 13, p. 1485, comm. B. THULLIER.

[824] M. GRIMALDI (Direction), *Droit patrimonial de la famille,* Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2008, n° 313-97.

[825] J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, 2ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil,

doutes[826], a opté pour l'interdiction de consentir une hypothèque conventionnelle[827]. La clause d'inaliénabilité prohibe donc toutes les aliénations citées, la vente, la donation ou encore l'hypothèque conventionnelle du bien objet de la clause. L'étendue de l'aliénation peut également être aménagée par la convention.

2. Étendue de l'interdiction de disposer.

280. Limitations et conditions de fond – L'interdiction d'aliéner peut tout d'abord être absolue, toute aliénation est alors interdite. L'aliénation d'un bien peut également être seulement limitée à plusieurs égards. Le bénéfice de la vente ou de la donation peut en effet être interdit à une personne en particulier ou à un groupe de personnes. La vente peut à l'inverse être autorisée seulement lorsque l'acquéreur est une personne déterminée ou membre d'un groupe déterminé (cercle de famille, associés d'une société).

281. Limitations et conditions de forme – Comme dans plusieurs des situations déjà étudiées les limites à la liberté de contracter de la partie tenue par la clause d'inaliénabilité peuvent être uniquement de forme. L'interdiction d'aliéner peut n'être en effet qu'une interdiction d'aliéner à défaut d'accord ou d'agrément de la part du donateur[828] ou du vendeur.

2010, n° 87, p. 101 ; A. SERIAUX, *J. Cl. Civil, Code,* article 900-1, v° Libéralités, Dispositions générales, Clauses d'inaliénabilité, fasc. unique, n° 19 ; F. ZENATI-CASTAING F., T. REVET, *Les biens,* 3ème édition, PUF, Coll. Droit fondamental, 2008, n° 37, p. 81.

826 M. GRIMALDI, *Droit civil, libéralité partage d'ascendants*, Litec, Coll. Manuels, 2000, n° 1222, p. 169, Pendant cette période, la Cour a semblé considérer que la possibilité d'hypothéquer de manière conventionnelle un bien frappé d'inaliénabilité était une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond, qui devaient déterminer si le donataire ou vendeur avait exprimé une inaliénabilité simple, ou une telle stipulation doublée de celle d'hypothéquer. V. Civ. 1, 6 février 1901, *« Attendu que les parties étaient en désaccord sur le point de savoir si cette interdiction, qui est dérogatoire du droit commun, comprenait pour les légataires la défense d'hypothéquer le bien légué ; qu'il y avait donc lieu à interprétation (…) Attendu qu'en attribuant ce sens et cette portée à la clause litigieuse l'arrêt attaqué ne l'a pas dénaturé et n'a ni violé l'article 1134 du Code civil, ni aucun autre texte de loi », DP* 1902, I, p. 71.

827 Civ. 1, 23 janvier 2008, *Bull. civ.* I, n° 19 p. 15 ; La Cour casse la décision d'une cour d'appel qui refuse d'annuler les hypothèques conventionnelles consenties par une association sur des biens grevés d'inaliénabilité lors d'une donation, *Defrénois,* 2008, n° 13, p. 1485,Comm. B. THULLIER ; *Dr. sociétés,* 2008, n°7, comm. 145, R. MORTIER.

828 A. SERIAUX, *J. Cl. Civil, Code,* article 900-1, v° Libéralités, Dispositions générales, Clauses d'inaliénabilité, fasc. unique, n° 1 ; Pour un exemple de donation avec interdiction d'aliéner sauf à recueillir l'accord des auteurs de la donation, Civ. 3, 31 mai 2006, *Bull. civ. III*, n° 136 p. 112, *AJDI* 2006, p. 830, Observations F. DE LA VAISSIERE.

B. Des références conditionnant la validité des conventions portant sur le bien indisponible.

282. Les contrats conclus ici en violation des droits contractuels d'autrui[829] connaissent un sort différent selon les hypothèses. Cependant, la nullité frappe fréquemment[830] la convention par laquelle des parties en violent une autre.

283. La nullité, une sanction classique – Dans un grand nombre de cas, la violation de la clause d'inaliénabilité est frappée de nullité[831]. La jurisprudence est désormais fixée et ce depuis le milieu du XIX^{ème} siècle[832]. Quant à la doctrine, si elle débat encore parfois du fondement de cette solution[833], la possibilité de frapper de nullité la convention par laquelle des parties violent une stipulation d'inaliénabilité semble faire en son sein l'objet d'un consensus[834]. Sont ainsi déclarées nulles la vente[835], la donation ou l'hypothèque[836], d'un bien visé par une stipulation d'inaliénabilité. Peu importe que l'acquéreur, donataire, ou créancier hypothécaire ait eu ou non connaissance de cette interdiction[837].

284. Conclusion : Une hiérarchie de normes conventionnelles – La clause

[829] B. STARCK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP G*, 1954, I, 1180.

[830] A. SERIAUX, *J. Cl. Civil, Code, op. cit*., n° 24.

[831] Si l'action en nullité est en principe une sanction pouvant intervenir dans tous les cas de violation par une convention d'une clause d'inaliénabilité, cette sanction ne frappe cependant pas toujours la norme venant violer la disposition prohibant l'aliénation d'un bien. L'action en nullité ne bénéficie qu'à celui dans l'intérêt duquel la clause a été stipulée (F. TERRE et P. SIMLER, *Les biens, op. cit.* n° 136, p. 138 à140). L'interdiction d'aliéner stipulée au profit de l'aliénateur (volonté de maintenir un bien dans le cercle de famille ou de ménager un droit de retour) donnera à ce dernier la possibilité d'agir en annulation de l'acte procédant à l'aliénation prohibée. Dans l'hypothèse où la stipulation a pour but de protéger le donataire ou plus rarement l'acheteur, seul ce dernier pourra agir en nullité.

[832] Req. 9 mars 1868, *S.* 1868, I, p. 204.

[833] R.-N. SCHÜTZ, *Rép. Civ. Dalloz*, V°- Inaliénabilité, n° 83.

[834] Voir par exemple, M. GRIMALDI, *Droit civil, libéralité partage d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1223, p. 171 ; P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.*, n° 370, p. 193 ; A. SERIAUX, *J. Cl. Civil, Code, op. cit.*, n° 24 ; F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, *op. cit.*, n° 134 et 135 p. 137 et 138 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 37, p. 81.

[835] Civ. 1, 23 janvier 2008, *précitée.*

[836] *Ibid.* Le même arrêt statut sur quatre ventes et une donation.

[837] B. STARCK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *précité*, n° 11. Lorsque l'inaliénabilité a été publiée. À défaut de publicité, ou de connaissance de la clause par le tiers, cette clause lui est bien évidemment inopposable. V. sur ce point, R.-N. SCHÜTZ, *Rép. Civ. Dalloz*, V°- Inaliénabilité, n° 90 et 91.

d'inaliénabilité stipulée dans une convention illustre donc à nouveau l'existence, dans une situation commune, d'une hiérarchie de normes conventionnelles. La vente ou autre convention conclue en présence d'une inaliénabilité conventionnelle sera ou non valable en fonction des stipulations de la convention d'indisponibilité. C'est parce qu'une clause de cette nature existe ou non qu'une aliénation conventionnelle sera ou non valable ; c'est parce que cette convention contiendra une clause permettant de vendre aux membres de la famille ou aux actionnaires d'une société, que la vente consentie à l'un des membres de ce groupe sera ou non valable. Dans toutes les hypothèses la convention d'indisponibilité, qui pose un modèle de comportement du propriétaire de la chose[838], sert de norme de référence pour juger de la validité ou non d'une autre convention.

285. Dans l'hypothèse étudiée, une convention détermine les conditions de la validité d'une autre convention. L'omniprésence de rapports hiérarchiques entre conventions en droit positif prend encore un peu plus forme. Une dernière illustration apparaît dans la figure dessinée par un contrat principal et un sous-contrat.

§4. Les « contrats principaux » (le sous-contrat).

286. *« Le sous-contrat est la relation contractuelle qui s'établit entre deux personnes B et C soit en vue de l'exécution par C de tout ou partie des obligations auxquelles s'est engagé B dans la relation contractuelle qu'il a établie avec A, soit pour faire bénéficier C de l'exécution par A de tout ou partie des obligations auxquelles celui-ci s'est engagé au profit de B. Autrement dit, le sous-contrat est un contrat secondaire conclu avec un tiers par l'un des contractants à un contrat principal et destiné à l'exécution de celui-ci »*[839]. La loi envisage plusieurs types de sous-contrats comme la sous-location (sans doute devrions nous parler « des » sous-locations), le sous-mandat[840] ou la sous-traitance. À côté de cela, la pratique a imaginé un grand nombre d'autres sous-contrats, comme la sous-commission, le sous-

[838] C. KUHN, Note sous Civ. 31 octobre 2007, *précité.*

[839] R. BONHOMME, *J.-Cl. Contrats et distribution*, v° Sous-contrat et co-contrat – Adjonction et conjonction de contractants, fasc. 105, n° 5.

[840] Nous retiendrons ici une acception large du « sous-mandat » comprenant à la fois le sous-mandat à proprement parler et la substitution de mandataire. Sur cette difficulté à qualifier la substitution de mandataire de sous-contrat, voir : P. LE TOURNEAU, *Rép. Civ. Dalloz*, v° *Mandat*, n° 245 et les références citées ; B. MALLET-BRICOUT, « Contribution à l'étude de la théorie de la représentation : la substitution de mandataire », *LPA*, 21 décembre 1999, n° 253, p. 13 ; *La substitution de mandataire*, *op. cit.*

affrètement ou encore le sous-prêt.

Même s'il est des hypothèses dans lesquelles tout recours au sous-contrat est absolument prohibé, dans la plupart des cas le recours à ce mode d'exécution de la convention est admis. Les contrats principaux et sous-contrats peuvent alors en théorie se multiplier presque à l'infini formant ainsi une structure d'apparence pyramidale[841] qui évoque la hiérarchie. Plus que d'évoquer la hiérarchie, la structure contrat principal/sous-contrat crée un lien de production[842]. Le contrat principal fixe par un certain nombre de stipulations un véritable cadre (A) dans lequel il est possible de recourir valablement au sous-contrat (B).

A. Stipulations références.

287. Avant de pouvoir aménager le recours au sous-contrat, encore faut-il que celui-ci soit légalement possible. Tel est souvent le cas.

288. Interdiction de recourir au sous-contrat – L'interdiction de recourir au sous-contrat peut être absolue. Tel est le cas en matière de copropriété. Le syndic ne peut se substituer un tiers dans la gestion de la copropriété (seule l'assemblée des copropriétaires peut permettre une telle substitution à une fin déterminée[843]). Le sous-contrat de syndic de copropriété est donc prohibé.

289. Interdiction atténuée – Plus fréquente, et plus intéressante, est l'hypothèse de l'interdiction atténuée[844] de conclure un sous-contrat. Cette hypothèse est la plus commune en matière de régimes spéciaux de baux[845], elle est également la règle pour les mandataires de justice au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté qui peuvent exceptionnellement, après autorisation judiciaire, confier à un tiers l'exécution d'une partie de

[841] R. BONHOMME, *J.-Cl. Contrats et distribution, op. cit.*, n° 16.

[842] J. NERET, *op. cit.*, qui relève que *« le contrat originaire conditionne le sous-contrat dans son existence et son essence »*, n° 77, p. 67.

[843] Article 18 de la loi du 10 juillet 1965, dont l'avant dernier alinéa dispose que *« Seul responsable de sa gestion, il ne peut se faire substituer. L'assemblée générale peut seule autoriser, à la majorité prévue par l'article 25, une délégation de pouvoir à une fin déterminée ».*

[844] R. BONHOMME, *J.-Cl. Contrats et distribution, op. cit.*, n° 30.

[845] En matière de bail commercial (article L. 145-31 du Code de commerce), de baux d'habitation (article 78 de la loi du 1er septembre 1948 et 8 de la loi du 6 juillet 1989).

leur mission[846].

290. Autorisation de recourir au sous-contrat – Enfin, la possibilité de recourir à un sous-contrat peut être le principe, l'interdiction de sous-contracter constituant alors l'exception. L'article 12 de la loi n° 66-80 du 18 juin 1966 dispose par exemple que *« l'affréteur peut sous-fréter le navire ou l'utiliser à des transports sous connaissement »*. *« Même si l'*intuitu personae *qui imprègne le mandat ne devrait autoriser qu'une exécution du mandat par le mandataire seulement, sauf accord des parties »*[847], l'article 1994 du Code civil prévoit, de manière implicite, que le sous-mandat est valable même sans accord du mandant[848]. De la même manière, l'article 1717 du Code civil prévoit encore que *« le preneur a le droit de sous-louer »* sans exiger le consentement du bailleur.

291. Le silence de la loi – Reste la problématique du silence de la loi. Là où la loi ne prévoit aucune disposition, il faut sans doute en conclure que le recours au sous-contrat est possible[849]. Cependant, en présence d'un fort *intuitu personae* le principe s'inverse[850]. En matière de contrat d'entreprise Bérenger précisait, pour emporter la conviction qu'il fallait conserver la disposition suivante, *« le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier »*[851], que *« lorsqu'on traite avec un architecte, ce n'est pas seulement parce qu'il est architecte, mais parce qu'on le croit habile »*[852]. Pour cette raison, une partie de la doctrine considère qu'en la matière le principe est celui de l'exécution par l'entrepreneur principal[853]. De la même manière, on considère traditionnellement que le mandat *Ad litem* n'est pas (sauf

[846] (L. 811-1, alinéa 2, du Code de commerce).

[847] P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 480, p. 361.

[848] B. MALLET-BRICOUT, « *Contribution à l'étude de la théorie de la représentation : La substitution de mandataire* », *précité, spéc.* n° 1.

[849] R. BONHOMME, *J.-Cl.* Contrats et distribution, *op. cit.*, n° 31.

[850] R.-J. POTHIER R.-J., *« La décision de la question me paraît dépendre de la nature de l'affaire qui fait l'objet du mandat. Si l'affaire est de nature que sa gestion demande une certaine prudence, une certaine habileté, on ne doit pas présumer que le mandant, qui en a confié la gestion au mandataire par la confiance qu'il avait en sa prudence et en son habileté, ait voulu lui permettre de se substituer un autre pour le faire »*, Œuvres de POTHIER (par BUGNET), Tome V, *les contrats de bienfaisance*, 2ème édition, 1861, Cosse et Marchal, H. Plon, p. 212.

[851] P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIV, *op. cit.*, p. 234.

[852] *Ibid.*, p. 266.

[853] J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, (direction J. GHESTIN), 2ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 2001, n° 32286, p. 1392 et 1393.

disposition contraire) susceptible de faire l'objet d'une substitution de mandataire[854].

292. Quoi qu'il en soit, interdiction ou autorisation de principe, toutes ces hypothèses (ou presque) ont en commun la particularité de laisser aux parties une place très importante dans le choix du recours au sous-contrat. Le plus souvent ce sera donc vers la convention principale qu'il faudra se tourner pour apprécier la possibilité pour le contractant intermédiaire de sous-contracter. Le contrat principal qui fixe alors le principe du recours au sous-contrat (1) détermine également, lorsqu'il l'autorise, les conditions dans lesquelles peut naître une convention de second ordre (2).

1. Recours au sous-contrat.

293. Baux d'immeubles – En matière de baux soumis aux lois du 1er septembre 1948[855] et du 6 juillet 1989[856], le principe est inversé par rapport à celui posé à l'article 1717[857] afin d'éviter toute spéculation en la matière[858]. Le propriétaire peut cependant autoriser dans le bail d'habitation le recours à la sous-location[859]. Le bail commercial, qui interdit lui aussi en principe le recours à la sous-location, permet par exception aux parties de s'accorder sur un possible recours à cette convention dans le contrat de bail[860]. Enfin, si le bail rural interdit en principe tout recours à la sous-location, il existe des exceptions. Le preneur peut alors consentir une sous-location pour un usage de vacances ou de loisirs ou une sous-location de bâtiments à usage d'habitation, s'il y a été autorisé par le bail principal[861].

---

[854] Req. 8 janvier 1912, *DP*, 1913, I, p. 185 ; récemment, mandat de former un pourvoi en cassation : Civ. 2, 4 mai 2007, *« Attendu que l'article 1994 du Code civil n'autorise la substitution du mandataire dans l'accomplissement de son mandat que si le mandat le prévoit »*.

[855] *« …le preneur n'a le droit ni de sous-louer, ni de céder son bail, sauf clause contraire du bail ou accord du bailleur »*.

[856] *« Le locataire ne peut ni céder le contrat de location, ni sous-louer le logement sauf avec accord écrit du bailleur, y compris sur le prix du loyer »*.

[857] P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 696, p. 399.

[858] H. KENFACK, « Actualité du droit de la sous-location », *AJDI*, 2007, p. 812.

[859] N. DAMAS, *Rép. Droit Imm. Dalloz*, v° *Baux d'habitation et mixtes (Rapports locatifs individuels : loi du 6 juillet 1989)*, n° 151.

[860] C. QUEMENT, *J.-Cl., Bail à loyer*, v° Bail commercial, sous-location, fasc. n° 1460, n° 16.

[861] Article L. 411-35 alinéa 3 du Code rural : *« Toute sous-location est interdite. Toutefois, le bailleur peut autoriser le preneur à consentir des sous-locations pour un usage de vacances ou de loisirs. Chacune de ces*

294. Autres sous-contrats – Le recours au sous-mandat est – nous l'avons dit – en principe autorisé[862]. Cependant, comme dans les autres hypothèses envisagées, le mandant peut interdire tout recours à cette convention[863]. De la même manière, dans le contrat d'entreprise, *« les parties peuvent (…) prévoir une clause excluant la sous-traitance, le contrat devant alors être exécuté par le titulaire lui-même »*[864]. En matière de commission de transport, là encore, la sous-commission ou substitution de commissionnaire peut être valablement ou non utilisée par les parties. Il n'y a en principe pas d'obstacle à ce que *« deux commissionnaires de transport se suivent pour la même opération »*[865], et ce, alors même que la commission de transport suppose le transport *« de bout en bout »*. Il y a alors un commissionnaire principal et des commissionnaires intermédiaires[866]. Le contractant principal peut cependant interdire la sous-commission en stipulant une clause à cet effet[867], comme il peut la permettre ou l'imposer[868].

295. Le recours au sous-contrat dépend donc dans une large mesure de la convention principale. Elle est à cet égard une norme en référence de laquelle la régularité du recours au sous-contrat sera jugée. Elle détermine le principe du recours au sous-contrat, elle peut encore déterminer les modalités de ce recours.

---

sous-locations ne peut excéder une durée de trois mois consécutifs. Dans ce cas, le bénéficiaire de la sous-location n'a aucun droit à son renouvellement, ni au maintien dans les lieux à son expiration. En cas de refus du bailleur, le preneur peut saisir le tribunal paritaire. Le tribunal peut, s'il estime non fondés les motifs de l'opposition du bailleur, autoriser le preneur à conclure la sous-location envisagée. Dans ce cas, il fixe éventuellement la part du produit de la sous-location qui pourra être versée au bailleur par le preneur. Le bailleur peut également autoriser le preneur à consentir des sous-locations des bâtiments à usage d'habitation. Cette autorisation doit faire l'objet d'un accord écrit ».

[862] P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 3ème édition, Dalloz, Coll. HyperCours, 2009, n° 904, p. 522 ; v. également : Soc., 9 janvier 1974, *Bull. civ.* V, n° 24, p. 22 *« Il est loisible au mandataire de se substituer un tiers lorsque la loi ou la convention n'en dispose pas autrement ».*

[863] P. LE TOURNEAU, *Rép. Civ. Dalloz, précité*, n° 243.

[864] A. BENABENT, *J. Cl. Contrats et distribution*, V° Sous-traitance, sous-traitance de marché de personnes privées, fasc. 1450, n° 40

[865] R. RODIERE, **«** Des commissionnaires de transport successifs **»**, *D.* 1958, Chron., p. 217.

[866] B. MERCADAL, *Droit des transports terrestres et aérien*, Dalloz, Coll. Précis, 1996, n° 16, p. 17.

[867] M.-P. DUMOND-LEFRAND, *J.-Cl. Contrats et distribution*, v° Commission, Régime, fasc. 830, n° 19.

[868] *Ibid.*

2. Modalités de recours au sous-contrat.

296. Conditions de fond – Le sous-contrat étant profondément dépendant du contrat principal, ce dernier détermine directement ou indirectement les conditions de fond auxquelles est soumis le sous-contrat. Les rapports entre conventions principales et sous-conventions étant gouvernés par la règle *nemo plus juris*[869], la durée[870] du sous-contrat, les missions attribuées ou plus généralement l'étendue[871] du sous-contrat, ne peuvent excéder celles du contrat principal.

297. Au-delà de ces limites « naturelles », le contrat principal peut définir en son sein des limites plus rigoureuses. Le contrat d'entreprise peut limiter le recours à la sous-traitance pour une partie seulement de l'ouvrage. La sous-location peut être limitée à une durée moindre que celle du bail principal, à des sous-locations précaires, à certains sous-locataires (telle une société faisant partie du même groupe que la société titulaire du bail[872]), ou encore à une partie de la surface louée seulement[873].

298. Conditions de forme – Des conditions de forme peuvent également être stipulées par les parties. Ces dernières peuvent convenir de l'exigence d'un acte authentique pour toute sous-location[874]. Elles peuvent également supprimer une formalité légale en prévoyant, dans le bail commercial, le renoncement du bailleur à concourir à l'acte en cas de sous-bail[875]. Dans le contrat d'entreprise, elles peuvent par anticipation renoncer à l'agrément du sous-traitant en acceptant le recours à la sous-traitance[876]. En matière de Bail elles peuvent enfin

[869] J. NERET, *op. cit.*, n° 177, p. 143.

[870] *Ibid.* n° 163, p. 131.

[871] *Ibid.* n° 177, p. 143.

[872] J.-P. BLATTER, « Baux commerciaux : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle, mars 2003 - mars 2004 », *AJDI*, 2004 p. 942.

[873] G. TEILLIAIS, « La sous-location de locaux commerciaux », *Defrénois*, 1997, p. 146 spéc. n° 8.

[874] B. VIAL-PEDROLETTI, *J.-Cl., Bail d'habitation,* v°, Locations régies par le droit commun du louage (Code civil), droits du locataire, cession et sous-location, fasc. 236, n° 29.

[875] M.-P. DUMONT, *Rép. Dr. Imm*, Dalloz, v°- Baux commerciaux, n° 264.

[876] J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 32324.

exiger, lorsque cela n'est pas légalement imposé, le concours ou l'agrément du bailleur[877] (ou la notification à ce dernier du projet de bail[878]).

299. Tous les éléments dont le respect est prescrit par le contrat principal entraînent, s'ils ne sont pas respectés, l'invalidité du sous-contrat. Cela se traduit ici, non par la nullité de l'acte conclu en violation de la première convention mais, le plus souvent, par son inopposabilité.

B. Des références conditionnant la validité du sous-contrat.

300. Si la possibilité de conclure un sous-contrat a été au cœur des nombreuses réflexions menées autour de cette opération juridique, la question de la sanction du recours à une convention de second ordre en violation des dispositions conventionnelles d'une première convention n'a pas fait l'objet de la même attention. Chacun s'accorde à dire que le sous-contrat prohibé est irrégulier (1) mais la sanction de cette irrégularité mérite plus d'attention. Le plus souvent, lorsque cette question est envisagée, elle est réduite à la relation liant les contractants *primus* et *secondus* et se résume à envisager la responsabilité de *secondus* ou la résiliation du contrat principal. Les rapports entre *secondus* et *tertius* ne sont en général évoqués que pour préciser que le sous-contrat peut être résilié (du fait de la disparition du contrat principal ou indépendamment de celle-ci). La sanction de la convention principale ou de ses auteurs est loin d'être la seule pouvant découler d'un sous-contrat irrégulièrement conclu. Outre l'intérêt pratique que peut avoir une partie à invoquer l'invalidité du sous-contrat sans remettre en cause l'existence du contrat principal, il faut ici pour étudier l'existence d'une hiérarchie conventionnelle déterminer si la validité du sous-contrat irrégulièrement formé peut être mise en cause. Comme le relève Madame Mallet-Bricout dans sa thèse à propos de l'hypothèse particulière du mandat (mais l'on peut sans mal généraliser ses propos), *« la doctrine n'a pas réussi à s'accorder »*[879] sur notre question en raison sans doute d'une « *jurisprudence qui n'aborde jamais la question de front [et qui] ne répond qu'à des problèmes annexes ou se contente d'affirmer le principe de l'illicéité »*[880]. Cela tient sans

[877] B. VIAL-PEDROLETTI, *J.-Cl., Bail d'habitation, op. cit.*, n° 29 ; v. récemment, pour la mise à disposition (à titre gratuit) du bien loué à un tiers sans l'agrément du bailleur, alors que celui-ci était exigé par le bail ; Civ. 3, 10 mars 2010, *RTD civ*. 2010, p. 343, observations P.-Y. GAUTIER.

[878] G. TEILLIAIS, « La sous-location de locaux commerciaux », *précité,* n° 8.

[879] B. MALLET-BRICOUT, *La substitution de mandataire*, *op. cit.* n° 290, p. 199.

[880] *Ibid.*

doute, comme le relèvent certains à propos du sous-bail, au fait que la situation est *« particulièrement complexe, du fait de l'imbrication des dispositions qui concernent tantôt les rapports du bailleur et du locataire principal, tantôt ceux du locataire principal et du sous-locataire, tantôt ceux, enfin, du bailleur et du sous-locataire »*[881]. Nous montrerons cependant que les rares solutions existantes semblent indiquer que la norme formée en violation du contrat liant *primus* et *secondus* n'est pas juridiquement parfaite (2).

1. Irrégularité du dépassement des limites conventionnelles.

301. La violation des limites conventionnelles rend certainement le sous-contrat irrégulier. Le sous-bail octroyé à une personne autre que celles avec lesquelles le preneur était autorisé à contracter est irrégulier[882]. Le sous-bail serait irrégulièrement conclu à défaut d'appel au bailleur de concourir à l'acte[883].

Cette irrégularité semble permettre d'engager la validité du sous-contrat. Le plus souvent, cet acte sera inopposable à l'égard du contractant principal qui n'est pas partie au sous-contrat.

2. Invalidité du dépassement des limites conventionnelles.

302. Sous-traitance – La sanction qui frappe la sous-convention qui contrevient à la prohibition conventionnelle de recourir à la sous-traitance est l'inopposabilité[884] à l'entrepreneur principal du sous-traitant. Ce dernier ne bénéficie pas alors de l'action directe prévue par la loi de 1975[885] (à moins bien sûr qu'il n'en soit convenu autrement par la suite).

[881] R. RAFFI, « Réflexions sur le renouvellement de la sous-location commerciale et sur les relations entre bailleur, locataire principal et sous-locataire », Note sous, Civ. 3, 27 septembre 2006, *LPA*, 31 juillet 2007 n° 152, p. 20, n° 2.

[882] J.-P. BLATTER, « Baux commerciaux : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle, mars 2003 - mars 2004 », *précité*, p. 942.

[883] CA Versailles, ch. com. réunies, 13 février 2001, SARL Twin Holding c/ SA De Passy, n°98/1857, *Bull. Joly Sociétés*, 1er août 2001 n° 8-9, p. 868, note, J.-F. BARBIERI.

[884] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 1062, p. 456.

[885] P. PUIG, *Contrats spéciaux, op. cit.*, n° 821, p. 477 ; Ch. Mixte, 13 mars 1981, *Bull. civ* Mixte., n° 3, *D.* 1981, p. 309, Note A. BENABENT.

303. Baux – En matière de bail commercial, la Haute juridiction considère que le non respect des conditions permettant la sous-location entraîne également l'inopposabilité de la sous-location au bailleur[886]. Le preneur est à l'égard du contractant principal un occupant sans droit ni titre[887/888]. En pratique le plus souvent, ce constat fait échec au droit au renouvellement du sous-locataire. Même si les juges du fond semblent parfois suggérer l'inverse[889], la nullité de la convention ne semble pas pouvoir être obtenue. La Cour de cassation, dans une décision du 30 mars 1978, a énoncé que *« si une sous-location irrégulièrement consentie est inopposable au propriétaire elle produit tous ses effets dans les rapports entre le locataire principal et sous-locataire tant que le premier a la jouissance des lieux »*[890].

La solution générale appliquée ici à un bail soumis aux dispositions du décret de 1953 vaut également pour les autres types de baux. Le bail entre le preneur et le sous-preneur reste valable[891] mais il est inopposable au bailleur[892]. Sa résiliation peut donc être obtenue directement, ou par le biais de la résiliation judiciaire du bail principal (sanction traditionnelle de la sous-location irrégulière à l'égard du preneur[893]).

304. La seule exception à cette règle concerne le bail rural dont les conditions de cession ou de sous-location sont très strictement encadrées pour des motifs d'ordre public. Si le contentieux est rare en matière de sous-location[894], il l'est moins dans un domaine voisin,

---

[886] M.-P. DUMOND-LEFRAND, obs. sous, Civ. 3, 27 septembre 2006, *AJDI*, 2007, p. 197 ; H. KENFACK, « Actualité du droit de la sous-location », *AJDI*, 2007, p. 812 ; C. QUEMENT, *J.-Cl., Bail à loyer, op. cit.*, n° 43 ; G. TEILLIAIS, « La sous-location de locaux commerciaux », *précité*, n° 13.

[887] Civ. 3, 5 mai 1970, *Bull. civ*. III, n° 309 p. 225.

[888] Le non respect des conditions fixées par le décret sur les baux commerciaux a en effet conduit la Cour de cassation à énoncer que *« la sous-location doit être considérée comme inexistante à l'égard des propriétaires »*, Com., 12 juin 1965, *Bull. civ*. IV, n° 364.

[889] CA Paris, 16e ch. B, 21 févr. 2003, *AJDI*, 2004, p. 32, CA qui refuse une action en nullité du bail au sous-locataire, au motif *« que n'étant pas partie au bail principal, le sous-locataire ne peut se prévaloir de sa violation et que, n'étant pas propriétaire, il ne peut invoquer l'article L. 145-31 »*.

[890] Civ. 3, 30 mars 1978, *Bull. civ.* III, n° 131, p. 103.

[891] C. AUBERT DE VINCELLES, *Rép. Civ. Dalloz*, v° *Bail*, n° 78.

[892] *Ibid.*

[893] S. BEAUGENDRE, « Le bailleur et la sous-location irrégulière », *AJDI*, 2004 p. 631.

[894] J. DERRUPPE, « Les baux ruraux et les sous-locations prohibées », *Rev. Dr. imm.*, 1993 p. 281.

celui des cessions de bail rural (cessions et sous-locations sont aujourd'hui régies par le même article L. 411-35 du Code rural). Cette question a donné l'occasion à la Haute juridiction de préciser les sanctions d'une sous-location consentie sans accord préalable du bailleur. Cet acte doit être frappé de nullité[895].

305. La substitution de mandataire – Sur cette question encore la doctrine a eu du mal à trouver une position unitaire[896]. Certains ont préconisé de retenir la nullité de la convention irrégulièrement conclue[897]. La sanction semble être ici encore cependant la même, le recours prohibé au sous-mandat entraîne l'inopposabilité du sous-contrat au mandant principal. Cette solution, déjà préconisée par Pothier[898], a été confirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 2 décembre 1997[899]. Dans cette décision, des mandants avaient confié la gestion de portefeuilles de valeurs mobilières à un mandataire titulaire de la carte professionnelle d'auxiliaire de la profession boursière. Après la loi du 2 août 1989, supprimant cette profession et instituant une profession unique de gérant de portefeuille pour l'exercice de laquelle le mandataire n'avait pas obtenu d'agrément, ce dernier se substitua une société dont il était salarié. Les mandants, se fondant sur le défaut d'autorisation à cette substitution de mandataire, demandèrent que leurs comptes soient remis dans l'état où ils étaient avant cette substitution, ce qui revenait à invoquer l'inopposabilité des actes irrégulièrement conclus. La Cour de cassation, pour s'opposer à cette demande, énonce que *« si cette substitution n'était pas autorisée par les contrats de mandat, ce qui aux termes de l'article 1994 du Code civil avait pour seul effet de rendre le mandataire responsable de la gestion de celui qu'il s'est substitué, elle n'était pas interdite »*[900] admettant ainsi, *a contrario,* que l'interdiction conventionnelle de toute substitution aurait entaché la validité de la substitution.

---

[895] Ch. réunies, 7 mars 1960, *Bull. civ., Ch. réunies,* n° 1, *D.* 1960, p. 349, note R. SAVATIER ; *RTD civ*. 1960, p. 494, Note J. CARBONNIER.

[896] B. MALLET-BRICOUT, *op. cit.,* n° 290, p. 199.

[897] A. DURANTON, *Cours de Droit français suivant le Code civil,* quatrième édition, Tome XVIII, Thorel et Guilbert, 1844, » n° 252 p. 243 et 244 *« Si le mandat interdisait formellement au mandataire de se substituer quelqu'un, ou de substituer telle ou telle personne, et que néanmoins le mandataire eu fait la substitution, on devrait la considérer nulle et de nul effet même à l'égard des tiers, qui auraient traité avec le substitué ».*

[898] *« Il est évident que le mandataire en ce cas, a excédé les bornes du mandat et que ce qui a été fait n'oblige pas le mandant »*, Œuvres de POTHIER (par BUGNET), Tome V, les contrats de bienfaisance, 2ème édition, 1861, Cosse et Marchal H. Plon, p. p. 211.

[899] Com., 2 décembre 1997, *JCP G.*, 1998, II 10160, Note M. STORCK.

[900] *Ibid*.

Cette inopposabilité se traduit encore ici sur le terrain de l'action directe. Alors que le mandataire substitué dispose d'une action en paiement contre le mandant, que la substitution ait été autorisée ou non[901], doctrine[902] et jurisprudence[903] s'accordent pour refuser cette action directe lorsqu'une interdiction de substitution a été expressément stipulée.

306. La sous-commission – La doctrine relève en la matière que lorsque l'opération a été interdite par la convention initiale, celle-ci est « nulle » à l'égard du commettant. Dans les rapports *« entre le substituant et le substitué »*[904] la convention reste valable[905]. La sanction semble être une nouvelle fois l'inopposabilité.

307. Le sous-contrat de transport – Si la sous-traitance de transport est possible[906], les parties peuvent interdire d'y recourir et exiger l'exécution directe par le contractant choisi par l'expéditeur. En cas de recours non autorisé à la sous-traitance, la convention entre transporteur initial et substitué n'est pas opposable au contractant principal. La Haute juridiction de l'ordre judiciaire a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer cette position. Dans une espèce dans laquelle un transporteur avait été substitué à celui désigné par l'expéditeur, la Cour de cassation a censuré les juges du fond qui avaient refusé au sous-traitant l'exercice de son action directe au motif *« que, le voiturier qui exécute en qualité de substitué l'expédition, a une action directe en paiement de ses prestations contre l'expéditeur, garant du prix du transport, sauf si ce dernier a interdit à son cocontractant toute substitution »* (or, aucune

[901] Com. 9 novembre 1987, *Bull. civ*. IV, n° 233 p. 174 ; Pour plus de détails v. B. MALLET-BRICOUT, *op. cit.*, n° 469 et s. pp. 308 et s.

[902] B. MALLET-BRICOUT, *Ibid.*, n° 471 p. 309.

[903] CA Paris, 10 Avril 1992, Juris-Data n° 020979, *« En vertu de l'alinéa 2 de l'article 1994 du Code civil, le mandataire substitué à une action directe contre le mandant pour obtenir le remboursement de ses avances et frais ainsi que le paiement de la rémunération à laquelle il a droit ; Qu'il ne pourrait en être autrement que dans le cas d'une interdiction de substitution faite par le mandant… ».*

[904] M.-P. DUMONT, *L'opération de commission*, (Préface J.-M. MOUSSERON) Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2000, n° 430, p. 348, note n° 50.

[905] *Ibid.*

[906] Sans que le transporteur initial ne perde pour autant sa qualité de transporteur au profit de celle de commissionnaire de transport. Sur ce point v. L. GUIGNARD, *Sous-traitance et transport*, (préface B. MERCADAL) Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2001 ; J.-P. TOSI, « L'action directe en paiement de l'article L. 132-8 du Code de commerce : trois avancées », note sous Com. 28 janvier 2004, *D.* 2004, p. 944.

interdiction n'avait été stipulée ici)[907]. Là encore, comme dans les autres hypothèses envisagées, la sanction est donc l'inopposabilité.

308. Conclusion : Une hiérarchie de normes conventionnelles – Les développements ont pu paraître longs, mais ils étaient nécessaires pour s'assurer de l'homogénéité du régime du sous-contrat. L'étude des rapports entretenus entre contrats principaux et sous-contrat étant menée à son terme, il est possible de relever qu'il s'agit véritablement d'une nouvelle hypothèse de droit positif instaurant une hiérarchie entre conventions. Dans toutes les conventions citées, et que le principe soit l'autorisation ou la prohibition, c'est sans conteste la convention initiale qui détermine dans une très large mesure s'il est ou non possible de recourir à un substitut dans l'exécution ou dans le bénéfice d'un contrat. C'est en référence aux stipulations du contrat principal que la possibilité de recourir à un sous-contrat sera appréciée. C'est, de la même manière, le sous-contrat qui détermine les conditions de fond ou de forme dans lesquelles est possible le recours au sous-contrat. C'est parce que le bail prévoit la possibilité de recourir au sous-contrat que ce dernier sera pleinement valide. C'est parce que le contrat principal le prévoit, c'est en référence à ce dernier, qu'il sera valablement possible de sous-traiter l'ensemble d'un ouvrage. Le contrat principal, en frappant d'inopposabilité le sous-contrat conclu hors du cadre de référence déterminé par le contrat principal, détermine les conditions de validité du recours au sous-contrat. Il est au sens où nous l'avons défini une convention hiérarchiquement supérieure à une autre convention.

*

* *

[907] Com. 28 janvier 2004, *précité.*

309. Conclusion du chapitre premier – L'étude du droit positif et de certaines conventions en particulier nous a permis de démontrer que des conventions pouvaient déterminer les conditions de validité d'autres conventions, c'est-à-dire entretenir avec des règles de la même nature des relations que l'on peut qualifier de hiérarchiques. Cela se vérifie, assez logiquement, lorsque la convention dite supérieure est un « contrat organisation ». Les statuts de la société définissent ainsi partiellement les conditions de validité des actes conclus par les associés entre eux ou par les organes sociaux au nom de la société. Le règlement de copropriété détermine les conditions de validité de certaines conventions conclues par les copropriétaires sur leurs lots. Enfin, les conventions matrimoniales, en déterminant la titularité des droits et les pouvoirs de chaque époux sur leurs biens, déterminent les conditions de validité des actes portant sur ces biens.

310. Le rôle particulier des « conventions organisation » n'est pas exclusif de l'existence de rapports du même type hors de la présence de tels actes. Les « conventions échange » déterminent également les conditions de validité d'autres conventions. Les avant-contrats de vente et conventions d'indisponibilité déterminent en partie les conditions de validité de ventes futures du bien objet du premier contrat, tout comme le mandat détermine évidemment les éléments de la validité du contrat projeté. Enfin, c'est en référence aux stipulations du contrat principal que sera appréciée la validité du sous-contrat. La hiérarchie des normes est donc omniprésente dans les rapports conventionnels. Elle ne se limite pas à quelques conventions mais se manifeste dans un nombre considérable de situations toutes assez communes.

311. Paradoxalement, en dépit de cette présence inattendue de rapports hiérarchiques entre conventions, des relations de nature hiérarchique semblent être absentes d'une structure conventionnelle à propos de laquelle est pourtant fréquemment évoquée la notion de hiérarchie, celle formée par les différents niveaux de conventions et accords collectifs de travail.

CHAPITRE SECOND – L'ABSENCE INATTENDUE DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS DE TRAVAIL.

312. C'est indéniablement à propos des rapports entre les différents niveaux de conventions et accords collectifs de travail que l'expression « hiérarchie des normes conventionnelles » a trouvé ses lettres de noblesse. À vrai dire, c'est probablement même dans ce seul domaine que le terme de hiérarchie a véritablement été utilisé de manière commune pour rendre compte des relations entre plusieurs contrats ou conventions[908]. Pour cette seule raison, l'étude des rapports entre les différents niveaux de conventions et accords collectifs s'impose. Pour autant, et à la différence de toutes les situations étudiées jusqu'à présent, assez paradoxalement, il ne nous semble pas que les rapports entretenus aujourd'hui par ces normes soient marqués du sceau de la hiérarchie.

313. Avant d'aller plus loin sur ce point, un bref rappel et quelques explications s'imposent à propos des règles d'articulation des différents niveaux de conventions et accords collectifs de travail. Nous n'envisagerons ici, comme ailleurs, que la question de la hiérarchie en termes de « rapport de production » entre deux normes, autrement dit, il sera question de savoir si une convention collective peut déterminer un élément d'une autre convention collective sous peine de nullité ou d'inopposabilité de cette dernière. C'est à ce stade qu'une ambiguïté pourrait apparaître. Il est en effet régulièrement soutenu en droit du travail que lorsqu'une règle prime sur une autre au stade de l'application celle qui est écartée est « inopposable »[909]. Or, l'inopposabilité étant à nos yeux une variété d'invalidité cela signifierait que lorsqu'une convention collective est écartée (« inopposée ») au stade de l'application, elle serait hiérarchiquement inférieure à celle qui reçoit application.

Quelques précisions doivent être apportées. Si l'on comprend aisément que l'on parle

[908] Une recherche de cette locution sur une base de données juridiques oriente inévitablement et quasi-exclusivement le chercheur vers l'univers travailliste.

[909] En ce sens, E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail,* (préface B. TEYSSIE) Economica, Coll. Recherches juridiques, 2008, n° 101, p. 85 qui écrit que *« la suprématie de la convention collective sur le contrat de travail est assurée par la « technique exceptionnelle dans notre droit » de l'inopposabilité des clauses contractuelles contraires aux conventions collectives ».*

d'inopposabilité dans cette situation, celle-ci n'est pas la même que l'inopposabilité dont nous avons traité jusqu'à présent, elle n'est pas une sanction. La convention provisoirement écartée au profit d'une seconde, plus favorable par exemple (lorsque le principe de faveur demeure), n'est en aucun cas « frappée d'inopposabilité ». L'inopposabilité (au sens où elle a été entendue jusqu'à présent) atteint effectivement un acte irrégulièrement formé. Or ici, la convention écartée parce qu'elle est moins favorable est formée de manière parfaitement régulière. Elle n'est pas atteinte d'un vice contemporain de sa formation. La convention est parfaitement formée, elle aura d'ailleurs parfois été valablement appliquée pendant plusieurs années avant qu'une règle plus favorable (ou depuis 2004, plus spéciale) ne prime sur elle, parfois même provisoirement. Il n'y a donc, à cet égard, aucun rapport de hiérarchie au sens où nous l'entendons dans l'articulation des conventions et accords collectifs de travail ayant des champs d'application différents. La convention « écartée » n'est pas « frappée d'inopposabilité ». Cette précision étant apportée la question de l'existence d'un rapport de production entre conventions et accords collectifs de travail peut être abordée.

314. La problématique des rapports hiérarchiques entre les différents niveaux de conventions collectives a connu de nombreuses évolutions en à peine un peu plus d'un siècle. Si à l'origine[910], la convention collective de travail, contrat *sui generis,* est marquée par une grande liberté contractuelle, les réformes successives intervenues en la matière modifient la nature des liens entre les conventions et accords ayant un champ d'application différent. Dès avant la seconde guerre mondiale, en 1919 et en 1936, le législateur s'empare de la question. Mais c'est à compter de 1946[911] que la liberté contractuelle qui était de mise avant guerre s'efface au profit d'un système dans lequel la conclusion d'une convention requiert une autorisation des autorités publiques, le contenu de la convention étant déterminé par la loi qui précise quelles doivent être les questions incluses ou exclues de la négociation. C'est avec cette loi que l'on commence à parler de hiérarchie entre les différents niveaux de conventions collectives. Il est alors précisément question de *« hiérarchie chronologique »*[912]. C'est en effet seulement après que les partenaires sociaux aient négocié une convention nationale et que celle-ci ait été agréée par le gouvernement, que les partenaires régionaux ou locaux pouvaient

[910] Sur l'histoire des conventions collectives, v. J. LE GOFF, « La naissance des conventions collectives », *Droits*, 12, 1990, p. 67.

[911] Loi n° 46-2924 du 23 décembre 1946 relative aux conventions collectives de travail, *Dr. soc.*, 1947, p. 114.

[912] N. DAUXERRE, *Le rôle de la convention collective dans la production de la norme sociale*, *op. cit.*, n° 253, p. 292.

adapter les conventions générales aux conditions particulières de travail dans le ressort de la convention collective « inférieure ». C'est en cela que l'on pouvait admettre l'existence de rapports hiérarchiques entre conventions et accords de différents niveaux[913]. La matière, souligne un auteur, « *se forme par degré, consacrant le principe d'une hiérarchie des normes dont s'enchanterait la rigueur d'un Kelsen* »[914]. L'échec de ce système hiérarchisé d'élaboration de la norme négociée conduit le législateur à l'assouplir. Avec la loi du 11 février 1950, l'obligation de négocier au niveau le plus élevé avant toute négociation décentralisée disparaît en partie, mais demeure très largement pour les conventions d'entreprises (consacrées par ce texte). À l'exclusion des questions liées à la rémunération, ces actes ne peuvent porter que sur les points déjà abordés par des accords plus larges, et encore, l'accord d'entreprise ne peut qu'adapter les stipulations de ces actes au cas particulier de l'établissement[915]. Demeure donc toujours une conception des conventions et accords qui *« repose sur une hiérarchie relativement rigide »* [916]. Ce système disparaît à partir des lois du 13 juillet 1971, puis du 13 novembre 1982, qui ouvrent la période en cours dans laquelle l'existence de relations hiérarchiques, bien que la question demeure controversée, ne nous semblent pas assurée (§1). Le droit du travail ne dérogeant pas à la réputation de complexité qu'il s'est forgé[917], nous relèverons que cette absence de principe de relations hiérarchiques ne fait pas obstacle à ce que quelques manifestations de rapports de validité entre conventions et accords collectifs de travail fassent parfois une irruption en droit positif (§2).

§1. L'absence de principe de relations hiérarchiques entre conventions et accords collectifs de travail.

315. Avec la promulgation des lois de 1971 et 1982, le droit positif est désormais animé par le « principe »[918] de « l'autonomie collective ». Cela se traduit par l'absence de négociation

[913] G. VACHET, *Les conflits entre conventions collectives en droit français, Thèse*, Lyon III, 1977, p. 165.

[914] P. DURAND, « Pouvoir syndical et puissance publique : À propos de la loi d 23 décembre 1946 sur les conventions collectives », *D.* 1947, Chron., p. 42.

[915] M.-A. SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, *Thèse*, Paris I, 1986, p. 1299.

[916] *Ibid.* ; M. DESPAX, « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », *Dr. Soc.* 1988, p. 9.

[917] T. TAURAN, « Remarques sur la complexité actuelle des normes juridiques : l'exemple du droit du travail », *RRJ*, 2003-2, vol. I, p. 933 spéc. p. 935 et suivantes où l'auteur parle *« du droit du travail, branche complexe »*.

[918] Sur ce principe et sa nature (principe véritablement normatif ou descriptif du droit positif), v. A.

obligatoire à un double niveau de négociation et par la liberté dont jouissent les partenaires sociaux pour régler chaque question à n'importe quel niveau de négociation[919]. Chaque niveau est autonome et indépendant des autres. *« La conception hiérarchique des rapports entre les conventions collectives de différents niveaux* […étant] *très souvent bien ancrée dans l'esprit des négociateurs du niveau supérieur »*[920], la pratique a bien imaginé des accords visant à réduire à un niveau donné la liberté de négocier aux niveaux inférieurs (il s'agissait des « accords parfaits » ou des « accords cadre »[921]), mais ce type d'accords ne permet techniquement pas aux conventions et accords des niveaux les plus élevés de conditionner la validité des actes les moins élevés[922]. Au fond, le seul véritable argument qui plaide en faveur de l'existence de rapports hiérarchiques entre conventions et accords collectifs de travail tient dans ce qu'il reste, depuis la réforme du 4 mai 2004, du « principe de faveur »[923]. Les conventions et accords collectifs sont en effet, dans une certaine mesure, soumis à l'obligation de respecter les stipulations des actes ayant un champ d'application plus étendu, ce qui plaide en faveur de la thèse de l'existence d'une hiérarchie[924] au sens que nous retenons de ce terme (A). Tel ne nous semble pas être véritablement le cas (B).

JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.*, 1982, p. 618 spéc. p. 623.

[919] *« Il n'existe pas en principe de restrictions de la compétence négociatrice des différents niveaux »*, N. ALIPRANTIS, « Conflits entre conventions collectives de niveaux différents : étude comparative », *RIDC*, 1-1987, p. 14 ; v. également, N. DAUXERRE, *op. cit.*, n° 256, p. 296, chaque niveau possède *« un pouvoir normatif propre avec l'entière liberté de régler toutes questions »*.

[920] M. DESPAX, *article précité*, p. 14.

[921] Que l'on peut définir comme un accord ayant pour rôle *« de fixer les orientations, les méthodes ou l'objet de l'exercice du droit à la négociation collective à différents niveaux »* M.-L. MORIN, F. TEYSSIER, « L'accord-cadre », *Dr. soc.*, 1988, p. 741, n° 1.

[922] Les premiers, qui ont pour objet d'interdire à des niveaux inférieurs d'aborder un point déjà traité au niveau supérieur et déclaré « autosuffisant », sont, selon plusieurs auteurs, illicites (v. sur ce point, M. DESPAX, *précité*, p. 15). Les seconds, qui comme leur nom l'indique visent à encadrer sur le fond ou la forme les accords des niveaux inférieurs, ont une efficacité juridique limitée (v. sur ce point, M.-L. MORIN., F. TEYSSIER, *ibid*., n° 12 et s. p. 747 et s.). v. également sur ce point, concluant que *« l'encadrement des conventions d'entreprise par des conventions de niveau supérieur, s'il est réel, a une portée juridique (…) limitée »*, S. FROSSARD, « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions de champ d'application plus large », *Dr. soc.* 2000, p. 617 et s.

[923] Sur le principe de faveur v. Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable » *op. cit.*, p. 243 ; A. CHEVILLARD « La notion de disposition la plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363 ; A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur : enquête sur une règle émergente » *Dr. soc.* 1999, p. 115 ; S. LAULOM et N. MERLEY, « La fabrication du principe de faveur », *Revue de droit du travail*, 2009, p. 219 ; V. OGIER-BERNAUD, « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant "principe de faveur" », *RFDC*, 2003, n° 55, p. 567 et s., également publié *in*, *SSL*, 2003, n° 1111, p. 6 ; J. PELISSIER, « Existe-t-il un principe de faveur, en droit du travail ? » *in*, *Mélanges dédiés au Président M. DESPAX*, PU De sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 389.

[924] J.-M. OLIVIER, « Les conflits de sources en droit du travail », *précité*, p. 206, qui relève l'argument, mais n'y adhère pas.

A. Stipulations références.

316. Avant la loi du 4 mai 2004, le principe était simple. Une convention ou un accord collectif pouvait parfaitement « contredire » un accord de niveau supérieur, à condition qu'il soit plus favorable aux salariés. Désormais, l'articulation des stipulations des conventions et accords collectifs de différents niveaux est organisée selon des modalités un peu plus complexes[925]. En vertu de l'article L. 2253-3 du Code du travail, le principe peut se résumer selon l'adage *specialia generalibus derogant*[926/927]. Autrement dit, les actes conventionnels des niveaux inférieurs peuvent en principe[928] comporter des dispositions moins favorables aux salariés que les actes ayant un champ d'application plus large, à moins que l'accord supérieur ait expressément stipulé qu'il ne pouvait être dérogé *in pejus* à ses stipulations[929]. En vertu de l'article L. 2253-2, si un accord de niveau supérieur intervient alors qu'un accord existe déjà dans l'entreprise, le premier accord doit être adapté en conséquence, si la convention du niveau supérieur le prévoit. C'est en cela qu'il serait possible d'identifier entre les conventions en présence un rapport hiérarchique. C'est en référence au contenu de la norme ayant le champ d'application le plus large que la validité de la convention ayant un champ d'application plus étroit serait jugée. Au regard de la théorie Kelsénienne, écrit un auteur, *« l'accord d'entreprise est bien subordonné à l'accord de niveau supérieur. Si chaque étage de la hiérarchie tire son principe de validité des normes supérieures qui fixent les conditions d'édiction des normes inférieures, la validité est, dans une approche statique*[930]*, soumise à un*

[925] Par souci de simplicité, nous ne raisonnerons que sur les rapports entre les conventions de branche et d'entreprise. Occulter les autres rapports conventionnels ne change cependant rien à notre raisonnement, les conclusions seraient identiques si l'on prenait en compte les autres niveaux de négociation, les différences de régime dans l'articulation de ces accords, qui compliqueraient la présentation, n'ont aucun effet sur ce que nous entendons souligner.

[926] C'est avec cet adage que Madame SOURIAC résume les règles d'articulation des différents niveaux de négociation collective depuis la réforme du 4 mai 2004 v., « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.*, 2004, n° 6, p. 583.

[927] Sur cet adage v., H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4ème édition, Litec, n° 418, p. 843

[928] Le premier alinéa de l'article énonce, par exception, qu'*« en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels ».*

[929] En vertu de l'article L. 2253-3 alinéa second *in fine.*

[930] L'auteur fait ici référence à une distinction faite par KELSEN entre deux types de systèmes juridiques. Dans

contenu plus favorable. Un accord dont le contenu serait moins favorable que celui duquel il dépend, ne serait pas forcément non conforme à l'accord supérieur. Seule sa validité risque d'être mise en cause »[931]. Autrement dit, à chaque fois que le principe demeure l'application de la règle la plus favorable dans les relations entre des « contrats collectifs de travail », la convention inférieure dont les stipulations sont moins favorables, en plus d'être écartée, serait atteinte dans sa validité. Cela permettrait d'affirmer la présence de relations hiérarchiques entre les différents niveaux de conventions et accords collectifs de travail. La position de quelques auteurs qui estiment parfois que le principe de faveur, en plus d'être une solution de conflit de normes, concerne également *« la validité d'actes juridiques créateurs d'autres règles de droit »*[932], et fait ainsi encourir la nullité à tout acte moins favorable qu'une autre règle[933], soutient incontestablement cette thèse. Il ne nous semble cependant pas que les raisons invoquées puissent suffire à justifier de l'existence d'un lien hiérarchique entre conventions et accords collectifs de travail.

B. Des références ne conditionnant pas la validité des conventions « inférieures ».

317. Distinction de l'articulation et de la validité des normes par le législateur – Il n'est pas question de revenir ici sur la distinction entre l'articulation et la création des normes que nous avons déjà évoquée plusieurs fois. Il est en revanche opportun de souligner que le Code du travail pose clairement la distinction entre validité et articulation des conventions et accords collectifs de travail. Ce code consacre dans un Livre de sa seconde partie un « Titre III » aux « *conditions de négociation et de conclusion des conventions et accords collectifs de travail* », dans lequel un premier Chapitre est réservé aux *« conditions de validité »*[934] de ces

---

les uns, dits dynamiques, la norme supérieure ne détermine que des conditions de forme qu'une norme inférieure doit respecter pour être valable. Dans les autres, dits statiques, la norme supérieure ne vise qu'à instaurer une correspondance au fond entre son contenu et celui de la norme inférieure. Pour l'auteur, les deux systèmes peuvent être, et sont souvent, mêlés. Sur ces points, v. *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 195 et 196 et *Théorie générale des normes, op. cit.*, p. 346.

[931] N. DAUXERRE, *op. cit.*, n° 264, p. 304, nous soulignons.

[932] J. PELISSIER, A. JEAMMAUD, A. SUPIOT, *Droit du travail*, 20ème édition, *op. cit.*, , n° 94, p. 111, Comparer avec J. PELISSIER, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », *in, Mélanges dédiés au Président M. DESPAX*, PU des sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 390, qui écrit, seul, que quelle que soit la norme dont il s'agit, loi, jurisprudence, convention, *« le principe de faveur ne concerne pas l'élaboration des normes du travail »*.

[933] J. PELISSIER, A. JEAMMAUD, A. SUPIOT, *Ibid.*

[934] Chapitre composé des articles L. 2231-1 à L. 2231-9.

actes (sont ici traitées les conditions communes de validité). Dans un second Chapitre[935] sont traitées *« les règles applicables à chaque niveau de négociation »*. Or, les dispositions que nous avons citées dans la subdivision précédente ne se trouvent ni dans ces chapitres ni même dans ce Titre (complété d'autres chapitres accessoires à notre démonstration) mais dans un « Titre V » que le législateur a intitulé *« Articulation des conventions et accords »*. Pour l'auteur de la loi, la stipulation de règles plus favorables aux salariés lorsqu'elle est « imposée » n'est pas une condition de validité de l'acte négocié. D'ailleurs, toute autre solution serait bien étrange. Si l'on peut en effet imaginer qu'une convention d'entreprise doive respecter sous peine de nullité les stipulations d'une convention de branche antérieure, il est plus complexe de concevoir la même sanction si la convention de branche est postérieure à une convention d'entreprise dont certaines stipulations sont moins favorables. La nullité, comme l'inopposabilité, sont en effet – nous l'avons souligné – des sanctions frappant un acte vicié dès sa formation. Tel ne serait pas le cas ici. Dès lors, sans doute convient-il d'affirmer l'absence de hiérarchie des normes dans la matière ici étudiée.

318. Absence de hiérarchie des normes entre les conventions et accords collectifs de travail ayant un champ d'application différent – Les conventions et accords collectifs de travail ayant un champ d'application différent ne sont donc pas hiérarchisées. Cette conclusion nous semble rejoindre celle retenue par la majorité de la doctrine travailliste. Même si cette question fait souvent l'objet de vifs débats, troublés par les différentes acceptions de ce terme qui ne sont le plus souvent pas distinguées clairement, tous les auteurs[936] qui abordent cette question sous l'angle du rapport de validité admettent qu'il n'y a pas entre les actes considérés de *« hiérarchie des normes selon l'acception classique que nous a laissé le normativisme Kelsénien »*[937]. Il faudrait pour cela que la validité de la convention

[935] Chapitre composé lui des articles L. 2232-1 à L. 2232-53.

[936] À notre connaissance, et à l'exception de Madame DAUXERRE dont les conclusions ont été exposées.

[937] P. MORVAN, « Conventions et accords dérogatoires après la loi du 4 mai 2004 : de la théorie des flaques d'eau », *in, Le nouveau droit de la négociation collective*, (Direction B. TEYSSIE), Éditions Panthéon-Assas, série « Colloques », 2004, n° 45, p. 37 ; Dans le même sens, niant l'idée de hiérarchie entre les conventions collectives, v. par exemple : N. ALIPRANTIS, *op. cit.,* p. 202 et s. *« il n'existe pas de hiérarchie entre les différentes catégories de conventions collectives en droit français », article précité*, p. 26 et 28 ; M. DESPAX, *article précité*, p. 9, *« On est donc parti d'une conception très hiérarchisée, d'un système conventionnel construit sur le mode pyramidal (…) pour aboutir à un système où l'horizontalité l'emporte sur la verticalité. La loi, sauf exceptions, (…) n'institue pas de chronologie ni de hiérarchie bien définie » ;* E. JEANSEN *op. cit*., n° 92 et s. p. 78 à 80 qui parle de *« la difficile affirmation d'un dispositif hiérarchique entre conventions »* ; M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit,* (préface M. DESPAX), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit social, Tome 27, 1994, n° 688 à 692, p. 570 à 573 ; M.-L. MORIN, F. TEYSSIER, « L'accord cadre », *Dr. soc.*, 1988, p. 745 *« On peut dire qu'il n'existe pas dans notre droit de*

collective soit atteinte si elle disposait moins favorablement[938]. Or, tel n'est pas le cas[939]. Le principe de faveur n'est qu'une règle d'articulation des conventions, il ne produit aucun effet sur leur production[940]. Il n'a pour effet que d'écarter une règle qui peut par la suite éventuellement (si la convention plus favorable est dénoncée ou arrive à son terme) retrouver tout son empire[941]. Dès lors, quand bien même la structure des conventions et accords collectifs de travail pourrait évoquer une figure pyramidale[942], et s'il n'est pas exclu de parler de hiérarchie au sens de la « force dérogatoire », les conventions et accords collectifs de travail ayant le champ d'application le moins large ne sont pas hiérarchiquement subordonnés à ceux ayant un champ d'application plus large en termes de « rapport de production ». Cela nous paraît d'autant plus évident que, même si l'obligation de stipuler de manière plus favorable conditionnait véritablement la validité des conventions inférieures, cela ferait de l'existence d'un rapport hiérarchique une solution de toute façon exceptionnelle, dans la mesure où si le « principe de faveur » était la règle avant 2004, il est désormais, dans les relations entre conventions collectives, l'exception[943].

---

hiérarchie des accords collectifs »; J.-M. OLIVIER, « Les conflits de sources en droit du travail », *précité*, p. 205 et 206 *« Il n'est sans doute plus possible, comme par le passé, de considérer qu'il s'agit de normes hiérarchisées »* ; G. VACHET, *Les conflits entre conventions collectives en droit français*, Thèse, Lyon III, 1977, p. 165, *« Si antérieurement à la loi du 13 juillet 1971, on pouvait admettre une hiérarchie entre conventions collectives (...) il n'en va plus de même aujourd'hui »*, v. enfin, bien que l'auteur soit souvent présenté comme partisan d'une conception hiérarchisée des rapports entre conventions collectives de travail, P. RODIERE, *La convention collective de travail en droit international privé, Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Litec, Coll. Institut des relations internationales, 1987, en particulier n° 148, p. 107 où l'auteur précise que *« les recoupements entre domaines d'application des conventions collectives (…) n'atteignent pas la validité propre de chacun des accords »*.

[938] En ce sens N. ALIPRANTIS, *op. cit.*, p. 204.

[939] Y. CHALARON, *J.-Cl., Travail Traité*, Fasc. 1-36, 2000, n° 36, où l'auteur écrit, *« Le principe hiérarchique ne va pas jusqu'à conférer à l'acte supérieur une autorité sur les actes inférieurs identiques à celle d'une loi d'ordre public sur les conventions (…) il est d'ailleurs en général admis que la violation du principe hiérarchique exprimé par les articles L. 132-13 et L. 132-23* (aujourd'hui L. 2252-1 et L. 2253-3 alinéa 2) *n'est pas sanctionnée par la nullité »*.

[940] Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable », *précité*, p. 243 ; J. PELISSIER, *« le principe de faveur ne concerne pas l'élaboration des normes du travail »*, *précité*, p. 390.

[941] En se sens, N. ALIPRANTIS, *op. cit.*, p. 204 ; Y. CHALARON, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.*, 1998, p. 358.

[942] Si l'on se réfère aux chiffres fournis par Monsieur RAY, plus les conventions ont un champ d'application étroit, plus elles sont nombreuses, *Droit du travail, Droit vivant*, 18ème édition, LIAISONS, 2009, n° 1063, p. 641 ; v. sur la représentation métaphorique de l'articulation des différents niveaux de conventions et accords collectifs, P. MORVAN, *« Conventions et accords dérogatoires après la loi du 4 mai 2004 : de la théorie des flaques d'eau »*, *précité*, p. 37, qui substitue à l'image de la pyramide celle des flaques d'eau *« sur le sol, éparses, répandues les unes à côté des autres. D'une envergure variable, selon l'étendue de leur champ d'application (…) généralement distinctes les unes des autres mais, parfois, se superpos[ant] et se confon[dant] »*.

319. Ce constat doit cependant être nuancé. Si la loi n'établit pas de manière générale une hiérarchie entre conventions et accords collectifs de différents niveaux, elle peut le faire de manière exceptionnelle.

§2. La présence exceptionnelle de relations hiérarchiques entre conventions et accords collectifs de travail.

320. Deux exemples récents permettront d'illustrer l'exceptionnelle présence d'un lien de validité entre conventions et accords ayant un champ d'application différent.

321. « Les accords instituant un mode de négociation dérogatoire »[944] – Le premier est issu de la loi du 12 novembre 1996. Cette dernière, traduction législative de l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995[945], qui hésitait déjà entre *« la réaffirmation de l'autonomie des niveaux et la tentation d'une plus grande hiérarchie »*[946], prévoyait une dérogation au monopole des délégués syndicaux en matière de négociation dans l'entreprise. Pour mettre un terme à cette situation, et lever ainsi l'écueil que constituait le défaut de délégués syndicaux dans certaines entreprises, les partenaires sociaux, relayés par le législateur, ont souhaité qu'il puisse être dérogé à ce monopole en permettant une négociation avec les représentants des élus du personnel. Dans ce système, un rôle important était attribué aux conventions collectives de branche puisque *« la loi n'habilitait pas directement ces [nouveaux] négociateurs ; un accord de méthode [était] en effet nécessaire pour les habiliter »*[947]. L'article 6 de la loi citée disposait en effet qu'il revenait notamment à ce niveau de négociation de prévoir, en l'absence de délégués syndicaux, que des représentants élus du personnel (article 6 I) ou des salariés mandatés (6 II) auraient la capacité de conclure dans l'entreprise des accords collectifs. Ce niveau de négociation devait encore prévoir le champ du négociable et les modalités dites de « validation » de l'accord par une commission paritaire

---

[943] Madame DAUXERRE, considère d'ailleurs que *« la faculté conférée à chaque niveau de négociation de déroger au niveau supérieur participe largement du renversement de la hiérarchie des normes voire de sa suppression », Thèse précitée*, n° 333, p. 388.

[944] La formule est de Monsieur F. PETIT « L'ordre public dérogatoire », *RJS*, 4/07, Chronique, p. 4.

[945] Sur cet accord v. G. COIN, « Politique contractuelle : l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.*, 1996, n° 1, p. 3.

[946] H. TISSANDIER, « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. soc.*, 1997, p. 1046.

[947] C. RADE, « Droit du travail et conventions collectives », *RDC*, 2004, n° 4, p. 1007.

de branche. À défaut du respect des conditions prévues par la branche (ou de la validation par la commission instituée à ce niveau), l'acte conclu n'était pas une convention collective valable. Ces dispositions, reprises pour partie par la loi du 4 mai 2004 (qui s'inscrit dans une certaine continuité de la loi de 1996[948]), prévoyaient en effet qu'en l'absence d'approbation par la branche, l'acte devait être réputé non-écrit[949]. Cet incontestable rapport de validité entre deux conventions a été éphémère, puisque si la possibilité de conclure un accord collectif avec d'autres représentants des salariés que les délégués syndicaux demeure, cette faculté est désormais accordée directement par des dispositions législatives depuis la loi du 20 août 2008[950], ce qui supprime tout rapport conventionnel.

322. La validation des « accords majoritaires » – Une autre disposition, introduite cette fois-ci par la loi du 4 mai 2004, réintroduisait également entre les conventions et accords de différents niveaux des relations hiérarchiques. Le législateur a, parallèlement à la libération des niveaux de négociation, voulu redonner une légitimité aux accords d'entreprise[951]. Cette quête a conduit à la consécration de *« l'idée majoritaire »*[952], c'est-à-dire un mode de formation des conventions et accords collectifs permettant d'éviter que, comme auparavant, un seul syndicat représentatif, même minoritaire, puisse par sa seule signature former l'accord. Cette volonté majoritaire s'est traduite, au niveau de l'entreprise, par un double choix sur des modalités de validation de l'accord. L'accord d'entreprise était en effet validé soit par la signature d'un syndicat majoritaire ou par la ratification par un vote des salariés de l'entreprise à la majorité, soit par l'absence d'opposition d'un ou plusieurs syndicats représentant la majorité des salariés dans un certain délai. Or, le choix entre ces différentes modalités, et c'est ce point qui présente un intérêt particulier, était à la discrétion des négociateurs du niveau de la branche ou de l'interprofession. C'est en effet à une convention ou à un accord étendu de ces niveaux qu'il revenait de préciser la modalité retenue pour

[948] G. BORENFREUND, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.*, 2004, p. 607.

[949] Sur ce point et plus généralement sur la reprise de ces dispositions dans la loi du 4 mai 2004, v. G. BORENFREUND, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.*, 2004, p. 606 en partic. 609.

[950] Seule subsiste, dans une certaine mesure, l'obligation de validation par une commission paritaire de branche.

[951] J.-E. RAY, « Les curieux accords dits majoritaires dans la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.*, 2004, n° 6, p. 590.

[952] *Ibid.*

valider les accords d'entreprise[953]. À défaut de respecter les conditions ainsi déterminées, la convention d'entreprise était atteinte dans sa validité[954]. Il y avait donc incontestablement ici encore une hiérarchie entre la convention d'entreprise et la convention ayant un champ d'application plus large. Là encore, ces modalités de validation dictées par les conventions ayant un champ d'application plus large ont disparu. Depuis le 1er janvier 2009, ce sont des dispositions législatives qui prévoient directement les conditions dans lesquelles doivent être validés les accords d'entreprise[955].

323. La question de l'existence de rapports de validité entre les différents niveaux de conventions et accords collectifs de travail peut donc se résumer de la manière suivante. En principe les conventions et accords collectifs ayant des champs d'application différents sont « autonomes » les uns des autres et ne sont pas hiérarchisés. Par exception, la loi peut, bien évidemment, introduire dans quelques hypothèses une hiérarchie qu'elle n'établit pas de manière générale.

*

* *

953 Ancien article L. 132-2-2 III du Code du travail qui disposait alors *« III. - Une convention de branche ou un accord professionnel étendu conclu conformément aux dispositions du II détermine les conditions de validité des conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement, en retenant l'une ou l'autre des modalités énumérées aux 1° et 2° ci-après : 1° Soit la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement est signé par une ou des organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ; si les organisations syndicales de salariés signataires ne satisfont pas à la condition de majorité, le texte peut être soumis, dans des conditions fixées par décret et devant respecter les principes généraux du droit électoral, à l'approbation, à la majorité des suffrages exprimés, des salariés de l'entreprise ou de l'établissement, à l'initiative des organisations syndicales de salariés signataires, à laquelle des organisations syndicales de salariés non signataires peuvent s'associer ; 2° Soit la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. L'opposition est exprimée dans un délai de huit jours à compter de la date de notification de cet accord ».*

954 L'article L. 123-2-2 III ci-dessus qui évoque bien « ***les conditions de validité*** *des conventions d'entreprise ou d'établissement ».*

955 Article L. 2232-12, L. 2232-13, L. 2232-22 ; L. 2232-27 pour les accords d'entreprise ; L. 2232-34 pour les accords de groupe.

324. Conclusion du titre second – Le droit positif recèle d'exemples dans lesquels une convention détermine l'une au moins des conditions de validité d'un autre acte de même nature juridique.

325. Le phénomène est d'abord remarquable en présence de ce que l'on peut nommer « des conventions organisation ». La société, la copropriété ou encore la convention matrimoniale, sont autant d'actes qui en définissant, par exemple, les pouvoirs des époux ou des dirigeants, ou les titulaires de certains droits, déterminent les conditions de validité des actes accomplis par la société, par les époux sur leurs biens ou par les copropriétaires sur l'immeuble soumis au règlement de copropriété. En dépit de la défaveur qui semblait habiter la doctrine à l'égard de l'existence de relations hiérarchiques entre conventions, cette situation n'est cependant pas véritablement surprenante si l'on considère la nature organisationnelle des actes placés en position de supériorité hiérarchique. L'étude d'autres conventions, « échange » cette-fois ci, démontre que l'existence de relations hiérarchiques entre conventions ne doit rien à la spécificité des premiers actes étudiés. Le mandat détermine les conditions de validité de l'acte conclu en son application. Le contrat principal détermine certaines des conditions de validité du sous-contrat. Les avant-contrats de vente, ou les conventions d'indisponibilité, conditionnent la validité de ventes (entre autres conventions) ayant pour objet le même bien. L'existence de rapports hiérarchiques entre des conventions très classiques est donc à son tour démontrée. Certes, toute violation de la norme contractuelle supérieure n'emporte pas systématiquement l'élimination de la convention violant cette norme mais, à vrai dire, la chose importe peu du point de vue qui est le nôtre[956].

[956] Il est en effet parfaitement concevable de parler de supériorité hiérarchique d'une norme sur une autre quand bien même la violation de la norme supérieure par la norme inférieure n'emporte pas l'élimination systématique de cette dernière. Si l'affirmation peut surprendre, quelques exemples tirés du droit public permettront de la soutenir. Nul ne doute aujourd'hui que la Constitution du 4 octobre 1958 soit une norme systématiquement supérieure à la loi. Or, si dans l'immense majorité des cas une violation de la norme fondamentale par une disposition législative entraîne l'invalidité de la loi (nous laissons de côté ici les hypothèses dans lesquelles une loi n'est jamais déférée au Conseil constitutionnel qui n'apporte rien de particulier à notre raisonnement) cela n'est pas systématiquement le cas. Entre une décision de conformité et une décision de non-conformité, le juge constitutionnel dispose d'une « troisième voie décisionnelle » (I. MONTEILLET, « L'influence à l'égard des juridictions ordinaires des réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions », *Gaz. Pal.*, 01 juin 2002 n° 152, p. 3) celle d'une décision de conformité accompagnée d'une réserve d'interprétation. Dans une telle hypothèse, le Conseil « ajoute au texte ce qui lui manque pour être conforme, sous couleur de l'interpréter » (L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », cité par, X. SAMUEL, *Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel*, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/reserves.pdf, 2007, p. 13). Le texte dépourvu de réserves d'interprétation constructive n'est donc pas conforme à la Constitution. Pour autant, ce texte est sauvé et sa validité n'est pas, en dépit d'une violation de la norme fondamentale, atteint dans sa validité. La Constitution n'en perd pas pour autant en principe son statut de norme hiérarchiquement supérieure à la loi. Le droit administratif permettrait également de faire le même constat. Si la loi est toujours hiérarchiquement supérieure aux actes administratifs (R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, Ch., p.

326. Le droit positif impose donc d'admettre qu'une convention peut parfaitement déterminer, en partie, les conditions de la validité d'une autre convention. Cela ne doit pas conduire à identifier des relations de ce type dans tous les rapports conventionnels et il faut même, de manière sans doute là encore assez surprenante, nier l'existence de rapports hiérarchiques entre les conventions et accords collectifs de travail. Si c'est incontestablement en la matière que l'idée d'apercevoir des relations hiérarchiques entre conventions a germé, à l'exception de quelques hypothèses précises (et éphémères), le principe nous semble bien être que les conventions et accords collectifs ayant le champ d'application le plus large ne conditionnent pas la validité des conventions et accords collectifs de travail ayant un champ d'application moins étendu. Si les conventions des niveaux les plus élevés influencent indéniablement le contenu des actes des niveaux les moins élevés, cette influence ne conditionne pas la validité des conventions et accords improprement considérés comme hiérarchiquement inférieurs.

*

* *

22), des auteurs ont pourtant relevé qu'il existait plusieurs procédés permettant « d'éviter l'annulation d'un acte illégal » (B. SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004 p. 963), là encore, la loi reste potentiellement hiérarchiquement supérieure aux actes administratifs). Toute violation d'une norme par une autre qui lui est inférieure n'entraine donc pas systématiquement l'invalidité de la norme inférieure. En revanche, à défaut de possibilité d'une telle sanction, il n'y a pas de hiérarchie entre deux normes.

327. Conclusion de la première partie – Contrairement au sentiment qui prédomine, ou semble prédominer, compte tenu de la quasi-indifférence de la doctrine à cette question, il nous est possible d'affirmer la présence certaine en droit positif de relations hiérarchiques entre conventions.

328. D'un point de vue théorique, l'existence d'un rapport de validité entre deux actes semble pouvoir s'expliquer par une analyse du contrat comme une norme juridique. S'il apparaît effectivement malaisé de rendre compte du phénomène décrit en termes de droits subjectifs ou d'obligations, la chose devient plus claire lorsque l'on accepte de considérer le contrat comme une règle de Droit qui, se comportant comme toutes les autres règles de cette nature, peut parfaitement fonder la validité d'autres actes juridiques.

Admettre que le contrat est une norme juridique suppose d'accepter préalablement que le contrat est une norme, autrement dit le sens d'un énoncé qui pose un modèle de comportement en vertu duquel quelque chose doit être. Assurément, tel est le cas du contrat qui par les obligations qu'il crée, ou par les effets non obligationnels qu'il produit, pose des modèles de ce que doit être un comportement humain. Ces modèles sont aussi variés que ceux que peuvent produire toutes les normes éthiques. Le contrat peut en effet, comme ces normes, habiliter, interdire, obliger et autoriser.

La convention est une norme, elle est encore une norme de nature juridique. L'affirmation nécessitait d'écarter d'abord l'une des caractéristiques supposées de la règle de Droit, sa généralité (le contrat étant presque invariablement une norme concrète). En dépit de la quasi-unanimité doctrinale sur ce point, nous avons montré que la généralité ne pouvait plus être tenue comme une qualité de la règle de Droit. Cette supposée qualité de la norme juridique ne repose plus sur aucun fondement, ni historique, ni philosophique, ni (et c'est là l'essentiel) juridique ou logique. Cela étant acquis, il fallait alors démontrer que la convention remplissait la condition de la juridicité, autrement dit son intégration à l'ordre juridique, c'est-à-dire qu'elle tire sa validité du respect des prescriptions d'autres normes hiérarchiquement supérieures. La théorie de l'autonomie de la volonté qui, en fondant la force obligatoire de la convention sur la seule puissance de la volonté (celle-ci « faisant face à la loi »), pouvait apparaître comme un obstacle à l'intégration de la convention au système juridique, n'a pas plus que la généralité de la loi sa place dans le droit positif. Cette doctrine est une doctrine politique ou philosophique, elle n'a pas, et n'a sans doute jamais eu, de valeur en tant que

principe juridique en droit positif. Le contrat n'est valable que « parce que » et « à la condition » qu'il respecte les normes de Droit objectif auxquelles il est soumis. Le contrat est donc une norme juridique, soumise au Droit objectif, il était donc parfaitement envisageable qu'il puisse déterminer les conditions de validité d'autres normes de même nature.

329. L'étude du droit positif permet de confirmer cette conclusion d'un point de vue empirique. Même si la présence de relations hiérarchiques semble, nous venons de le voir, plus que douteuse entre conventions et accords collectifs de travail ayant un champ d'application différent, alors que l'articulation entre ces actes est souvent analysée sous l'angle hiérarchique, le droit privé contient une grande variété de rapports dans lesquels les conditions de validité de certaines conventions sont déterminées par référence aux stipulations d'autres actes de même nature.

La chose se vérifie d'abord, de manière assez compréhensible, à l'égard de structures conventionnelles formées à partir de « conventions organisation ». La société, le règlement de copropriété ou les conventions matrimoniales, sont en effet de véritables chartes de la société, de l'immeuble en copropriété ou de la famille, appelées à dominer pour cette raison une grande série d'actes juridiques conventionnels (ou non) en définissant dans beaucoup d'hypothèses les conditions de validité des actes subordonnés. Les rapports hiérarchiques entre conventions sont nombreux et variés en matière de « contrats organisation ». Ils ne se limitent pas à ce type particulier de conventions.

De manière sans doute moins évidente, les « conventions échange » jouent également de manière très fréquente le rôle de normes de « constitution » à l'égard d'autres conventions. Les avant-contrats de vente, les conventions d'inaliénabilité, le mandat ou encore les contrats principaux à l'égard des sous-contrats, sont autant de conventions dont les stipulations posent un modèle de comportement en vertu duquel la validité d'autres actes (la future vente ou aliénation, l'acte juridique accompli par le mandataire ou la convention en sous-ordre) sera appréciée.

330. La liste de conventions dressée n'est assurément pas exhaustive. Nous aurions pu ajouter à celle-ci bien d'autres conventions. La vente, par exemple, en transférant la propriété de la chose vendue de *primus* à *secundus*, permet à ce dernier de pouvoir disposer à son tour valablement du bien acquis. C'est donc en référence à cette convention et à ses stipulations

que sera jugée la validité d'une autre convention par laquelle *secundus* dispose de la chose envers *tertius*. Les remarques propres à cette dernière convention auraient pu être étendues à tous les actes conventionnels ayant pour objet, ou pour effet, de transférer la propriété d'une chose et, de manière plus générale encore, à toutes les conventions ayant pour objet ou pour effet de définir la titularité des droits sur une chose (donation, convention d'indivision, PACS…). La titularité des droits implique en effet souvent la possibilité de disposer conventionnellement[957]. L'association aurait également pu trouver sa place dans cette liste. Cette organisation, dont les pouvoirs du président (entre autres organes) sont déterminés par les statuts, et qui fonctionne sur le modèle du mandat, aurait pu offrir une illustration supplémentaire du phénomène que nous décrivons comme, là encore, si l'on généralise le propos, toutes les structures formées à partir d'une convention qui transfère à une personne un pouvoir. Les rapports hiérarchiques entre conventions sont donc, en droit positif, aussi nombreux que communs.

331. En choisissant d'exposer la société, le mandat, les avant-contrats de vente, la copropriété et les autres conventions choisies, nous avons entendu démontrer, outre la réalité et l'importance de la hiérarchisation des conventions en droit privé, un autre aspect de la question, son caractère commun et « ancien ». Les contrats étudiés sont, pour la plupart, issus du Code civil et sont de « vieux contrats ». Plusieurs préexistaient à la codification Napoléonienne. Le phénomène de hiérarchie des conventions est donc une réalité, une réalité ancienne, une réalité presque banale, présente dans les situations les plus classiques.

332. Le phénomène étant décrit, reste à préciser les conditions de son apparition.

[957] Même s'il a été très brillamment démontré que la correspondance entre la titularité des droits sur une chose et le pouvoir d'aliéner celle-ci n'était pas parfaite, v. sur ce point, I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, (préface M.-L. IZORCHE-MATHIEU), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 471, 2006.

SECONDE PARTIE – LES CONDITIONS DE LA HIÉRARCHISATION DES NORMES CONVENTIONNELLES.

333. L'instauration d'un lien hiérarchique en présence de deux conventions n'est bien entendu pas automatique. La remarque est évidente, le dernier exemple étudié, celui des rapports entre les conventions et accords collectifs de travail, démontre que des conventions, entretenant pourtant certains liens étroits, n'entretiennent pas nécessairement pour autant des relations hiérarchiques. Plusieurs éléments sont indispensables pour que s'instaure un lien de validité entre deux conventions que l'on peut classer dans deux catégories distinctes.

334. À l'image de certaines infractions pénales, il ne saurait y avoir une hiérarchie de normes conventionnelles en l'absence de certaines « conditions préalables »[958]. De la même manière que l'on *« ne peut concevoir le délit d'omission de porter secours que dans le cas où une personne se trouve en péril »*[959], on ne peut concevoir l'existence d'une hiérarchie de normes conventionnelles sans l'existence d'un lien entre une pluralité de normes conventionnelles. L'énonciation de ces conditions préalables peut sembler bien évidente, elle n'appelle pas moins plusieurs remarques (TITRE PREMIER).

335. Une fois un lien entre plusieurs conventions établi, il sera alors possible de décrire les éléments décisifs en ce qu'ils permettent de créer un lien de validité entre deux actes conventionnels. En nous inspirant à nouveau du champ lexical du droit pénal, nous décrierons les « éléments constitutifs » du lien hiérarchique (TITRE SECOND).

TITRE PREMIER – LES « CONDITIONS PRÉALABLES » À L'ÉTABLISSEMENT D'UN LIEN HIÉRARCHIQUE.

TITRE SECOND – LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU LIEN HIÉRARCHIQUE.

[958] Sur cette notion v. J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal*., 1972, II, Doct., 726 ; plus récemment, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, « La condition préalable de l'infraction », (préface A. VARINARD), PUAM, Coll. Institut de Sciences Pénales et de Criminologie, 2010.

[959] J.-P. DOUCET, *Ibid.*

TITRE PREMIER – LES « CONDITIONS PRÉALABLES » À L'ÉTABLISSEMENT D'UN LIEN HIÉRARCHIQUE.

336. La hiérarchie est un *« classement établi (…) entre deux ou plusieurs éléments de même nature »*[960]. Rapporté à notre question, la définition de la hiérarchie impose donc d'établir une pluralité d'éléments et l'identité de nature de ceux-ci. Autrement dit, une hiérarchie de normes conventionnelles ne peut voir le jour qu'à la condition *sine qua non* que soit établie la présence de plusieurs normes et la nature conventionnelle de celles-ci (CHAPITRE PREMIER).

337. La pluralité de convention ne suffit bien évidemment pas à établir les circonstances dans lesquelles peut s'épanouir une hiérarchie entre conventions. Deux actes qui porteraient sur des points parfaitement étrangers n'auraient en effet aucune chance d'entretenir une relation de validité. Un lien entre les deux conventions est donc indispensable à la mise en ordre hiérarchique de deux conventions. Il ne peut y avoir de hiérarchie que si les conventions en présence ont certains « points communs » (CHAPITRE SECOND).

CHAPITRE PREMIER – UNE PLURALITÉ DE CONVENTIONS.

CHAPITRE SECOND – UN LIEN ENTRE CONVENTIONS.

[960] Dictionnaire de l'académie française, 9ème édition, v. hiérarchie, 4.

CHAPITRE PREMIER – UNE PLURALITÉ DE CONVENTIONS.

338. Une hiérarchie ne peut s'instaurer entre normes conventionnelles qu'à la double condition que les normes hiérarchisées aient une nature conventionnelle et que l'on soit en présence d'une réelle pluralité de normes. L'énoncé de ces deux conditions apparaît – nous l'avons dit – particulièrement évident. Cette évidence ne doit pas dissimuler la richesse des remarques qui méritent d'être formulées aussi bien à l'égard de la nature des normes hiérarchisées (SECTION I) que de la pluralité de normes nécessaire pour établir une hiérarchie (SECTION II).

SECTION I – LA NATURE CONVENTIONNELLE DES NORMES.

339. Toutes les situations que nous avons présentées dans notre première partie mettent au premier abord en relation des actes qui ont tous une nature conventionnelle. Or, si la nature juridique de certains actes, comme les sous-contrats, la vente ou le mandat, ne font pas débat, il est bien connu que la nature juridique de la société, de l'association, du règlement de copropriété ou même des conventions matrimoniales, soulève un débat récurent. Il y aurait en droit positif des conventions classiques et d'autres conventions dites mixtes, dualistes, hybrides, règlementaires, institutionnelles, en un mot (composé), pluri-dimensionnelles[961].

340. Cette considération est, dans la perspective qui est la nôtre, particulièrement importante. Il semble en effet que le droit positif soit imprégné par la thèse latente selon laquelle la « nature » de certaines conventions jouerait un rôle dans l'établissement d'une relation hiérarchique. Les conventions à la nature complexe seraient naturellement appelées à dominer les conventions à la nature « simple ». S'il ne saurait y avoir de hiérarchie, nous l'avons dit, sans une pluralité de conventions, nous montrerons que les conventions en rapport peuvent être indifféremment de nature uni ou pluri-dimensionnelle sans que cela n'influe en rien sur la place respective de chaque acte dans la hiérarchie. L'existence de plusieurs conventions est nécessaire, elle est également à cet égard, suffisante (§1).

[961] L'opposition uni-dimensionnelle/pluri-dimensionnelle étant empruntée à Monsieur C. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-t-il encore ? », *in, Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, (Direction L. CADIET), Economica, Coll. Travaux et recherches, 1987, spéc. p. 132.

341. À nos yeux, le constat annoncé tient à ce qu'il n'existe pas en droit positif de conventions à la nature juridique pluri-dimensionnelle. Poursuivre la démonstration de cette thèse amorcée par certains auteurs présente, du point de vue qui est le nôtre, un triple intérêt sur lequel nous reviendrons (§2).

§1. Indifférence de la « nature juridique » des conventions hiérarchisées.

342. L'analyse pluri-dimensionnelle des actes auxquels l'on prête cette nature et, *a fortiori*, une analyse règlementaire ou institutionnelle de ces actes, implique nécessairement l'idée de la domination de la convention à la nature hybride sur une convention de même nature ou sur une convention « simple ». Bien que rarement exprimée, puisque l'hypothèse sur laquelle elle repose (l'existence de rapports hiérarchiques entre conventions) est elle-même rarement soutenue, ce présupposé se retrouve en doctrine de manière incidente.

343. Nous l'avons déjà relevé dans notre introduction, puis à l'orée de notre première partie, le contrat ne trouve en général pas sa place au sein de la présentation traditionnelle des sources du Droit. Cet acte n'est habituellement pas cité comme un élément « intéressant » (ou modifiant) le Droit objectif. Quelques exceptions sont cependant faites à cette présentation par la doctrine majoritaire qui intègre alors dans les sources du Droit quelques actes aux stipulations générales comme les conventions collectives de travail, les contrats de société ou d'association[962], les conventions matrimoniales ou même les conventions collectives en matière locative[963], les contrats-types[964] ou encore, les contrats d'adhésion. Cette présentation n'est autre que le fruit de l'analyse pluri-dimensionnelle de tous ces actes. Elle permet alors de concevoir que « certaines conventions » sont *« des sources du droit des contrats »*[965], autrement dit, qu'il existe des rapports hiérarchiques entre ces conventions et d'autres. Pour

[962] À condition que ces groupements aient un « grand nombre » de membres, en ce sens v. G. MARTY, « De la place des conventions dans l'ordonnancement juridique », *précité* ; G. RENARD, *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique,* Sirey, 1930, par exemple p. 377 et s. ; G. ROUJOU DE BOUBBEE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, (direction G. MARTY), LGDJ, 1961, p. 270, qui admet cependant que cette précision pose un problème de seuil *« bien difficile à résoudre »*.

[963] G. TAORMINA *Introduction à l'étude du droit, précitée,* n° 277, p. 138 et 139.

[964] J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n° 43-1, p. 56 ; G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 2009, n° 3, p.1233 ; D. MAINGUY, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 183, p. 154 ; J.-J NUEUR, « Le contrat-institution : essai sur les modes de formation du contrat en droit privé », *LPA*, 19 juin 1995, n° 73, p. 4, n° 27.

[965] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 121.

les partisans des thèses institutionnelles ou règlementaires les actes en question sont en effet, à la différence des contrats classiques, des éléments du Droit objectif. Duguit, qui qualifie les conventions collectives de travail ou les sociétés d'« actes-règles », définit cette catégorie d'actes comme des lois au sens matériel[966], c'est-à-dire des actes qui opèrent une modification dans le domaine du Droit objectif[967]. L'analyse institutionnelle des conventions étudiées proposée par Hauriou le conduit, sur ce point, aux mêmes conclusions. Pour le Professeur toulousain *« le véritable élément objectif du système juridique c'est l'institution »*[968]. Héritées de ces conceptions[969], les analyses pluri-dimensionnelles des actes considérés ont maintenu cette idée qu'à la différence des conventions classiques les conventions à la nature règlementaire ou institutionnelle étaient des sources de Droit, des règles de Droit[970].

344. Sans être affirmée, la supériorité hiérarchique des conventions pluri-dimensionnelles sur les conventions « simples » s'évince inéluctablement de cette présentation. Les conventions ayant comme particularité de pouvoir modifier le Droit objectif ne peuvent en effet naturellement que s'imposer, soit à une autre règle de même nature soit, *a fortiori*, à une convention simple[971]. Ce point apparaît d'autant plus évident que si contrat et hiérarchie sont

[966] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Troisième édition, Tome I, *La règle de Droit, le problème de l'État*, Paris, E. De Boccard, 1927, spéc. §. 39, p. 399 à propos de la société et de l'association ; §. 40, p. 413 à propos des conventions collectives de travail.

[967] Sur ce point v. n° 24 note 139.

[968] M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *in, Aux sources du Droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, 1933, p. 127 et 128, l'auteur ajoute encore : *« ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font l'institution »* ; v. également sur ce point, J. BRETHE DE LA GRESSAYE, « La convention collective de travail est-elle un contrat ? », *in, Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 101 et spéc. p. 107 et Y. PUYO, *Essai sur le contrat et l'institution, Les relations entre les groupements institutionnels et le contrat en droit privé, Thèse précitée*, en particulier n° 249, p. 174.

[969] Nous n'avons cité que les thèses règlementaires et institutionnelles, mais nous aurions également pu faire mention de la thèse de Monsieur ROUJOU DE BOUBBEE qui qualifie certains des actes évoqués « d'actes collectifs ». Ce type d'actes, *« à tendance normative »* peut, selon l'auteur, être considéré comme faisant partie des « règles de Droit » v. *op. cit.*, p. 264 et s.

[970] C'est à cette conclusion qu'arrive MARTY dans son article sur « la place des conventions dans l'ordonnancement juridique » (précité). Pour cet auteur, si la convention ne peut être intégrée à l'ordre juridique, il en va différemment de ce qu'il consent à considérer comme des « actes-règles » (*article précité*, spéc. p. 83) comme les conventions collectives, les contrats-types ou, dans une moindre mesure, les sociétés. L'auteur admet en conclusion que *« les règles conventionnelles à portée générale peuvent, mais aussi doivent, être comptées parmi les sources du Droit objectif »* (p. 84).

[971] V. par exemple A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 6ème édition, Montchrestien, Coll. Précis Domat, 2008, n° 321 p. 257 qui écrit que la convention collective prime sur le contrat de travail, *« parce qu'elle lui est d'une nature supérieure » ;* précisons d'ailleurs que même certains partisans d'une approche normativiste du contrat considèrent que les contrats à effets règlementaires priment hiérarchiquement sur les « simples » contrats. V. en

deux notions qui paraissent *a priori* étrangères, la hiérarchie est au contraire consubstantielle à la notion d'institution[972] à laquelle le contrat (synonyme d'égalité) serait d'ailleurs inférieur[973]. Dans l'ordre juridique, l'institution se situerait entre *« l'État et le contrat »*[974].

Si l'on admettait cette présentation une convention qui n'est pas une règle de Droit ne pourrait, bien entendu, pas imposer des conditions de validité nouvelles à une convention ayant cette nature de règle de Droit. Admettre toute position contraire serait aussi absurde que de considérer qu'une convention puisse déterminer une ou plusieurs des conditions de validité d'une loi. Une simple convention ne pourrait donc être hiérarchiquement supérieure à une convention pluri-dimensionnelle.

345. Cette supériorité des conventions pluri-dimensionnelles sur les conventions uni-dimensionnelles se révèle d'ailleurs, comme nous l'avons là encore souligné en introduction, dans le fait que les seules situations dans lesquelles la doctrine fait régulièrement référence au terme de hiérarchie pour rendre compte des relations entre plusieurs conventions, mettent en scène des actes dont le caractère règlementaire est nettement affirmé (conventions collectives, sociétés, contrats-cadres). Dans ces structures, la convention pluri-dimensionnelle occupe toujours la place de la norme hiérarchiquement la plus élevée. Madame Fabre-Magnan, en envisageant l'idée, qualifiée de « surprenante », selon laquelle que des conventions peuvent être « sources du droit des contrats », fait d'ailleurs référence aux conventions collectives de travail, aux contrats-cadres et aux statuts de la société[975]. L'idée semble si profondément évidente qu'elle est même incidemment soutenue par Monsieur Perrouin qui, (alors qu'il se prononce en faveur d'une analyse pleinement contractuelle des conventions pluri-dimensionnelles), affirme à plusieurs reprises que dans les structures hiérarchiques conventionnelles, la convention placée au bas de la hiérarchie est toujours une convention à la

---

ce sens, L. CLERC, *Thèse précitée,* n° 61, p. 81, qui écrit : *« Les conventions règlementaires possèdent une valeur normative supérieure à celle du contrat au sens strict »*.

[972] J.-L. BERGEL, *op. cit.,* n° 170, p. 198 et 199 ; J. LAFOND, « La copropriété, contrat ou institution ? », *Administrer,* Mars 1977, p. 4 ; G. RENARD, *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique, op. cit.,* p. 364 qui écrit que *« la hiérarchie est la loi de l'institution »*.

[973] G. RENARD, *La théorie de l'institution*, *op. cit.,* p. 335, *« L'institutionnel prime le contractuel »;* M. MICHALAUSKAS, « La nature juridique de l'association », *in, Contrat ou institution : Un enjeu de société,* (Direction B. BASDEVANT-GAUDEMET), LGDJ, Coll. Système droit, 2004, p. 153.

[974] Y. PUYO, *Thèse précitée*, n° 286, p. 197.

[975] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit*., p. 121, l'auteur évoque les statuts d'une société coopérative, dans la note n°1.

nature juridique « simple »[976/977]. L'idée, enfin, semble même trouver certains échos en droit public[978].

346. Ce présupposé, aussi vif soit-il, doit être condamné. La nature juridique des conventions hiérarchisées est parfaitement indifférente dans leur hiérarchisation. La norme de constitution d'une structure hiérarchique peut être une norme pluri-dimensionnelle (A) comme uni-dimensionnelle (B) et peut dominer des conventions de « toute nature ».

A. Supériorité d'une norme « pluri-dimensionnelle ».

347. La domination hiérarchique d'une convention pluri-dimensionnelle peut se manifester sur une convention uni-dimensionnelle (1) comme sur une convention de même nature (2).

1. Sur une norme « uni-dimensionnelle ».

348. Une convention pluri-dimensionnelle peut être hiérarchiquement supérieure à une convention simple. L'affirmation n'appelle sans doute aucune remarque particulière. Il paraît évident, tant d'un point de vue théorique (et ce, quel que soit le parti que l'on prenne), que d'un point de vue empirique, qu'une telle mise en ordre hiérarchique puisse se réaliser.

349. Le droit positif offre une multitude d'exemples de cette domination possible des

[976] L'auteur écrit précisément : *« la convention placée au bas de la hiérarchie est toujours constituée par une convention individuelle »*. Le terme « individuel » est pour l'auteur synonyme de convention « simple ». S'il ne parle pas de conventions à la nature « purement conventionnelle » ou « mixte » dans la mesure où il nie cette distinction (nous y reviendrons), il oppose en revanche les « actes collectifs » (ce qui désigne chez lui les actes à formation ou à effets collectifs – retenant ainsi les deux définitions des actes collectifs données par Messieurs ROUAST et ROUJOU DE BOUBBEE) aux « actes individuels ». Cela étant, si le critère de l'opposition n'est pas le même, les contours des deux catégories sont identiques. Monsieur Perrouin qualifie par exemple « d'actes collectifs », les conventions collectives de travail, les statuts de personnes morales, le contrat de mariage ou le règlement de copropriété.

[977] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 788, p. 344 ; v. encore n° 159, p. 100 (*« le mécanisme légal de la hiérarchisation, comme la procédure administrative conduisent à reconnaître la primauté d'un acte collectif sur d'autres actes collectifs ou sur des contrats individuels »* - le propos est cependant ici réservé à un type particulier de hiérarchie) ; et n° 795, p. 346 (où l'auteur parle de manière générale cette fois-ci des *« conventions individuelles… **qui occupent la base de toutes les structures hiérarchiques** »*).

[978] En matière de recours pour excès de pouvoir, si le juge n'admet pas en principe de recours contre un acte violant un contrat administratif (s'il ne soumet pas la validité d'un acte administratif au respect des stipulations contractuelles), ce recours est admis au contraire si la convention est « règlementaire » (la convention détermine alors les conditions de validité d'un autre acte juridique). Sur cette question v. D. PEANO, *J.-Cl. Administratif*, v° Recours pour excès de pouvoir, fasc. 1150, n° 36 ; D. DE BECHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *précité*, p. 26 et 27.

conventions à la dimension règlementaire sur des conventions « purement contractuelles ». Il en va ainsi, notamment, dès que les statuts d'une société déterminent la validité de certaines conventions que peuvent conclure entre eux les associés, ou encore quand le règlement d'une copropriété détermine les conditions dans lesquelles les propriétaires d'un lot peuvent soit l'aliéner, soit le donner à bail. Il n'est pas utile de poursuivre plus loin une démonstration qui ne ferait que revenir sur les développements relatifs à l'étude des hiérarchies bâties à partir d'un règlement de copropriété, d'une convention matrimoniale ou des statuts d'une personne morale. Le constat semble devoir être identique si la convention en position d'infériorité est une convention pluri-dimensionnelle.

2. Sur une norme « pluri-dimensionnelle ».

350. Si l'objet de la subdivision précédente tombait sous le sens et semblait véritablement incontestable, l'hypothèse présente nous paraît, elle, soulever d'emblée plus d'interrogations. Pourtant, d'un point de vue théorique, aucun obstacle ne peut s'opposer véritablement à la reconnaissance de cette hypothèse ; même si l'on attachait à la conception classique des sources du Droit. L'aspect théorique de la question ne soulève donc *a priori* aucune difficulté. C'est si l'on se place d'un point de vue empirique que la réponse à la question posée peut sembler moins évidente. En effet, il y a sans aucun doute un moins grand nombre de situations dans lesquelles une convention présentant une nature prétendument hybride détermine l'une des conditions de la validité d'une autre convention de même nature, que dans l'hypothèse précédemment étudiée. Cela étant, quelques situations permettent de valider cette seconde hypothèse. Nous en avons étudié quelques unes, même si elles étaient exceptionnelles, en matière de conventions collectives de travail. Nous en étudierons rapidement une autre variété.

351. Constitution de société et apport d'un bien commun – En matière matrimoniale, nous l'avons vu, les époux mariés sous un régime communautaire peuvent en principe administrer et disposer seuls des biens de la communauté (article 1421 du Code civil). Cette règle connait cependant quelques exceptions comme celle prévue à l'alinéa premier de l'article 1424 du Code civil qui dispose que *« les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité »*. L'un des époux ne peut donc pas apporter en société un

des biens communs visés par cet article sans le consentement de son conjoint. À défaut, l'aliénation que constitue l'apport en société[979] peut être annulée en application des dispositions de l'article 1427 du Code civil, annulation qui *« s'étendra fatalement au contrat de société dans son ensemble »*[980] si l'apport du bien commun en question était indispensable à la réalisation de l'objet social[981].

352. Ce cas de figure illustre la supériorité potentielle d'une convention prétendument pluri-dimensionnelle sur une autre. Le caractère commun d'un bien dépend en effet des stipulations de la convention matrimoniale. C'est donc par référence aux stipulations du contrat de mariage que la validité de l'apport en société, et donc de la société, sera appréciée. L'acte pluri-dimensionnel qu'est la convention matrimoniale est hiérarchiquement supérieur à un autre acte de même nature, le contrat de société.

353. Une convention à la nature « dualiste » peut donc dominer une convention de même nature ou une convention simple. Reste désormais à démontrer qu'une convention qui ne présente pas cette spécificité peut également être une convention hiérarchiquement supérieure à une autre convention de quelque nature que ce soit.

B. Supériorité d'une norme « uni-dimensionnelle ».

354. Ce cas de figure est à n'en pas douter le plus intéressant d'un point de vue théorique. Si ceux étudiés ci-dessus ne pouvaient souffrir, de ce point de vue, aucune contestation, il en va différemment en matière de conventions à la nature moniste. Ces derniers actes n'étant pas, dans une conception classique des sources du Droit, des éléments du Droit objectif, il est difficilement concevable de les imaginer être l'un des fondements de la validité d'une autre convention, *a fortiori* lorsque cette convention est une convention pluri-dimensionnelle. L'abandon de cette présentation et l'adoption d'une analyse normative de la convention, pour laquelle nous avons opté, nous permettent en revanche d'envisager la supériorité d'une convention simple sur une autre convention. Le Droit positif nous permettra d'en faire la preuve. Une convention uni-dimensionnelle peut déterminer la validité d'une convention de

[979] En ce sens, F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux, op. cit.,* n° 495, p. 397 ; Civ. 1, 2 décembre 1975, *JCP G,* 1976, II, 18390, note Y. CHARTIER, solution implicite.

[980] J. HONORAT, *Rép. Dr. Sociétés, Dalloz,* v° *Nullités,* n° 23.

[981] *Ibid.*

même nature (1) comme celle d'une convention à la nature censément pluri-dimensionnelle (2).

1. Sur une norme « uni-dimensionnelle ».

355. Comme lorsqu'il s'est agi de relever qu'une convention pluri-dimensionnelle pouvait être hiérarchiquement supérieure à une convention unidimensionnelle, nous ne nous appesantirons pas trop sur la présente hypothèse tant les conclusions que nous pouvons tirer en la matière sont attendues. Nous avons, sans le relever expressément, à de multiples reprises, déjà mis en lumière le fait qu'une convention « purement conventionnelle » puisse déterminer les conditions de validité d'une convention de même nature.

356. Le fait qu'un mandat détermine certaines des conditions de la validité de l'acte accompli en application de cette convention ; celui qu'un contrat principal détermine en partie les conditions dans lesquelles un sous-contrat sera régulièrement formé ; qu'un avant-contrat de vente détermine dans des circonstances données les conditions de la validité de la vente d'un bien objet de l'avant-contrat ; ou enfin, la liste n'étant bien entendu pas exhaustive, celui qu'une vente détermine les conditions de la validité de toutes les ventes successives portant sur le même bien, sont autant d'hypothèses dans lesquelles une convention uni-dimensionnelle détermine les conditions de la validité d'une autre convention de même nature.

357. L'hypothèse suivante appelle sans doute plus d'attention dans la mesure où, nous l'avons souligné, elle est celle qui « cadre » le plus difficilement avec une vision classique de la place des conventions dans les sources du Droit.

2. Sur une norme « pluri-dimensionnelle ».

358. Les illustrations de la domination hiérarchique d'une convention uni-dimensionnelle sur une convention pluri-dimensionnelle sont sans aucun doute moins nombreuses que les cas étudiés à l'instant. Il n'en demeure pas moins que plusieurs illustrations de cette supériorité peuvent être identifiées dans le droit positif.

359. Mandat et convention matrimoniale – Le contrat de mariage est une convention

marquée par un certain formalisme. Cet acte doit notamment revêtir la forme authentique et être fait en la présence simultanée des parties. Le Code civil, depuis la loi de 1965, offre, dans le même article qui impose ce formalisme, la possibilité aux parties de se faire représenter lors de la rédaction et de la signature de l'acte. L'article 1394 alinéa premier du Code civil, dispose effectivement que *« toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires »*. Le mandat donné au mandataire de représenter le futur époux à l'occasion de la conclusion de l'acte doit être spécial et revêtir la forme authentique[982].

360. Dans cette situation, une convention uni-dimensionnelle se présente alors comme une norme hiérarchiquement supérieure à une convention « pluri-dimensionnelle ».

361. Mandat et conventions collectives – La supériorité hiérarchique d'une convention uni-dimensionnelle sur une convention « pluri-dimensionnelle » peut encore être relevée en matière de droit du travail. L'article L. 2231-2 du code du travail en vigueur depuis le 1er mai 2008, prévoit que les représentants des organisations ayant compétence pour négocier des conventions et accords collectifs de travail doivent être habilités selon les modalités suivantes : *« 1° Soit [par]une stipulation statutaire de cette organisation ; 2° Soit [par] une délibération spéciale de cette organisation*[983] *; 3° Soit [par]de[s] mandats spéciaux écrits qui leur sont donnés individuellement par tous les adhérents de cette organisation »*. C'est donc une convention uni-dimensionnelle qui dans le troisième cas prévu par cet article habilite le négociateur. Or, doctrine[984] et jurisprudence[985] s'accordent à considérer que la convention ou l'accord collectif conclu sans habilitation est frappé de nullité, ce qui établit un lien hiérarchique entre les deux actes. C'est par référence au contenu du mandat que sera jugée la validité d'une convention collective. C'est par référence aux stipulations d'une convention uni-dimensionnelle que sera jugée la validité d'une convention soi-disant pluri-

[982] F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 170, p. 128.

[983] Les deux premiers cas de figure prévus à cet article auraient pu trouver leur place dans les développements relatifs à la supériorité d'une convention pluri-dimensionnelle, les statuts de l'organisation, sur une autre, la convention collective de travail.

[984] F. PETIT *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, (préface P. RODIERE), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 291, 2000, n° 302, p. 355.

[985] Soc., 27 nov. 1958, *Dr. soc.* 1959, p. 87.

dimensionnelle.

362. Autres exemples – Pour conclure, nous préciserons très brièvement que le présent constat ne tient pas à la particularité de la convention placée ici au sommet de la hiérarchie conventionnelle, c'est-à-dire un mandat. D'autres situations dans lesquelles une « pure » convention est hiérarchiquement supérieure à une autre pourraient être présentées. La nullité d'un apport par exemple, qui peut entraîner dans les conditions que nous avons exposées la nullité de la société, peut parfaitement se concevoir en raison du fait que le bien apporté n'appartienne pas à l'auteur de l'apport[986]. Dès lors, ce peut être en référence aux stipulations d'un contrat de vente ou de donation (une convention à la nature « simple ») que la validité de l'apport, et donc de la convention « pluri-dimensionnelle » qui en résulte, sera jugée.

363. Alors que l'on aurait pu s'attendre, pour les raisons exposées, à une solution contraire, la « nature juridique » des conventions en rapport n'a finalement aucune incidence ni sur la propension de celles-ci à se hiérarchiser, ni sur la place respective occupée par chacune des conventions dans la pyramide conventionnelle formée. La raison de ce constat nous paraît tenir dans ce qui n'est sans doute que la suite logique de l'analyse normative de la convention, c'est-à-dire l'unité de la notion de convention.

§2. L'unité de la notion de convention.

364. Au regard des thèses majoritaires dans la doctrine contemporaine, la catégorie contractuelle a perdu l'unité qu'elle affichait à son origine. Il y aurait à côté des conventions « simples », d'autres conventions dont la nature ne serait pas exclusivement contractuelle. Le constat que nous venons de faire, nous l'avons souligné, se marie assez mal avec cette thèse. En revanche, l'indifférence de la « nature juridique » des conventions en rapport dans leur hiérarchisation, nous semble s'inscrire parfaitement dans un courant actuel qui tend à affirmer l'unité de la notion de convention (B) et à abandonner les analyses dualistes d'un certain nombre d'actes (A).

[986] J. HONORAT, *Rép. Dr. Sociétés*, *op. cit.*, n° 23 et les références citées.

A. Les diversités apparentes de la nature juridique des conventions.

365. Une analyse initialement contractuelle – Initialement, chacune des conventions pluri-dimensionnelles a été présentée comme une convention. Dans le sillage des travaux de Domat et Pothier[987], traduction d'une tradition encore plus ancienne[988], le code de 1804 a pris le parti de définir la société à l'article 1832 (dans sa version antérieure à la loi de 1985) comme *« un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »*. Le schéma devait être le même pour l'association définie par l'article premier de la loi du 1er juillet 1901[989], dans une formule qui ne devait rien au hasard[990], comme *« la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices (...) et (…) régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations »*. La convention collective de travail quant à elle, que l'on désignait souvent à ses origines sous la locution de « contrat collectif de travail », apparaît dans la pratique comme un *« contrat civil* sui generis *»*[991]. Le règlement de copropriété est lui défini, par l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965, comme un acte « conventionnel ». Le contrat de mariage est, enfin, qualifié à plusieurs reprises dans les articles 1387 et suivant du Code civil de contrat ou de convention. Passée l'unanimité initiale autour de l'analyse contractuelle des actes considérés, des voix se sont élevées pour contester une qualification qui, pour nombre d'auteurs, devenait injustifiable ; des analyses alternatives se sont alors fait jour qui proposaient d'exclure simplement les conventions considérées de la catégorie contractuelle (1). Une nouvelle unanimité s'est peu à peu dessinée autour d'une seconde alternative qui consiste à intégrer chaque dimension des conventions concernées qui

[987] Voir par exemple J. DOMAT, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, seconde édition, Tome I, Paris, Aubouïn, Emery, Clouzier, 1697, Livre I, Titre VIII, v. la section I *« la nature de la société »*, p. 294 et 295 ; POTHIER, *Traité du contrat de société, in, Œuvres complètes de Pothier*, Tome VII, PARIS, Thomine et Fortic, 1821, en particulier le Chapitre premier, *« De la nature du contrat de société »*, p. 150 à 171. Les deux auteurs analysent clairement la société en termes contractuels.

[988] Certains auteurs affirment que la conception contractuelle de la société se trouvait déjà affirmée dans le Code d'Hammourabi, v. sur ce point, J.-C. MAY, « La société, contrat ou institution », *in, Contrat ou institution : un enjeu de société,* (Direction B. BASDEVANT-GAUDEMET), LGDJ, Coll. Système droit, 2004, p. 124.

[989] *« Loi relative au contrat d'association »*.

[990] V. le plaidoyer pour une qualification contractuelle de l'auteur de la loi, P. WALDECK-ROUSSEAU, *Associations et congrégations*, p. 52 et 53 http://classiques.uqac.ca/

[991] G.-H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN, *Droit du travail*, 9ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 1978, n° 607, p. 611.

sont alors présentées comme des actes pluri-dimensionnels (2).

1. Les tentatives d'analyses « uni-dimensionnelles » (règlementaires et institutionnelles).

366. Les principales analyses uni-dimensionnelles alternatives aux thèses conventionnelles ont été celles défendues par deux grands publicistes, Duguit et Hauriou. Les deux auteurs ont en commun d'avoir l'un et l'autre rejeté nettement les analyses conventionnelles des actes tels la société ou la convention collective de travail. Les arguments et conclusions respectives des deux auteurs divergent cependant sur quelques points.

367. L'analyse règlementaire – Pour Duguit d'abord, les actes considérés sont, dans la classification qu'il propose des actes juridiques[992], des exemples *« très nets d'actes-règles »*[993], plus précisément des « actes-collectifs » (pour la société et l'association) et des « unions » (pour les conventions collectives de travail) qui se distinguent du contrat aussi bien sur le plan de leur formation que sur celui de leurs effets[994].

368. Sur le plan de la formation de l'acte, développant un argument qui sera ultérieurement repris par les partisans des thèses règlementaires ou institutionnelles de la société, Duguit estime que l'on est en présence de déclarations de volonté *« qui sont toutes déterminées par le même but »,* ce qui distinguerait les sociétés ou associations du contrat puisque cet acte se singulariserait sur ce point par des manifestations de volonté qui ont un but différent[995].

369. Duguit relève encore que plusieurs des effets des « actes-collectifs » et des « unions », entre les parties, ou à l'égard des tiers, ne sont pas compatibles avec l'idée de contrat. L'auteur s'attache par exemple, entre les parties, aux effets disciplinaires telles les amendes ou exclusions prononcées par les groupements (il s'agit pour l'auteur d'un véritable droit pénal qui s'impose aux membres du groupe et conduit *« bien loin du contrat, acte juridique*

[992] Classification que nous avons exposée en introduction, *supra*, n° 24 et les références citées à ce numéro.

[993] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Troisième édition, Tome I, *op. cit.*, 1927, §. 31, p. 327 et 328.

[994] Pour ne pas multiplier les notes infrapaginales pour le paragraphe à venir, et sauf mention contraire, se reporter à l'ouvrage précité, n° 39, p. 399 à 404 en ce qui concerne les actes collectifs (associations et sociétés) et n° 40 p. 409 et 425 pour les unions, en particulier, p. 411 à 419 (conventions collectives de travail).

[995] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Troisième édition, Tome I, *op. cit.*, n° 38 p. 383.

défini, ne pouvant faire naître qu'un rapport entre créancier et débiteur entre deux sujets de droit dont les intérêts sont opposés »). Au-delà du cercle des parties, il conteste l'idée qu'un contrat puisse avoir pour effet, qu'à l'égard des tiers, la validité des actes conclus par une association soit conditionnée au respect des statuts. En ce qui concerne toujours ces mêmes effets, en matière de conventions collectives, une approche contractuelle de cet acte ne peut selon lui expliquer que les employeurs et les salariés soient contraints de respecter les stipulations de la convention collective à laquelle ils ne sont pas parties. C'est sans aucun doute dans ce dernier aspect soulevé par l'auteur, *a priori* dérogatoire à l'effet relatif des conventions, *« qu'apparaît le plus clairement la dimension normative, règlementaire »*[996] de certaines conventions. C'est parce que les conventions collectives de travail, les conventions matrimoniales ou encore le règlement de copropriété, produisent des effets à l'égard des tiers que la doctrine est souvent tentée d'attribuer à ces actes un caractère intégralement ou partiellement règlementaire[997].

370. L'analyse institutionnelle – La seconde analyse uni-dimensionnelle marquante, alternative à la qualification contractuelle est l'analyse institutionnelle, initiée par Hauriou. Pour cet auteur, conventions collectives et autres groupements ne sont pas des conventions mais bien des institutions, c'est-à-dire, *« une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »*[998/999]. Cette notion, bien qu'elle

---

[996] J. LE GOFF, *Petit traité de droit du travail* : *Droit du travail et société*, Tome II, *Les relations collectives de travail*, PUR, 2002, p. 474.

[997] Pour les conventions collectives de travail : *Ibid.*, A. COEURET, B. GAURIAU, M. MINE, *Droit du travail*, 2ème édition, Sirey, Coll. Sirey Université, 2009, n° 925, p. 668 et 669 ; J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, 12ème édition, PUF, Coll. Thémis, 1993, p. 322 et 323 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit*., p. 181 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 509, p. 479 *« l'institution* [la convention collective] *est aux frontières du contrat et du règlement »*, et n° 512 p. 481 *« le contrat collectif permet de contourner l'effet relatif des contrats »* ; à propos des conventions matrimoniales : J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, n° 169, 157 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, 2ème édition, Defrénois, Coll. Droit civil, 2007, n° 205, p. 85 ; enfin, sur le règlement de copropriété : P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, 4ème édition, Defrénois, Coll. Droit civil, 2010, n° 719, p. 239.

[998] M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *précité*, p. 96.

[999] Cette définition étant communément présentée comme la plus aboutie de la notion d'institution que donne Hauriou. Sur ce point, v. E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 30/31, 1995, p. 390 et s., où l'auteur reconstitue les grandes étapes de la construction par l'auteur toulousain de la théorie de l'institution.

soit entourée d'un flou certain[1000], se distingue nettement du contrat sur plusieurs points[1001].

371. La principale différence qu'Hauriou développe entre le contrat et l'institution est que *« l'institution est faite pour durer tandis que le contrat n'est pas fait pour durer »*. De sa nature d'acte juridique résulterait, pour l'auteur, une « infirmité » du contrat, mécanisme *« à la fois trop fragile et trop rigide »*. Cette fragilité tiendrait par exemple à l'existence de la condition résolutoire qui conduit à la disparition du contrat en cas d'inexécution des obligations des parties, là où la nature de l'institution permettrait d'en exclure un membre sans mettre en danger cette dernière. La stabilité des institutions est encore pour Hauriou marquée par la capacité à la faire évoluer par des règles de fonctionnement souples, alors que le contrat serait *« incommutable »*[1002]. La flexibilité de l'institution permettrait, en matière de société, une modification des statuts à la majorité, *« la survie de l'institution n'est [alors plus] liée à la continuité du consentement des intéressés »*[1003].

Si l'on admet régulièrement que les termes et les enjeux du débat sur la nature institutionnelle de la société *« ne sont pas clairement fixés »*[1004], cet élément est incontestablement l'un de ceux qui apportent de l'eau au moulin de l'analyse institutionnelle de la société[1005] ou de l'association, mais également parfois du règlement de copropriété[1006], puisque ces « institutions » laissent toutes une place, notamment, à ce que l'on désigne sous le

[1000] La chose est unanimement relevée et même les promoteurs de l'institution dénoncent les incertitudes, voire les incohérences, des travaux d'Hauriou sur ce point v. Y. PUYO, *Essai sur le contrat et l'institution, Les relations entre les groupements institutionnels et le contrat en droit privé, op. cit,* n° 10, p. 8.

[1001] Pour une comparaison entre le contrat et l'institution, v. M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorant es sciences politiques,* 2ème édition, Recueil Sirey, 1916, p. 199 à 209 dont sont extraites, sauf mention contraire, toutes les citations du présent paragraphe.

[1002] G. RENARD *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique, op. cit.,* p. 364.

[1003] J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n° 170, p. 198.

[1004] M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2010, n° 10 p. 4.

[1005] *Ibid.* ; v. G RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN, *op. cit.*, n° 1056-20, p. 12 ; v. également, G. FLORES , J. MESTRE, « Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société », *LPA*, 14 mai 1986, p. 27 qui résument parfaitement cette opposition en écrivant à propos d'une espèce dans laquelle un associé demandait la dissolution de la société pour « mésintelligence » : *« L'enjeu de la question posée au juge est des plus clairs : constater qu'un contrat de société n'a plus de sens, et doit donc être résolu, dès lors que les contractants ne s'entendent plus(…) ou bien reconnaître qu'une institution doit pouvoir survivre, au-delà des conflits de personnes qui la menace »*, et admettre une proposition de rachat des parts du demandeur présentée par les défendeurs.

[1006] J. LAFOND, « La copropriété, contrat ou institution ? », *précité*, spéc. p. 4 et 5.

terme de « principe majoritaire »[1007].

372. La seconde différence majeure entre les deux notions tient pour le maître de l'école de Toulouse à son adhésion à une vision très classique du contrat qui fait de cet acte le fruit d'une libre négociation[1008]. Dès lors, toutes les conventions dans lesquelles apparaissent ce qu'il qualifie de *lex « c'est-à-dire la dictée des clauses par l'une des parties et le fait que l'autre partie n'ait qu'à adhérer, à moins qu'elle ne renonce au contrat »*, ne sont pour l'auteur que des situations ne formant un lien que de manière apparente, le contrat *« s'efforçant de singer l'institution »*. Ce deuxième élément de comparaison du contrat et de l'institution est l'un de principaux qui a conduit une partie de la doctrine sur la voie d'une analyse institutionnelle de la société[1009] ou de l'association[1010]. Il en est encore ainsi à propos du règlement de copropriété qui révèlerait sa nature institutionnelle lorsqu'il est rédigé par une seule personne (un promoteur immobilier) ou encore lorsque de nouveaux propriétaires acquièrent des lots puisque, dans ces deux hypothèses, les copropriétaires n'ont pas d'autres alternatives que de consentir au règlement existant ou de renoncer à la mutation du lot[1011].

Ces deux thèses, institutionnelles ou règlementaires, ont en commun l'unité de la nature juridique qu'elles reconnaissent aux conventions considérées[1012/1013]. Toutes ont été dépassées et cèdent aujourd'hui dans une large mesure à des analyses mêlant les différents aspects de chaque convention.

[1007] Sur ce point v., *RJ Com* Novembre 1991, numéro spécial, « La loi de la majorité ».

[1008] V. à cet égard, la sévère critique de JOSSERAND, *« Les auteurs qui préconisent cette opposition (entre le contrat et l'institution) et qui se préoccupent surtout de faire mordre le droit public sur le droit privé, se font du contrat une idée bien archaïque et bien étroite ; ils en sont restés au temps de la stipulation romaine avec la double déclaration de volonté qu'elle contenait, alors que dans le droit moderne, il convient de voir un contrat dans tout acte plurilatéral tendant à créer ou à déplacer des obligations»,* « L'essor moderne du concept contractuel », *in, Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, Sirey, 1934 p. 338.

[1009] Y. GUYON, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, op. cit.,* n° 8, p. 20 et 21.

[1010] M. MICHALAUSKAS, « La nature juridique de l'association », *précité*, p. 151 et 152.

[1011] Dans le même ordre d'idée, soulignant le caractère institutionnel du règlement de la copropriété en raison de l'importance des règles légales impératives J. LAFOND, « La copropriété, contrat ou institution ? », *précité,* p. 4.

[1012] P. DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTD civ*., 1939, p. 356.

[1013] Même si la frontière est parfois mince entre le contrat et l'institution et que l'union du contractuel et de l'institutionnel est parfaitement admise par certains promoteurs de l'institution. Sur ce dernier point v., G. RENARD, *La théorie de l'institution, op. cit.,* p. 438 et s.

2. Le succès des analyses pluri-dimensionnelles.

373. Apparition des analyses pluri-dimensionnelles – En réaction (et parfois même par anticipation[1014]) aux débats relatifs à la nature des conventions instituant une personne morale ou aux conventions collectives de travail, la doctrine va proposer d'adopter une vision intégrant à l'analyse des actes juridiques à la nature controversée leur double dimension, contractuelle et règlementaire ou institutionnelle[1015]. Ces thèses dualistes, mixtes, ou pluri-dimensionnelles, font incontestablement leur première apparition véritablement remarquée en droit du travail à propos de la convention collective avec l'article devenu célèbre de Durand, *« le dualisme de la convention collective de travail »*[1016]. Dans cet article, l'auteur développe une analyse selon laquelle l'acte en question serait conventionnel par sa formation et règlementaire par ses effets[1017]. Cette proposition, bien qu'encore parfois critiquée par la doctrine qui conteste son caractère fictif, a connu un indéniable succès au point que les débats relatifs aux autres actes à la nature douteuse se sont finalement tous soldés par le même résultat.

374. Prédominance actuelle des analyses pluri-dimensionnelles – Contrairement aux prévisions de son principal promoteur, qui ne voyait en l'analyse dualiste de la convention collective de travail qu'une doctrine transitoire amenée à céder la place à une autre au fur et à

[1014] V. HAURIOU M., qui dès 1906 signale la présence marquée des thèses « dualistes » v., « L'institution et le droit statutaire », *précité*, p. 176, note infrapaginale n° 3.

[1015] En elle-même, l'analyse reposant sur une addition de plusieurs actes juridiques ne se démarque pas nécessairement des thèses règlementaires. DUGUIT, conçoit parfaitement que des actes juridiques puissent avoir une nature mêlée de différentes influences. Ainsi écrit-il à propos de la nature juridique de l'association, *« l'acte collectif est à la fois un acte-règle et un acte-condition, mais le caractère d'acte-règle est évidemment celui qui est prédominant »* n° 39, p. 406. Plus loin il admet encore cette possibilité à propos des unions, n° 40, p. 409. L'originalité de l'approche pluri-dimensionnelle est de mêler les aspects règlementaires et contractuels, ce que DUGUIT semble condamner à plusieurs reprises. HAURIOU condamne également ces thèses dualistes. Après les avoir exposées à propos de la société, il déclare qu'une *« telle position est intenable et incompréhensible »*, « L'institution et le droit statutaire », Recueil de législation de Toulouse, Deuxième série, T. II, Édouard Privat, 1906, p. 177.

[1016] P. DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail », *précité* ; cette conception, popularisée par l'auteur était déjà partagée par une partie de la doctrine. V. Par exemple, P. LOUIS-LUCAS, « Les conventions collectives de travail », *RTD civ.* 1919, p. 65 et s. en particulier la première partie.

[1017] Cette présentation commune étant un brin réductrice puisque pour l'auteur, la nature dualiste de la convention collective de travail se manifeste aussi bien au stade de la formation qu'à celui de l'exécution. Il soulève en revanche le fait que la nature contractuelle est plus marquée au premier stade que la nature règlementaire et inversement. v. sur ce point le début de la seconde partie de l'article cité, p. 368 et 369.

mesure de l'affirmation de ce mécanisme, la majorité de la doctrine travailliste[1018] enseigne toujours aujourd'hui que cet acte est à la fois conventionnel par sa formation et règlementaire par ses effets[1019]. Le débat sur la nature juridique de la convention collective de travail, s'il suscite parfois encore quelques remarques[1020], ne fait plus véritablement l'objet de très vifs échanges doctrinaux. Il est d'ailleurs frappant de constater que plusieurs ouvrages de droit du travail n'en touchent pas mot.

375. Apparu plus tardivement, le règlement de copropriété[1021] a suscité un réel débat relatif à sa nature, bien que moins animé que ceux que l'on a pu connaître à propos d'autres conventions. Cet acte est, comme la convention collective, aujourd'hui assez communément présenté comme un acte à caractère mixte, tenant à la fois du contrat et de l'institution et/ou du règlement[1022]. Il en est encore de même pour d'autres conventions telles les conventions

[1018] Entre autres : A. COEURET, B. GAURIAU, M. MINE, *op cit.*, n° 925, p. 668 ; G. COUTURIER, *Traité de droit du travail, Tome 2, les relations collectives de travail*, 1ère édition, PUF, Coll. Droit fondamentaux, 2001, n° 202 et s., p. 486 et s. ; J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 472 ; J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 24ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2008, n° 1037, p. 1304 ; J. RIVERO, J. SAVATIER, *op. cit.*, p. 322 ; *contra*, ne jugeant pas cette thèse satisfaisante. T. REVET « Le "contrat-règles" », *in, Libre Droit, Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, Coll. Etudes, mélanges, travaux, 2008, p. 928.

[1019] Par exemple, J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Ibid. ;* J. RIVERO, J. SAVATIER, *op. cit.*, p. 322 ; A. ROUAST, « La nature et l'efficacité de la convention collective de travail », *DS*, 1960, p. 639 ; v. cependant G. COUTURIER, *Ibid*., qui tout en adhérant à la conception dualiste décrit la distinction du terrain de la formation et des effets comme « trop simple », n° 202, p. 490.

[1020] Par exemple, N. ALIPRANTIS, *op. cit.*, p. 66 et s.; H. BLAISE, « Les conventions de travail », *in*, *Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, (Direction L. CADIET), Economica, Coll. Travaux et recherches, 1987, p. 57 ; en faveur de la thèse contractuelle, P. LANGLOIS, « Droit civil et contrat collectif de travail », *Dr. soc.*, 1988, p. 395 et s. L'auteur, s'inspirant notamment des conclusions de la thèse de Monsieur ROUHETTE, soutient cette idée par le biais du mécanisme de la représentation. Il s'agit cependant à ses yeux non d'une représentation de la volonté des salariés, mais de leurs intérêts v. en particulier p. 397 et 398 ; v. encore reconsidérant cette distinction sur certains points, F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, *op. cit.*, en particulier, le sous Titre II du Titre premier de la seconde partie, n° 348 et s. p. 413 et s.

[1021] Cet acte a connu sa consécration légale par la loi de 28 juin 1938, « loi tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements ».

[1022] F. ALIBERT, A. et J. DEBEAURAIN, G. FAU, R. PORTE, J.-P. RYF, *précité*, p. 637 ; F. GIVORD, C. GIVERDON, P. CAPOULADE, *op cit.*, n° 545 *;* E. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *op. cit.*, n° 539, p. 595 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, *op. cit*., n° 719, p. 239 qui évoquent un acte *« quasi-règlementaire »* ; G. VIGNERON, *J.-Cl. Copropriété*, V° Règlement de copropriété, généralités, champ d'application, fasc. 76, n° 13 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 642, p. 539 et 540 ; *Contra*, pour une qualification contractuelle v. C. ATIAS, *Droit civil, les biens*, 10ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2009, n° 417, p. 272 (même si l'auteur qualifie ailleurs cet acte *« d'acte-règle »* cela ne nous semble pas que cela remette en cause la qualification contractuelle que l'auteur soutient fermement, *Rép. Dr. Imm., Dalloz, v°- Copropriété des immeubles bâtis*, n° 142) ; Pour une qualification institutionnelle, J. LAFOND, « La copropriété, contrat ou institution ? », *précité*, p. 2 et s.

matrimoniales[1023] et, dans une certaine mesure, pour l'association[1024].

376. Il est en revanche un débat qui se distingue par sa vigueur toujours aussi marquée, c'est celui relatif à la nature juridique de la société. Les controverses sur la nature juridique de cet acte ont, tour à tour, consacré l'avènement de certaines thèses presque aussitôt effacées par des thèses nouvelles ou le renouvellement d'opinions plus anciennes. Dans les grandes lignes[1025], après la consécration de la thèse institutionnelle, la doctrine a été marquée par l'apparition de la thèse fonctionnelle qui, en mettant l'accent sur le fait que la société est *« une technique d'organisation de l'entreprise »*[1026], a conduit certains de ses partisans à conclure une contribution par une sentence retentissante : *« la société n'est plus un contrat »*[1027]. Peu après l'avènement de cette thèse, un mouvement inspiré par le concept de *corporate governance* a remis le contrat au centre du débat. Partant de l'idée selon laquelle *« l'entreprise est fondamentalement un nœud de contrats »*[1028], des auteurs relèvent (et prônent) un développement des mécanismes contractuels dans la société (tels les pactes d'actionnaires) pour améliorer son fonctionnement. Le débat sur la nature juridique de la société s'en est trouvé relancé et la thèse contractuelle, que l'on pensait irrémédiablement distancée, s'est à nouveau retrouvée au centre de toutes les attentions. Sur des bases très différentes, un énième renouveau des thèses contractuelles se fait jour depuis le début des années 2000. Des auteurs, s'attachant au régime juridique contractuel du contrat de société et

[1023] J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 169, 157.

[1024] L. BUTSTRAEN, « L'association contrat ou institution. L'association contrat et institution », *Gaz. Pal.*, 18 Décembre 2001, n° 352, p. 12 ; A.-S. MESCHERIAKOFF, M FRANGI, M. KDHIR, *Droit des associations*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 101 et 102, qui écrivent que l'association est un contrat, mais un contrat qui est *« la mise en commun d'une activité au sein d'une institution » ;* P. POTENTIER, « L'association, personne ou contrat ? Propos d'après congrès », *Defrénois,* 1996, n° 22, p. 1323, n° 1 *« l'association est à la fois une personne et un contrat ».*

[1025] Pour une présentation complète de l'évolution des différentes conceptions de la nature juridique de la société v. BERTREL J.-P., « le débat sur la nature de la société », *in, Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'A. SAYAG*, Litec, Coll. Le droit des affaires, 1997, p. 131 et s. et plus récemment, F. DEBOISSY, « Rapport français, Le contrat de société », *in, Le contrat*, travaux de l'association H. Capitant, Tome LV, Société de législation comparée, p. 119 et s.

[1026] Sur la thèse « fonctionnelle » v. J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise,* (préface Y. LOUSSOUARN), Sirey, Coll. Bibliothèque de droit commercial, Tome 18, 1967 *;* v. également : « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP G*,, 1984, I, 3148 ; « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.*, 1993, p. 705 ; C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, (préface Y. LOUSSOUARN), Sirey, Coll. Bibliothèque de droit commercial, 1962.

[1027] C. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-t-il encore ? », *précité,* p. 139.

[1028] A. COURET, *« Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance », D.* 1995, p. 163 ; « La structure juridique des entreprises (corporate governance) », *RIDE*, 2/2002 (t. XVI), p. 339.

adhérant à une définition plus moderne du contrat, épurée d'éléments prêtant le flanc à la critique, proposent de mettre l'accent sur la dimension contractuelle de la société et même, pour certains d'entre eux, d'appréhender la société comme une forme purement contractuelle[1029].

Aussi riche, passionnant, et parfois confus[1030] que puisse être ce débat, il n'en demeure pas moins qu'ici comme ailleurs, la majorité de *« la doctrine commercialiste a déjà opéré sa mutation »* vers une analyse dualiste de la société[1031].

377. Ces analyses pluri-dimensionnelles des conventions que nous avons étudiées ne nous paraissent pas rendre compte de manière satisfaisante de la véritable nature juridique de celles-ci. Nous partageons avec une partie croissante de la doctrine contemporaine le sentiment qu'en dépit de ce que beaucoup considèrent comme des particularités rédhibitoires, la société, l'association, la copropriété, les conventions collectives de travail et tous les autres actes dont on soutient la nature pluri-dimensionnelle, ne sont rien d'autre que de simples conventions.

B. L'unité émergeante de la nature juridique des conventions.

378. Avant de préciser les raisons qui nous conduisent à admettre l'unité de la notion de convention, il nous faut lever quelques obstacles secondaires à la qualification contractuelle des actes collectifs, en particulier une partie de ceux tendant à adopter une analyse

[1029] Chronologiquement v., J. MESTRE, « La société est bien encore un contrat …» *in, Mélanges à la mémoire de C. Mouly*, t. II, Litec 1998, p. 131 ; C. LAPEYRE, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques », *BJS* 2004, p. 21 ; F. DEBOISSY, « Rapport français, Le contrat de société », *in, Le contrat*, travaux de l'association H. Capitant, Tome LV, Société de législation comparée, p. 119 et s. ; T. FAVARIO, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. Soc.*, 2008, p. 53 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 10, p. 5 À propos du débat contrat ou institution les auteurs écrivent, *« Il suffit de parler de contrat et d'ordre public »*.

[1030] Sur ce point v. F. DEBOISSY, « Rapport français, Le contrat de société », *précité, spéc.* n° 10 et s., qui soulève nombre des confusions obscurcissant un peu plus ce débat (confusion entre les conceptions juridiques et politiques, entre les statuts de la société et « la société », confusion entre l'entreprise et la société, oppositions de thèses non-exclusives les unes des autres comme l'opposition contrat/personne morale *etc.*).

[1031] C'est la conclusion à laquelle arrive Monsieur BERTREL au terme de son article sur « le débat sur la nature de la société », *précité*, p. 131 et s., en particulier p. 141 à 145 et les nombreuses références citées ; v. également J.-C. MAY, *Articlé précité*, qui après avoir remis en cause point par point l'analyse institutionnelle de la société conclut malgré tout que la société *« si elle reste un contrat, ou pour certains un acte juridique unilatéral, est aussi autre chose que cela sans que l'on puisse assurer que cette autre chose est indubitablement une institution »*, p. 150.

institutionnelle de la société, et notamment celui tiré de l'existence d'un *corpus* de dispositions impératives qui contraindrait les associés à opter pour une formule légale ou à renoncer à contracter[1032].

Cet argument doit être fermement écarté. La seule présence marquée d'ordre public, et plus largement, d'hétéronomie, ne peut exclure la qualification de contrat au profit de l'institution, à moins de réduire à peau de chagrin une catégorie juridique contractuelle qui serait alors vidée du contrat de travail[1033], des contrats d'assurance[1034], des contrats de consommation, des baux commerciaux et de tant d'autres conventions. À cet égard, *« le recours à la notion d'institution est devenu inutile dans la mesure où l'ordre public est une donnée intégrée par la législation contemporaine »*[1035] et admettre l'inverse conduirait simplement à considérer que le contrat n'existe (quasiment) plus[1036]. Au-delà de cet aspect, qualifier un contrat d'institution pour cette raison là conduirait à réserver un traitement différent à des conventions très semblables. La société, marquée par l'ordre public serait ainsi une institution. L'association, *« entièrement libre, livrée à l'inspiration créatrice du rédacteur des statuts »*[1037] serait, elle, vouée à être exclue de cette catégorie. L'opposition serait bien artificielle et l'on ne pourrait raisonnablement s'en satisfaire.

379. Cet argument secondaire étant écarté, demeurent les principaux. Après les succès relatifs des thèses règlementaires, institutionnelles, voire fonctionnelles (à propos des personnes morales), il nous semble que la thèse contractuelle est en passe de prendre de nouveau un ascendant décisif dans le débat relatif à la nature juridique de certains actes. Quelques auteurs ont proposé une nouvelle conception moniste de ces conventions dans leur

[1032] Pour un point sur la double dimension de la notion d'institution v. PUYO Y., *Thèse précitée*, en particulier l'introduction.

[1033] Sur la dimension institutionnelle du contrat de travail, v., A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations de travail », *D.* 1998, p. 359, spéc. n° 13.

[1034] M. GERMAIN, « Rapport général, le contrat de société », *in, Le contrat, travaux de l'association H. Capitant op. cit.,* p. 26 ; J.-C. MAY, *op. cit*., p. 139.

[1035] M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 10 p. 5.

[1036] En ce sens, R. VATINET, à propos du mariage, reprenant les propos de PLANIOL et RIPERT, *« s'il fallait cesser d'appeler contrat tous ceux dont les effets ne peuvent être librement déterminés par les parties, on ne trouverait plus guère de contrats »*, « Le mutuus dissensus », *RTD civ.* 1987, n° 21, p. 267.

[1037] P. POTENTIER, « La liberté de rédaction du contrat d'association ; Ombre et lumière », *LPA*, 1996, n° 50, p. 20.

ensemble, qui repose partiellement sur une approche normative du contrat. S'il ne nous revient évidemment pas ici de nous aventurer sur un terrain qui nous conduirait hors des limites de notre recherche, il est indispensable de revenir brièvement sur ce renouveau des thèses contractuelles (1), d'autant que ce renouveau est indéniablement conforté par le constat de l'existence de relations hiérarchiques entre conventions (2).

1. Les nouvelles analyses contractuelles.

380. Deux auteurs ont récemment, dans des perspectives assez différentes, avancé chacun une analyse proposant de démontrer l'unité de la notion de contrat en soulignant le caractère purement conventionnel des conventions à la nature prétendument hybride. Pour ce faire, chacun d'eux s'est attelé à démontrer qu'il était parfaitement admissible d'appréhender en termes uniquement contractuels la convention collective de travail (a). Leurs conclusions à propos de cette convention trouvent un indéniable écho dans d'autres débats relatifs à d'autres actes à la nature contestée, au point qu'il nous semble aujourd'hui raisonnable de concevoir tous les actes dits pluri-dimensionnels comme des contrats à part entière (b).

a. Les thèses de Messieurs Perrouin et Levacher.

381. C'est dans la thèse de Monsieur Perrouin, consacrée à *« la hiérarchie des conventions en droit privé »*, que les prémisses d'un renouveau de la thèse contractuelle apparaissent timidement (i). Ce renouveau sera poursuivi par Monsieur Levacher, de manière très convaincante à nos yeux, dans sa thèse consacrée à *« la règle contractuelle dans l'ordre juridique »* (ii).

i. La thèse de Monsieur Perrouin.

382. Monsieur Perrouin, après avoir établi qu'une hiérarchie s'instaure entre ce qu'il choisit de désigner comme des « actes collectifs » et d'autres conventions qui n'ont pas ce caractère, est naturellement conduit à poser la question de la véritable nature juridique de ces actes d'apparence hybride de manière à s'assurer de leur caractère conventionnel. On comprend dans la démarche qui est la sienne (et qui est également ici la nôtre) l'importance de la question. Dans cette perspective l'auteur s'attèle donc à démontrer, brièvement, à partir de l'exemple de la convention collective de travail, *« la nature conventionnelle des actes*

collectifs » en relativisant les spécificités de ces derniers.

383. Monsieur Perrouin bâtit son raisonnement sur le constat que le débat sur la nature des actes collectifs se cristallise essentiellement autour de la question des effets à l'égard des tiers que produisent ces actes. Après avoir relevé brièvement que le principe de l'effet relatif des conventions est contingent et qu'il n'a qu'une valeur légale à l'article 1165 du Code civil (ce qui laisse effectivement au législateur la possibilité d'y déroger), Monsieur Perrouin s'inscrit dans un courant doctrinal proposant une redéfinition des notions de parties et de tiers[1038] en proposant de considérer comme parties au contrat *« toutes les personnes, qui dès sa formation ou seulement au moment de son exécution, vont être soumises volontairement ou en dehors de toute manifestation de volonté aux effets d'une convention »*[1039]. Cette extension de la catégorie juridique des tiers permet, aux yeux de Monsieur Perrouin, *« d'éviter le recours à l'aspect règlementaire de la convention collective de travail »*[1040] et de conclure ainsi que *« la convention collective de travail répond à la définition du contrat et conserve sa nature contractuelle »*[1041]. Il propose pour conclure d'étendre cette analyse à l'ensemble des actes dont la nature est contestée.

384. Nous ne souscrivons pas à cette analyse. L'auteur se réfère en effet à une distinction des parties exagérément large qui conduit finalement à justifier toutes les atteintes à l'effet relatif des conventions de sorte que ce principe ne soit finalement jamais atteint, puisque toute personne qui « ressent » les effets d'une convention est partie à cet acte[1042]. Par ailleurs, il réduit le problème des conventions pluri-dimensionnelles à la question de leurs effets à l'égard des tiers, alors que le débat dépasse nettement cette problématique. En revanche, nous adhérons à la conclusion. L'intuition de l'auteur selon laquelle l'obstacle que constitue l'atteinte à l'effet relatif des conventions peut être gommé pour affirmer l'unité de la notion de contrat nous paraît fondamentalement juste, elle sera d'ailleurs confirmée de manière très convaincante par Monsieur Levacher.

[1038] Sur la question de la distinction des parties et des tiers, v. *infra*, n° 520 et s.

[1039] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 127, p. 87, L'auteur, sans l'exprimer, sous-entend cependant qu'ici salariés et employeurs sont représentés par les syndicats. En ce sens, v. n° 472 p. 221.

[1040] *Ibid.*

[1041] *Ibid.*

[1042] V. d'ailleurs n° 458 et s. p. 218 et s. où l'auteur semble finalement opter, à propos d'un autre débat, pour une définition moins extensive des parties et des tiers.

ii. La thèse de Monsieur Levacher.

385. Dans la première des trois parties sa thèse, Monsieur Levacher s'attèle à démontrer le caractère « normatif » du contrat et l'illustre notamment à l'appui de la convention collective de travail dont les effets « normatifs » sont admis de tous. Il est dans cette démarche, naturellement conduit à démontrer la nature purement conventionnelle de la convention collective de travail. Sa démonstration, bien que limitée à cette convention, permet de témoigner à ses yeux de *« l'unité fondamentale de la notion de contrat »*[1043].

386. La normativité : un aspect commun à tous les contrats – Appliquant la distinction Kelsénienne entre la norme et la procédure[1044] à la convention collective de travail, Monsieur Levacher constate que ce qui constitue pour la doctrine « l'aspect contractuel » de la convention collective de travail, c'est la « procédure » suivie, autrement dit la formation de l'acte, l'accord de volonté. Ce qui se présente au contraire comme l'aspect règlementaire de ces conventions serait leurs effets, autrement dit la production d'une « norme ». C'est en effet en considération de l'effet normatif des conventions collectives qu'intervient le rejet de la qualification contractuelle de cet acte (la chose est d'ailleurs identique si l'on s'attache à d'autres actes comme les conventions matrimoniales ou le règlement de copropriété. Seul le débat sur la nature juridique de la société dépasse véritablement le cadre des effets de cette convention).

387. Reprenant à son compte une analyse menée dans sa thèse par Monsieur Aliprantis[1045], Monsieur Levacher s'attèle alors à démontrer que cet effet « normatif » ne peut en rien exclure les conventions collectives de travail (comme d'autres conventions) de la catégorie des actes contractuels. Pour cet auteur, si l'on admet la vision normativiste du contrat, c'est-à-dire que toute procédure contractuelle a pour conséquence de produire une norme contractuelle et qu'il ne peut exister de contrat sans procédure contractuelle, force est d'admettre « *que toute norme qui naît de la procédure contractuelle est une norme*

[1043] R. LEVACHER, *Thèse précitée*, n° 118, p. 87.

[1044] Kelsen attire l'attention sur le caractère polysémique du terme convention qui désigne aussi bien une procédure déterminée (l'échange des consentements), que résultat le cette procédure, c'est-à-dire l'effet de l'accord de volonté. L'expression « conclure une convention » renvoie par exemple à l'idée de procédure, autrement dit, à l'accord de volonté ; « exécuter une convention » évoque au contraire l'effet de l'accord de volonté, « La théorie juridique de la convention », *op. cit.*, §2 et 3, p. 35 à 37.

[1045] *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, op. cit.*, en particulier p. 74.

contractuelle. La convention collective est donc un acte juridique dont on peut affirmer qu'il est de nature contractuelle »[1046].

388. La démonstration est limpide, elle paraît imparable[1047]. Tout contrat étant, dans la tradition juridique dans laquelle s'inscrit l'auteur, producteur d'une norme, cet effet des conventions dites pluri-dimensionnelles ne peut justifier de les exclure de la catégorie des contrats. Le critère du contrat est donc à trouver ailleurs que dans ses effets, il réside dans le fait de suivre une procédure contractuelle (dans l'accord de volonté). La convention collective répond ainsi à la définition du contrat[1048], ce que confirme son régime juridique et ses effets.

389. Un régime juridique et des effets contractuels – Sur le plan du régime juridique de la convention collective de travail, l'auteur relève que même s'il existe certaines spécificités propres à cet acte, dans les grandes lignes, le régime de la convention collective peut être rapproché de celui de la convention en général[1049]. Sur le plan des effets de cet acte, la thèse règlementaire ne semble selon l'auteur pas plus s'imposer.

390. Pour Monsieur Levacher, si la création d'une norme ne peut en rien permettre de discriminer l'accord collectif puisque tout contrat produit une norme, l'auteur confesse que l'acte considéré se singularise au sein des actes contractuels par l'effet original de la norme ainsi créée. Cette norme est générale et impersonnelle, elle a une vocation à être « opposée » au-delà du cercle des parties. Cette spécificité ne dénote cependant toujours pas pour l'auteur avec les concepts contractuels et, en particulier, avec le principe de l'effet relatif des conventions. D'un point de vue technique, il suffit pour s'en convaincre de considérer que l'effet relatif des conventions ne signifie pas que les contrats ne peuvent produire « aucun

[1046] R. LEVACHER, *Thèse précitée*, n° 125, p. 94.

[1047] Même si elle tient peut-être un peu de la rhétorique. L'argumentation de l'auteur ne se limite cependant pas à cette remarque.

[1048] En ce sens également, H. BLAISE, « Les conventions de travail », *précité*, p. 57.

[1049] Ce point est communément souligné par la doctrine. L'auteur reprend ce constat dans les grandes lignes et souligne par exemple que le contentieux relatif à ces actes, même étendus par un arrêté ministériel, est exclusivement judiciaire et que l'on peut soutenir que la méthode d'interprétation des conventions collectives est celle retenue par le Code civil pour l'interprétation des conventions. Il en va encore de même pour la question de l'application de la loi nouvelle aux conventions en cours. On pourrait encore ajouter que ces conventions sont par exemple soumises aux conditions de validité des contrats posées par le Code civil. Sur ces points, v. la thèse de l'auteur, n° 128 à 130 p. 96 à 100.

effet »[1050] à l'égard des tiers, mais uniquement que les contrats ne peuvent pas faire naître une obligation à la charge des tiers. Certes, l'analyse n'est pas nouvelle[1051], mais elle est assumée. Dire que le contrat produit des effets à l'égard des tiers, ce n'est pas dire que le contrat met des obligations à la charge de ces derniers. Dès lors, reste à démontrer que la convention collective de travail ne produit pas d'obligations à l'égard des salariés ou des employeurs qui n'y sont pas parties. C'est ce que fait Monsieur Levacher. À son sens, la convention collective ne crée pas directement de droits ou d'obligations à la charge ou au bénéfice des parties au contrat de travail. Les obligations dont sont tenus mutuellement employeurs et salariés ne sont que la conséquence du contrat de travail qui lie ces parties, contrat soumis aux stipulations de la convention collective. Mais les obligations sont créées par le contrat individuel de travail par référence à la convention collective qui n'est applicable *« qu'à l'occasion »*[1052] du contrat de travail. Les obligations ne sont pas créées par cette dernière[1053]. La jurisprudence de la Cour de cassation, qui refuse qu'une convention collective puisse créer des obligations à la charge d'un travailleur indépendant qui n'emploie aucun salarié, et n'est donc lié par aucun contrat de travail, semble conforter sur ce point l'opinion de l'auteur[1054]. La spécificité de cet acte ne tient alors plus à une dérogation à l'effet relatif de conventions[1055]. Elle tient

[1050] En dépit de la formulation de l'article 1165 du Code civil : *« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».*

[1051] V. *Infra*, les développements consacrés à l'effet relatif des conventions, n° 520 et s.

[1052] Sur ce point et sur les autres v. H. THUILLIER, « Contribution à la théorie des sources en droit du travail. La réception des sources : un ordre statutaire », *JCP G*. 1974, I, 2649, dont l'analyse de Monsieur LEVACHER est très proche.

[1053] La thèse nous semble être soutenue par le fait que la doctrine travailliste souligne souvent, de manière incidente, que ce ne sont pas les salariés qui sont soumis à une convention collective, mais bien le contrat de travail. V. en ce sens, J. PELISSIER, A. JEAMMAUD, A. SUPIOT, *op. cit*., 24ème édition, n° 1070 et s., p. 1135 où les auteurs traitent une section intitulée « application de la convention collective au contrat individuel de travail » ; v. également G. COUTURIER, *op. cit.*, n° 202, p. 489 l'auteur écrit *« les effets normatifs de la convention collective se manifestent particulièrement dans ses rapports avec ces contrats »* (les contrats de travail) après avoir précisé que *« les dispositions de la convention collective s'appliquent aux contrats individuels de travail* ».

[1054] Soc. 21 mars 2007, *Bull. civ.* V., n° 54 ; *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 2007, n°192, p. 282, Observations F.-J. PANSIER; *Gaz Pal.*, 20 décembre 2007, n° 354, p. 31.

[1055] La chose semble confortée par le fait que si dérogation à l'effet relatif il devait y avoir, elle serait limitée à une partie des personnes à l'égard desquelles la convention collective de travail produit ses effets, les salariés. Il a en effet été démontré que *« l'engagement des employeurs* (lorsque l'accord collectif est formé par un groupement patronal) *résulte d'avantage d'une représentation conventionnelle que d'une représentation légale »* dans la mesure où un groupement d'employeur peut parfaitement conclure un accord collectif sans engager ceux de ses membres qui ne souhaiteraient pas l'être (l'employeur peut en effet démissionner de l'organisation avant que l'acte ne soit formé ou n'être engagé qu'à la condition d'avoir spécialement mandaté son organisation à cet effet) V. en ce sens F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, *op. cit.*, 2000, n° 291 et s. p. 343 et s.

uniquement à son rayonnement particulier qui s'évince de la finalité originale qui est la sienne, l'élaboration de règles communes relatives aux conditions de travail[1056].

391. En résumé, Monsieur Levacher considère que toute convention étant une norme, l'aspect normatif de la convention collective de travail ne peut suffire à écarter une qualification contractuelle de cet acte. Cet acte correspond à la définition de la convention et en épouse le régime. La convention collective présente cependant des spécificités, elle produit des normes générales, ce qui s'explique par la finalité qui est la sienne, mais ne déroge en rien à l'effet relatif des conventions puisqu'elle ne crée directement aucune obligation à la charge des tiers qui sont soumis à ses effets par leur adhésion à un contrat de travail. Cette analyse, a pour son auteur vocation à s'étendre hors du champ du droit du travail. Il est évident que ces éléments, rapidement rapportés, mériteraient sans doute de plus amples développements dans la mesure où l'aspect règlementaire de la convention collective de travail ne résume pas uniquement aux points évoqués. Cela étant, la thèse contractuelle est indéniablement confortée par les développements de l'auteur qui trouvent en tous points écho dans les débats relatifs aux autres actes dont la nature contractuelle est contestée.

b. L'extension de la thèse de Monsieur Levacher.

392. Si l'on reprend les principales étapes du raisonnement mené par l'auteur de la thèse sur *« la règle contractuelle dans l'ordre juridique »* à propos d'autres actes étudiés, les conclusions de celui-ci se confirment.

i. Des critères d'insertion et un régime juridique contractuel.

393. Des critères d'insertion dans la catégorie juridique contractuelle – Si l'on considère que tous les contrats ont pour effet de produire une norme, l'argument ci-dessus évoqué consistant à écarter la nature contractuelle de certaines conventions en raison de leurs effets « normatifs » n'est plus recevable à l'égard d'aucun acte. Le seul élément qui caractérise alors le contrat (comme le souligne Monsieur Levacher et comme l'a si bien écrit Monsieur Ghestin), c'est *« d'être à la fois un accord de volonté et de se voir reconnaître le*

[1056] Ce point expliquant dès lors les quelques particularités de régime de la convention collective. Appelée à élaborer des conditions de travail communes, et donc des normes générales, son régime juridique est sur quelques points différents de celui du contrat (publication, contrôle « lourd » de la Cour de cassation plutôt qu'une contrôle de la dénaturation), v. sur ce point R. LEVACHER, *Thèse précitée*, n° 133, p. 101.

pouvoir de créer des effets juridiques par le Droit objectif »[1057]. Force est alors d'admettre que la totalité des actes dont la dualité est parfois soutenue sont des contrats. Tous sont des accords de volonté destinés à produire des effets de droit. Peu importe que les parties soient mues par des intérêts communs[1058] plutôt que par des intérêts opposés, cette distinction, d'ailleurs très relative[1059], ne s'impose en rien et repose sur une analyse restrictive du contrat se résumant aux « contrats échange »[1060] en ajoutant à la définition de cet acte juridique un élément qu'elle ne contient traditionnellement pas[1061].

394. L'une des preuves de cette nature contractuelle réside, comme l'a souligné Monsieur Levacher à propos de la convention collective, dans le régime juridique de ces actes. Il ne nous revient pas d'examiner en détail l'ensemble des règles de Droit applicables à chacun des actes en question, il suffit de rappeler que la doctrine a ces dernières années souligné à maintes reprises le régime contractuel de la société[1062] ou de l'association[1063]. Le règlement de copropriété est également essentiellement régi par le droit commun des contrats et personne ne conteste le caractère contractuel du régime des conventions matrimoniales.

[1057] « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 152.

[1058] La convergence des intérêts des parties est, pour certains auteurs, exclusive de l'idée de contrat. Cet acte se singulariserait au contraire par le fait que les volontés des parties ont des contenus différents voire opposés. C'est ce qui conduit Monsieur ROUJOU DE BOUBBEE à exclure pour les associations ou les sociétés la qualification contractuelle, au profit de celle « d'acte collectif ». v. *Essai sur l'acte juridique collectif*, *op. cit.*, p. 57 (à propos des associations), 65 et 67 (à propos des sociétés).

[1059] v. sur ce point P. DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail », *précité*, n° 16 p. 373 qui pour être l'un des partisans de la nature, en partie, règlementaire de la convention collective de travail n'en conteste pas moins sérieusement ce point en écrivant : *« Sur ce plan, l'originalité de la convention collective ne peut apparaître, car la convention réalise la conciliation d'intérêts opposés. Chaque groupement cherche à en retirer des avantages, les concessions qu'il consent sont pour lui une monnaie d'échange au cours de la négociation. On retrouve au sein de la commission les mêmes procédés de discussion que dans tout autre contrat, les prétentions initiales sont exagérées afin de permettre un marchandage ultérieur » ;* v. encore R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français, op. cit.,* n° 82 p. 40 où l'auteur souligne entre autre que *« dire que des personnes concluent un contrat avec des motifs opposés est une pure supposition »*.

[1060] Monsieur ROUJOU DE BOUBBEE écrit d'ailleurs, *« en un mot, il n'y a pas d'échange ; cette notion qui est à la base même du contrat ne se retrouve pas à l'origine de l'association »*, *op. cit.*, p. 58.

[1061] En ce sens notamment, R. LIBCHABER, « La société contrat spécial », *in*, *Prospectives du Droit économique, Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 286.

[1062] J. MESTRE, « La société est bien encore un contrat …», *précité* ; C. LAPEYRE, *précité* ; T. FAVARIO, *précité.* En particulier la première partie, n° 8 à 30 ; F. DEBOISSY, *précité*, n° 32 à 38.

[1063] Y. CHARTIER, « L'association, contrat dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *in*, *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 195.

ii. Des effets originaux contractuels.

395. Comme pour la convention collective de travail, ce sont essentiellement les effets des actes considérés qui s'opposent à une admission sans réserve des thèses contractuelles. L'aspect « normatif » des conventions pluri-dimensionnelles ne peut être le critère de leur exclusion de la catégorie contractuelle puisque tous les contrats sont des normes. Cela ne doit cependant pas masquer les spécificités indéniables des conventions en question par rapport à la vision la plus classique du contrat. Ces spécificités, qui trouvent leurs raisons d'être dans la finalité assignée à chacun des actes dont on souligne un aspect règlementaire, peuvent être de différentes natures. Tous les actes en question présentent la particularité de produire des effets à l'égard des tiers ; Tous produisent également entre les parties des effets dont on prétend parfois qu'ils s'accommodent mal avec le contrat.

396. Les effets à l'égard des tiers – Dans toutes ces hypothèses, le rayonnement de ces actes trouve son sens dans la finalité qui est la leur. Tous sont présentés comme étant des « constitutions » ou des « chartes » d'une organisation, d'un groupe, d'un immeuble. Ils ont par essence une *« fonction structurante »*[1064]. En somme, ils sont ce que Monsieur Didier décrit comme des *« contrats organisation »*[1065]. De cette vocation organisationnelle découle leur rayonnement au-delà du cercle des parties.

397. D'un point de vue technique, et c'est là l'essentiel, les effets produits à l'égard des tiers s'expliquent par l'aspect « normatif » du contrat, autrement dit par son effet obligatoire, sans qu'il ne soit porté atteinte à l'effet relatif des conventions puisque, si l'on se tient à la définition classiquement admise de ce principe, aucune obligation contractuelle n'est mise à la charge d'un tiers[1066]. Seul ce que Monsieur Ancel décrit comme l'effet obligatoire sans l'effet

[1064] Selon l'expression de Madame LAPEYRE, à propos de la société, *précité ;* Sur la finalité particulière de la société, v. encore T. FAVARIO, *précité*, en particulier, n° 38 et s.

[1065] P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », *précité ;* Tous, sauf peut-être la convention collective de travail qui ne nous semble pas correspondre à la définition du « contrat organisation ».

[1066] Nous avons conscience, en entrant dans le présent débat, de souscrire implicitement à l'idée selon laquelle tout contrat est nécessairement relatif. Or, les choses sont sans doute moins évidentes que cela. Nous n'irions peut-être pas jusqu'à affirmer comme certains que *« le principe de l'effet relatif n'est pas consubstantiel à la notion de contrat »*, (D. DE BECHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *précité*, p. 19), mais il nous faut bien reconnaître que ce principe n'est qu'un principe légal, auquel la loi peut donc valablement apporter toutes les exceptions qu'elle juge utiles sans que cela ne disqualifie l'acte dont la portée serait ainsi étendue. Chacun admet, en dépit de l'atteinte à l'effet relatif des conventions, que la stipulation pour autrui est véritablement conventionnelle, les termes de l'article 1121 du Code civil sont unanimement considérés

obligationnel du contrat s'impose aux tiers. Nous l'avons expliqué en matière de conventions collectives, cela vaut également pour l'association ou la société qui *« à proprement parler (…) n'imposent d'obligations – par exemple celle de faire un apport ou de payer une cotisation – qu'aux seuls associés ou sociétaires »*[1067]. La chose ne mérite sans doute pas d'être démontrée à l'égard des conventions matrimoniales qui, si elles peuvent créer des obligations à l'égard d'autres personnes que les époux[1068], ne rendent jamais les tiers débiteurs ou créanciers d'engagements contractuels. À vrai dire, la seule convention qui peut, à l'instar de la convention collective de travail, troubler le tableau dressé est le règlement de copropriété puisque cet acte peut être une référence permettant d'engager d'autres personnes que les copropriétaires initiaux, en particulier des ayants cause à titre particulier d'un copropriétaire[1069].

398. Tel est d'abord le cas de l'acquéreur d'un lot de copropriété qui sera, une fois le transfert de propriété effectif, débiteur de toutes les obligations stipulées par le règlement de copropriété. Il n'y a cependant pas lieu de relever ici une quelconque entorse à l'effet relatif des conventions, puisque cet acquéreur devient par l'effet de l'acte translatif membre du syndicat des copropriétaires et, à ce titre, partie au règlement de copropriété[1070].

399. La situation du locataire de l'un des copropriétaires est en revanche peut-être plus délicate. Ce dernier est tenu de respecter toutes les stipulations du règlement de copropriété qui lui est opposable[1071]. Il doit ainsi, respecter la délimitation des parties communes et privatives, la destination des lieux, les règles relatives à l'utilisation des parties communes ou

---

comme une exception au principe de l'article 1165 (exception qu'il pose d'ailleurs lui-même). Dès lors, on pourrait parfaitement admettre que d'autres actes subissent le même traitement. Cela étant, le débat étant porté sur ce point, nous ne pouvons pas l'éluder.

[1067] P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », *précité*, p. 639.

[1068] D'autres personnes que les époux peuvent en effet être parties à cet acte. Tel est le cas des parents de l'un des époux consentant au couple une donation à l'occasion du mariage.

[1069] C. ATIAS, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 417, p. 272.

[1070] F. GIVORD, C. GIVERDON, P. CAPOULADE, *op cit.*, n° 291; Il en va *a fortiori* de même pour l'ayant cause universel ou à titre universel, v. sur ce point, P. FREMONT, « De la force obligatoire des règlements de copropriété et de leurs modifications éventuelles », *Administrer*, 1998, p. 16, n° 39.

[1071] En vertu de l'article 13 de la loi 10 juillet 1965 qui dispose que « *Le règlement de copropriété et les modifications qui peuvent lui être apportées (…) sont opposables aux ayants cause à titre particulier des copropriétaires (…) à dater de leur publication au fichier immobilier » ;* étant entendu qu'en matière de copropriété, le preneur est communément considéré comme un ayant cause à titre particulier du bailleur. En ce sens, notamment, P. FREMONT, *Ibid.* p. 18, n° 55.

des équipements communs *etc.*

À l'égard du bailleur, le respect de ce règlement de copropriété oblige contractuellement le preneur. L'apparence de l'atteinte à l'effet relatif des conventions se dissipe cependant rapidement. L'engagement de respecter le règlement de copropriété est en général contractualisé[1072] par l'insertion d'une clause dans le bail imposant le respect du règlement, ou par l'annexion (désormais obligatoire[1073]) du règlement de copropriété au contrat de bail. Le preneur contracte donc *« en toute connaissance de cause »*[1074]. À défaut de connaissance du règlement par la faute du copropriétaire bailleur, cet acte lui est inopposable par ce dernier[1075].

400. Le preneur est également tenu du respect des dispositions du règlement à l'égard du syndicat des copropriétaires. C'est sans aucun doute à cet égard que le règlement de copropriété peut sembler tenir en échec la règle énoncée à l'article 1165 du code Napoléon[1076]. À y regarder de plus près, là encore, le principe est sauf. Si le preneur est tenu de respecter le règlement de copropriété, il n'est pas lié contractuellement à la copropriété[1077] et ses infractions à cette norme l'engagent, vis-à-vis du syndicat de copropriété, sur le

[1072] J.-M. ROUX, « L'opposabilité du règlement de copropriété au locataire », note sous, civ. 3, 3 mars 2004, *Rev. Des Loyers*, 2004, p. 393 *« le règlement de copropriété se situe alors dans la sphère contractuelle ».*

[1073] V. l'article 3 de la loi du 6 juillet 1989 qui dispose notamment que *« lorsque l'immeuble est soumis au statut de la copropriété, le copropriétaire bailleur est tenu de communiquer au locataire les extraits du règlement de copropriété concernant la destination de l'immeuble, la jouissance et l'usage des parties privatives et communes et précisant la quote-part afférente au lot loué dans chacune des catégories de charges ».*

[1074] La formule est celle de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, 7 juillet 1982, *inédit.*

[1075] Civ. 3 Mars 2004, *précité.*

[1076] Se prononçant sur cette question, Civ. 3, 4 janvier 1991, *Bull. civ.* III, n° 2, p. 1, *RTD civ.* 1991, p. 138, Note P.-Y. GAUTIER ; *Rev. Dr. imm.* 1992, p. 248, Note C. GIVERDON, P. CAPOULADE.

[1077] La chose se résume souvent dans une même formule que l'on retrouve sous la plume de plusieurs auteurs, il n'y a pas de « liens de droit » entre le locataire et le syndicat des copropriétaires. En ce sens, F. ALIBERT, A. et J. DEBEAURAIN, G. FAU, R. PORTE, J.-P. RYF, *précité*, n° 261, p. 645 ; F. GIVORD, C. GIVERDON, P. CAPOULADE, *op cit.*, n° 346 ; E. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *op. cit.*, n° 559 ; J.-P. MANTELET, « Louage immobilier et statut de la copropriété », *Administrer*, février 1994, p. 2 ; G. VIGNERON, *J.-Cl. Copropriété*, v° Location de lots, fasc. 68-20, n° 22 et 48 ; V. cependant la formule ambiguë de Monsieur FRÉMONT, *« certains auteurs estimaient autrefois que les locataires d'un copropriétaire étaient des tiers par rapport au règlement de copropriété (…) cette thèse ne résiste pas à l'examen »* n° 55, p. 18*;* v. également les remarques de Monsieur MANTELET qui tout en admettant qu'il n'y a pas de liens entre le locataire et le syndicat écrit par la suite que *« l'on doit reconnaître que le locataire n'est pas un tiers pour le syndicat des copropriétaires »*, n° 1.3 p. 5.

fondement délictuel[1078]. En somme la situation du preneur à bail d'un lot de copropriété n'est guère différente de celle de n'importe quel tiers, engageant sa responsabilité civile délictuelle par la violation d'une convention à laquelle il n'est pas partie. Il est aujourd'hui largement admis qu'il n'y a dans ce cas de figure aucune atteinte à l'effet relatif des conventions[1079]. Le contrat est communément opposable aux tiers[1080], rien ne doit distinguer sur ce point le règlement de copropriété des autres conventions, d'autant que sa publicité est largement assurée par les dispositions de la loi de 1965.

401. Des effets inhabituels *inter partes* – Les effets produits par les contrats concernés à l'égard des parties peuvent également se conjuguer dans la langue du contrat.

La faculté de modifier les statuts à la majorité est parfaitement compatible avec ce concept. L'unanimité est certes la règle en matière contractuelle, et l'on imagine mal qu'une personne puisse s'engager contractuellement par la voix d'un vote majoritaire. Mais une fois engagées contractuellement, pourquoi refuser d'admettre que les parties puissent convenir de se soumettre, pour l'avenir, par la norme contractuelle (par l'adhésion aux statuts d'une société faisant une place au principe majoritaire, ou par la consécration de cette faculté dans les statuts d'une association par exemple), à la loi de la majorité[1081] ? Rien ne nous semble techniquement faire obstacle à cette possibilité. S'il est admis que les parties peuvent se soumettre à la volonté d'un tiers au contrat pour déterminer un prix[1082] ou juger d'un litige les opposant, pourquoi refuser d'admettre que les parties acceptent de se soumettre à la loi de la majorité par un accord de volonté ? La seule chose qui compte est que les parties consentent à se soumettre à la loi du tiers, ou ici, de la majorité. En matière de société, elles y consentent

[1078] J. LOT, « Les rapports juridiques syndicat de copropriété/locataires », *Administrer*, juillet 1979, p. 10, *« l'action directe du syndicat contre le locataire fautif trouve son fondement dans l'application de l'article 1382 du Code civil »*.

[1079] *« Un contrat (…) peut devenir une source de responsabilité délictuelle contre des tiers »*, c'est la conclusion à laquelle arrivait déjà LALOU « 1382 contre 1165, ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard d'un tiers », *DH*, 1928, chron., p. 69, v. conclusion p. 72. L'auteur n'envisageait certes que la responsabilité du tiers complice de la violation du contrat par un cocontractant, mais rien n'impose de limiter la remarque à cette hypothèse. Sur l'opposabilité du contrat par les parties aux tiers, v. également la première partie de la thèse de Madame Florence BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, Thèse, Paris II, 1979, n° 12 à 189, pp. 23 à 288.

[1080] V. Sur ce point, *infra* , n° 520 et s.

[1081] F. DEBOISSY, *précité*, n° 37, p. 140.

[1082] Article 1592 du Code civil.

incontestablement[1083]. L'adoption de la règle de la majorité est d'ailleurs même, comme l'ont relevé quelques auteurs, l'exercice d'une liberté publique[1084], qui trouverait son fondement même dans le fruit du consentement de ceux qui sont soumis à la loi de cette majorité[1085]. De surcroît, si dans le contrat les parties doivent avoir eu la volonté de s'engager, rien n'oblige ces dernières à « continuer de vouloir » pour que le contrat « fonctionne » et produise ses effets. Cette absence de nécessité de la permanence de volonté dans le contrat a été soulignée à bien des reprises à propos de questions très différentes[1086]. Elle ne présente ici pas la moindre originalité.

Il en est enfin ainsi des sanctions disciplinaires, stigmatisées en son temps par Duguit, dont la doctrine souligne aujourd'hui qu'elles *« se coulent dans le moule contractuel »*[1087]. Elles sont même selon certains *« les manifestations extrêmes du caractère contractuel »*[1088] des groupements de personnes en ce qu'elles sont le résultat de l'exercice de deux libertés publiques d'essence conventionnelle[1089]. Au-delà, ce « droit pénal » qui pour Duguit éloignait l'acte-règle du contrat est-il, au regard des clauses qui assument la même fonction (comme les clauses pénales), à ce point orignal qu'il doive conduire à exclure la

[1083] En ce sens P. DIDIER, « Le consentement sans l'échange : Contrat de société », *précité*, p. 76, *« La loi de la majorité est écrite dans la loi ou dans les statuts. Elle paraît donc nécessairement acceptée »*.

[1084] V. sur ce point, F. NEAU-LEDUC, *La règlementation de droit privé, op. cit.*, n° 84 et s. p. 68 et s. ; v. également en ce sens, G. RABU, *L'organisation du sport par le contrat, Essai sur la notion d'ordre juridique sportif, op. cit.* n° 40 et s. p. 34 et s. en particulier sur ce point, n° 56 p. 51.

[1085] Sur cette idée v. F. TERRE, « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », *RJ com*, numéro spécial, novembre 1991, p. 9 et s. en part. p. 20.

[1086] En matière d'avant-contrat v. D. MAZEAUD, « La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat », *précité, spéc.* n° 10.

[1087] M. GERMAIN, R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », *in, Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. GUYON*, Dalloz, 2003, n° 7, p. 400.

[1088] P. POTENTIER, « L'association, personne ou contrat ? Propos d'après congrès », *précité,* n° 11.

[1089] Pour Monsieur NEAU-LEDUC, le pouvoir de droit privé trouverait en effet son fondement dans l'exercice de deux libertés publiques : la liberté d'association et la liberté d'organisation des relations privées par convention. C'est par l'exercice de ces libertés, par le consentement, par le contrat, que se justifierait le pouvoir règlementaire d'origine privé. *« Les personnes privées disposent d'une liberté de principe pour mettre en œuvre un pouvoir règlementaire de droit privé »* et *« la mise en œuvre du pouvoir règlementaire de droit privé résulte d'une convention entre personnes qui consentent à lier leur liberté individuelle »*. n° 32 et 34, p. 37 et 39, de manière générale, sur ce point, voir le Titre premier de la première partie de la thèse de l'auteur, p. 37 et s. ; en ce sens également, v., G. RABU, *L'organisation du sport par le contrat, Essai sur la notion d'ordre juridique sportif, op. cit.* n° 75 et s. p. 64 et s.; *contra*, Y. PUYO, *Essai sur le contrat et l'institution, Les relations entre les groupements institutionnels et le contrat en droit privé, op. cit.*, n° 265, p. 183 *« les règles visant à régir la vie des membres de l'institution n'ont pas pour origine le contrat mais le pouvoir institutionnel dont le but est de réaliser l'intérêt du groupement. Le droit disciplinaire, comme le droit statutaire, est constitutif de règles secondaires fondées sur l'intérêt collectif »*.

qualification contractuelle ? Le recours à l'institution est inutile pour fonder ce que la technique contractuelle suffit amplement à expliquer. Recourir à l'institution serait *« ne croire plus guère au contrat, ni à la liberté d'organisation des rapports sociaux par des volontés privées »*[1090]. Les phénomènes disciplinaires ou majoritaires ne doivent pas être perçus selon nous comme une marginalisation de la volonté éloignant les actes considérés du contrat. Ils sont bien au contraire le signe de la puissance de la volonté et de la vigueur du contrat[1091].

402. En conclusion, comme le relève Monsieur Levacher à propos des conventions collectives, si l'on accepte de considérer que le contrat est une norme, qu'il recouvre les réalités les plus diverses et présente, en raison des finalités originales qu'il poursuit, certaines spécificités, alors, toutes les conventions que l'on décrit comme ayant une dimension règlementaire ou institutionnelle peuvent être « réduites » à des conventions classiques dont elles correspondent à la définition, dont elles épousent en grande partie le régime et dont elles produisent les effets. Il n'y a sans doute, dans le second temps de cette démarche, rien de véritablement révolutionnaire. Le Code civil, ceux qui l'ont inspiré[1092] et, plus tard, certains de ceux qui l'ont commenté[1093] plaidaient déjà ouvertement en faveur de cette conception du contrat.

403. Au terme des ces trop brefs développements (compte tenu de la richesse des débats) qui mériteraient d'être encore considérablement approfondis, la catégorie des contrats apparaît donc comme étant unitaire. Il n'y a pas de contrat à la dimension institutionnelle ou règlementaire pour aucune des raisons que l'on invoque traditionnellement. La définition classique du contrat permet d'englober toutes les conventions sans exception. Le régime

[1090] M. GERMAIN, R. VATINET, *précité*, n° 23, p. 408.

[1091] Encore une fois, nous renvoyons sur ce point à la démonstration faite par Monsieur NEAU-LEDUC du rôle fondateur du contrat dans l'apparition du pouvoir règlementaire de droit privé (même si nous n'y adhérons que partiellement).

[1092] V. à propos de Domat et Pothier leurs observations sur la nature juridique de la société, *supra*, n° 365.

[1093] V. Pour une conception moderne du contrat, Josserand qui écrivait « *il convient de voir un contrat dans tout acte plurilatéral tendant à créer ou à déplacer des obligations (…) sans distinguer d'après la durée de ces dernières ni selon qu'une situation permanente se trouve établie entre les parties, sans quoi, il faudrait refuser le caractère contractuel au bail à longue durée, au louage de service conclu pour une durée déterminée, et même au mandat car cette dernière opération est susceptible, elle aussi, d'instituer entre les parties un régime organique à longue portée. En réalité, les publicistes ont confondu le contrat avec ses effets, et ils ont pris prétexte de l'importance de la durée ce ceux-ci, pour contester l'existence de celui-là ; et ils ont fait du droit romain, voire de l'ancien droit romain, sans s'apercevoir que le concept de contractuel avait évolué, depuis ces temps lointains, dans un sens toujours plus compréhensif et libéral* », « L'essor moderne du concept contractuel », *précité*, p. 338.

comme les effets des actes dont on souligne une dualité sont contractuels, et l'on peut parfaitement en rendre compte à l'aide des concepts contractuels. Or, comme le relevait à propos d'un autre débat Monsieur Ghestin, *« il faut, mais il suffit, que tous les objets classés dans une même catégorie présentent un caractère essentiel commun, toujours semblable. Il n'est nullement nécessaire que tous ces objets soi[ent] sur tous les points identiques, ni même semblables »*[1094]. Les quelques différences entre les conventions dites uni et pluri-dimensionnelles ne justifient sans doute donc pas que l'on rejette la qualification contractuelle de certains actes d'autant que, nous le verrons, ces différences doivent être relativisées à la lueur, notamment, des conclusions de notre première partie.

404. Outre le fait qu'il permette de fonder d'un point de vue théorique l'indifférence de la « nature juridique » des conventions eu égard à leurs places respectives dans une hiérarchie de normes conventionnelles, le renouveau des thèses contractuelles contribue à asseoir la cohérence et l'amplitude des propositions issues de notre première partie. Il aurait en effet été possible de relever que près de la moitié des structures hiérarchiques présentées étaient fondées sur une convention dont la nature juridique pouvait être contestée. Or, nous l'avons indiqué, l'ampleur du phénomène décrit dans notre première partie est, à nos yeux, presque aussi important que d'avoir souligné l'existence de relations hiérarchiques entre conventions. Les présents développements permettent de maintenir l'ampleur des constatations faites dans notre première partie.

405. Affirmer l'unité de la notion de convention conforte donc certaines de nos conclusions. Réciproquement, il nous semble que notre thèse permet également d'alimenter l'analyse contractuelle des conventions considérées comme pluri-dimensionnelles.

2. Des analyses confortées par l'existence de relations hiérarchiques entre conventions.

406. L'argument principal permettant de nier la nature contractuelle des conventions dites pluri-dimensionnelles est, nous l'avons souligné à de multiples reprises, qu'elles produiraient une norme dont les effets seraient ressentis par les tiers[1095]. Cet exposé se résume parfaitement

[1094] J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1994, p. 777, n° 5 ; ces propos font écho à la confusion dénoncée par JOSSERAND, dans l'extrait rapporté ci-dessus, entre le contrat et ses effets.

[1095] Pour un nouvel exemple, T. REVET, « Le "contrat-règles" », *précité*, p. 920, qui écrit : *« La question que*

dans une interrogation que formule Duguit dans son *Traité de Droit constitutionnel* et que nous avons déjà évoquée en introduction. Dans le paragraphe qu'il consacre aux « actes collectifs », et alors qu'il s'attache à démontrer que ces actes (la société, l'association) ne peuvent être qualifiés de contrats, Duguit pose la question suivante : *« conçoit-on que la validité d'un contrat à intervenir avec un tiers puisse être déterminée par un contrat antérieur auquel ceux-ci ne sont pas parties ? Non. Point. Ce serait contradictoire avec l'idée même de contrat »*[1096]. Tout est dit. On perçoit immédiatement l'intérêt de la remarque. S'il faut choisir de disqualifier toutes les conventions qui déterminent les conditions de validité d'autres conventions postérieures et conclues entre des parties différentes, alors, nombre d'actes conventionnels devraient subir un tel traitement si l'on se souvient des situations décrites dans notre première partie.

407. Parmi les actes qui seraient disqualifiés, et c'est sans doute sur ce point que nos constatations plaident en faveur des thèses contractuelles exposées, plusieurs sont des conventions dont personne n'a jamais soutenu qu'elles soient des conventions à l'aspect partiellement règlementaire ou institutionnel. Le mandat est une convention hiérarchiquement supérieure à la vente que le mandataire a reçu pouvoir de conclure. La promesse unilatérale de vente est hiérarchiquement supérieure à la vente conclue en violation de la première convention. Le contrat de bail est hiérarchiquement supérieur au sous-bail qui sera conclu par le preneur avec un tiers. Dans toutes ces hypothèses, une convention, dont la nature contractuelle est admise de tous, détermine les conditions de la validité d'une autre convention. Doit-on alors avec Duguit nier la nature contractuelle du bail, du mandat, de la promesse de vente ? L'absurdité de la question démontre sans doute que le principal critère conduisant à une analyse pluri-dimensionnelle de certaines conventions n'est pas discriminant. Elle démontre encore que le postulat sur lequel cette question repose, (selon lequel une convention ne peut pas produire d'effets « normatifs » à l'égard des tiers), est dépassé, et que le rayonnement d'une convention à l'égard de sujets n'y étant pas parties ne peut plus être appréhendé comme un facteur d'exclusion de la catégorie contractuelle. Dès lors, si un contrat de bail peut déterminer les conditions de validité d'une autre convention sans que l'on conteste sa nature juridique contractuelle, une convention collective et un contrat de société peuvent bien produire des effets à l'égard des tiers sans que l'on cherche

pose, immédiatement, le contrat source de normes impersonnelles – le contrat-règles – est d'ailleurs de savoir s'il est seulement contractuel »

[1096] *Traité de droit constitutionnel*, Troisième édition, Tome I, *op. cit.*, §. 39, p. 404

pour autant à les disqualifier.

408. La mise en ordre hiérarchique de plusieurs conventions met en lumière l'aspect « normatif » à l'égard des tiers d'un grand nombre de conventions, autres que celles auxquelles on prête traditionnellement un tel effet. Le constat de la capacité de deux contrats d'entretenir des rapports de validité, en mettant l'accent sur l'aspect « normatif » que recèle chaque convention, conforte donc indéniablement en partie les thèses plaidant pour une unité de la notion de contrat.

409. Outre qu'elle conforte les choix que nous avons fait dans notre première partie et qu'elle permette de préserver l'ampleur du phénomène que nous avons décrit, l'analyse des conventions « pluri-dimensionnelles » en termes uniquement contractuels permet en outre de fonder l'indifférence de la nature des conventions dans leur hiérarchisation. La présence de normes à la nature conventionnelle est donc une condition préalable *sine qua non* à toute hiérarchie de normes conventionnelles. Peu importe en revanche la « nature » respective supposée de chaque convention. Celle-ci n'a aucune influence sur leur place dans les hiérarchies conventionnelles, ce qui s'explique aisément si l'on accepte l'unité de la nature juridique de toutes les conventions.

410. Il ne saurait donc y avoir de hiérarchies conventionnelles sans normes de nature conventionnelle, il n'y en aurait pas non plus en l'absence d'une pluralité de normes conventionnelles.

SECTION II – LA PLURALITÉ DE NORMES.

411. Là encore, cette précision peut apparaître comme étant d'une particulière évidence. Dans les hypothèses que nous avons citées, par exemple un mandat et une convention conclue en application de cet acte, un contrat principal et un sous-contrat[1097] ou encore des conventions matrimoniales et les conventions conclues par des époux après le mariage, il y a toujours de manière évidente un rapport entre deux conventions qui nous a permis de relever la présence d'un lien hiérarchique entre ces actes. L'évidence de la pluralité de normes en rapport n'est cependant pas toujours telle, et il est parfois difficile de se prononcer sur

[1097] J. NERET, *op. cit.*, n° 181, p. 147 pour lequel *« le sous-contrat reste un contrat distinct »*.

l'existence d'une hiérarchie en raison de l'hésitation possible sur le nombre de normes présentes dans une situation donnée[1098]. Au-delà de quelques précisions sur ce point, qui seront l'occasion de quelques remarques accessoires (§1), nous voudrions surtout souligner que ce rapport entre plusieurs conventions peut, loin des exemples simples que nous avons jusqu'à présent essentiellement présentés, s'établir dans des schémas très variés et plus complexes que ceux déjà décrits (§2).

§1. Une pluralité de conventions.

412. Existence d'une pluralité de conventions – Il n'est pas toujours évident de déterminer si plusieurs actes différents sont présents dans une situation donnée. Tel est par exemple le cas en matière de contrat de transport. L'article L. 132-8 du code de commerce dispose en effet que *« la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier »*. La lecture de cet article peut conduire à douter, puisqu'un seul contrat lie la totalité des protagonistes de l'opération de transport (lorsqu'un commissionnaire recourt, par exemple, à un transporteur[1099]), de l'existence de plusieurs conventions et donc, d'une hiérarchie entre elles[1100]. La chose pourrait également être soulignée dans plusieurs autres situations qu'il

[1098] Voir sur ce point, J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n°362 et s. p. 183 et s. ; v. encore Monsieur TEYSSIE, dans sa thèse, *Les groupes de contrats*, *op. cit.* n° 20, p. 10.

[1099] Ce dernier devient partie à un contrat le liant alors à l'expéditeur au destinataire et au commissionnaire. Sur les parties au contrat de transport v. notamment, P. LE TOURNEAU, *Rép. Civ., Dalloz*, v° *Contrat de transport*, n° 35.

[1100] En dépit de l'apparence, l'article L. 132-8 du Code de commerce ne nous semble pas faire obstacle à la présence de plusieurs conventions. D'abord, un auteur a relevé que *« c'est une chose de dire qu'il existe des liens de nature contractuelle entre les protagonistes de l'opération de transport, mais c'en est une autre de dire que toutes ces personnes sont parties à un même contrat »* (C. HECART, « L'action directe du voiturier : sagacité ou maladresse ? », *D.* 2006, p. 1821, n° 7). À l'instar de l'auteur cité, une partie de la doctrine considère qu'il y a de véritables raisons de douter du fait que chacun des participants devienne partie au contrat de commission de transport (B. PETIT, « Les transports », *JCP E,.*, 1999, p. 712, n° 1). Il ne nous appartient pas ici de revenir sur ce débat qui ne présente pas un intérêt spécifique dans la perspective qui est la nôtre. En revanche, nous pouvons relever qu'au-delà de cette adhésion contestée à une convention unique des différents participants à l'opération de transport, le fait que les participants, expéditeur, commissionnaire, transporteur, destinataire, soient éventuellement tous parties à une seule et même convention, ne fait en rien obstacle à ce que chacun de ces intervenants soit lié, avec chacun de ses cocontractants directs, par une convention distincte de celle formée par la lettre de voiture. Un auteur relève d'ailleurs que l'opération de transport (plus sans doute qu'une véritable convention unique) forme un *« ensemble contractuel »*, qui ne fait pas obstacle à *« l'existence de rapports bilatéraux naturellement indépendants les uns des autres »* (X. DELPECH, « Difficultés probatoires dans la mise en œuvre de l'action directe du transporteur », *D.* 2006 p. 2529). D'ailleurs, c'est en référence aux stipulations établies dans ces rapports bilatéraux que seront appréciées certaines des prérogatives du transporteur. Ce dernier ne peut par exemple agir directement en paiement contre l'expéditeur que dans la mesure où ce dernier n'a pas, dans ses rapports avec son cocontractant direct, prohibé tout recours à un transporteur substitué (Com. 28 janvier 2004, *D.* 2004, p. 944, note J.-P. TOSI) dans la mesure où le transporteur *« a eu ou aurait dû avoir*

n'est sans doute pas utile de développer. À l'inverse de l'indivisibilité par exemple, le lien hiérarchique (qui n'est qu'un simple rapport de production, rien de plus), n'est pas une catégorie de lien à laquelle s'attacherait un régime juridique qui justifierait que l'on détermine si dans une situation donnée existe, ou non, une pluralité d'actes. Si la difficulté à établir une dualité de conventions est donc parfois réelle, il est suffisant de la mentionner sans qu'il soit nécessaire d'y consacrer de plus amples développements qui n'auraient aucun intérêt particulier dans la perspective poursuivie. Quelques remarques seulement méritent d'être formulées à propos de l'hypothèse des chaînes de vente puisqu'en la matière, la coexistence de deux normes distinctes a pu être niée.

413. Coexistence de plusieurs conventions – Si la hiérarchie suppose l'existence de plusieurs conventions, encore faut-il que les normes coexistent[1101].

414. Dans sa thèse sur *la hiérarchie des conventions en droit privé*, Monsieur Perrouin défend l'idée selon laquelle aucune hiérarchie ne pourrait être établie en présence d'une chaîne de contrats par addition lorsque les contrats ont des auteurs différents[1102], pour la raison que dans une telle hypothèse l'exécution de la première convention, sans laquelle la naissance de la seconde est (pour l'auteur) impossible, a pour effet de l'éteindre[1103]. Monsieur Perrouin écrit pour rejeter toute idée de coexistence dans une telle hypothèse, que *« pour éviter de tomber sous le coup de la vente de la chose d'autrui (article 1599 du Code civil), chacun des contrats qui composent une chaîne de ventes successives suppose nécessairement pour naître l'exécution préalable de celui qui le précède. Si la conclusion de chaque convention n'est possible qu'une fois la précédente exécutée et donc éteinte, il s'agit d'une*

connaissance » de l'interdiction de substitution (Com., 13 juin 2006, *D.* 2006, p. 1967). À propos de cette précision, un auteur souligne le caractère bancal de la thèse de la convention unique puisque que finalement, le sous-traitant semble n'être *« partie qu'à certains et non à tous les éléments du contrat de transport »* (J.-P. TOSI, « Interdiction de sous-traiter et divisibilité du contrat de transport », *D.* 2006 p. 1967, n° 4), dans la mesure où il n'est pas partie à la clause prohibant le recours à la sous-traitance, se trouvant vis-à-vis de cette clause dans *« la situation d'un tiers »* (J.-P. TOSI, *Ibid.* ; Dans le même sens, H. KENFACK, « Droit des transports, Juillet 2005-Juin 2006 », *D.*2007, p. 111), la clause ne le liant pas mais pouvant seulement, dans certaines conditions, lui être *« opposée »* (Com. 13 juin 2006 *précité*, qui énonce qu'*« Attendu qu'il résulte de ce texte que ne peut être opposée au transporteur substitué…»* terme qui pour Monsieur TOSI, évoque la position de tiers au contrat).

[1101] Sur ce point, voir également, J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 386, p. 192 et s. qui relève également cette condition.

[1102] Sur ces chaînes de contrats, v. la thèse de Monsieur TEYSSIE, en particulier, n° 74 et s., p. 42 et s.

[1103] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, en particulier, n° 404 et s., p. 197 et s.

succession de conventions qui n'ont pas d'existence simultanée »[1104]. L'exécution d'une convention aurait donc pour effet de l'éteindre ce qui, par conséquent, rendrait impossible toute existence simultanée de cette convention avec un autre contrat de vente portant sur le même objet et conclu postérieurement.

Monsieur Teyssié, dans sa thèse sur *les groupes de contrats*, semblait déjà considérer, de la même manière, que l'exécution d'une convention, telle une vente, emporte inéluctablement sa disparition. Cet auteur distingue en effet deux types de chaînes de contrats par addition[1105], celles issues de la diffraction[1106] d'une première convention, dans lesquelles l'apparition de la seconde convention n'engendre pas la disparition de la première, et celles par addition, dans lesquelles, au contraire, la seconde convention ne coexiste pas avec la première mais lui succède[1107].

Cette position est encore soutenue par Monsieur Néret dans sa thèse relative au sous-contrat. Alors qu'il distingue l'objet de sa thèse des opérations contractuelles multiples et plus particulièrement des contrats successifs, cet auteur affirme avec une netteté encore plus marquée que ces derniers se distinguent de manière radicale du rapport contrat principal sous-contrat en ce qu'en matière de contrats successifs *« l'extinction d'un contrat est nécessaire à la conclusion du suivant »*[1108].

Pour ces auteurs, cette situation serait *« le fruit du caractère particulier de l'obligation de donner »*[1109] dont l'exécution se confond avec la formation du contrat de vente. Monsieur Perrouin explique ainsi, que *« compte tenu de son caractère automatique et instantané, l'obligation de donner n'a pas véritablement d'existence (…) or, comme l'obligation de donner constitue l'obligation principale du contrat de vente, elle fait de ce dernier un contrat instantané qui s'exécute en un seul trait de temps. Et c'est de cette instantanéité du contrat de*

[1104] *Ibid.* n° 404, p. 198.

[1105] B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 69 et s. p. 39.

[1106] *Ibid.*, n° 122 et s., p. 69 et s.

[1107] *Ibid.*, n° 70 et s. p. 39.

[1108] J. NERET, *op. cit.*, n° 64, p. 57.

[1109] *Ibid., op. cit.*, n° 64, p. 57 ; v. également J. PERROUIN qui reprend cette explication tout en renvoyant à la thèse de Monsieur NERET.

vente que découle l'idée que les différents maillons, qui forment une chaîne par addition de ventes, se succèdent sans avoir d'existence commune »[1110]. L'instantanéité de l'exécution des obligations serait donc incompatible avec toute idée de coexistence de plusieurs conventions, cette affirmation reposant sur le postulat selon lequel l'exécution des obligations d'une convention fait disparaître cette dernière[1111]. Or, cette idée doit nous semble-t-il être contestée. En effet, l'exécution d'une convention, d'une vente en particulier, ne fait en rien disparaître cette dernière. Nous pensons même que c'est exactement l'inverse qui se produit, ce qu'atteste sans aucun doute l'analyse de la question des ventes successives en termes hiérarchiques.

415. Il serait possible de démentir l'idée évoquée selon laquelle l'exécution de l'obligation de donner ferait disparaître la vente, en relevant simplement que le fait que l'obligation principale de la convention soit exécutée ne signifie pas qu'aucune autre obligation ne subsiste. Si l'obligation de donner (ou le transfert de propriété) est la principale obligation[1112] de la vente, elle n'est incontestablement pas la seule. Le vendeur, en plus de donner, est également tenu de deux obligations, qui à en croire le Code civil sont d'ailleurs les deux « principales » obligations du vendeur, délivrer et garantir[1113/1114]. Cet argument, que n'ignorent pas les partisans de la thèse de la disparition de la convention par son exécution, peut selon ces derniers être écarté en invoquant le caractère *intuitus rei* de ces obligations[1115].

416. Quoi qu'il en soit, au-delà de ce recours aux obligations accessoires pour démontrer que le contrat perdure en dépit de l'exécution de son « effet principal », un autre point bien plus important doit selon nous être relevé. Il nous paraît en effet impossible d'affirmer que le contrat se dissout une fois sa pleine exécution terminée pour la raison que dans une succession de vente c'est le contrat initial qui, loin d'avoir disparu pour laisser sa place à d'éventuels

[1110] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 406, p. 199.

[1111] Monsieur Perrouin écrit d'ailleurs dans un extrait cité ci-dessus : « *chaque convention n'est possible qu'une fois la précédente* ***exécutée et donc éteinte*** ».

[1112] Ou le principal effet légal v. M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *précité,* spéc. n° 9.

[1113] L'article 1603 du Code civil dispose que : *« Il* [le vendeur] *a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ».

[1114] Obligations auxquelles pourrait être ajoutée aujourd'hui l'obligation de sécurité P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux, op. cit.,* n° 171, p. 139.

[1115] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 408 à 415, p. 200 à 204.

successeurs, est le fondement même de tous les autres contrats translatifs portant sur un même objet. La propriété de chaque acquéreur successif découle de tous les contrats de vente successifs. Monsieur Ancel l'explique de manière convaincante à nos yeux. Si le caractère réel du droit de propriété fonde son opposabilité *erga omnes* ce qui, en amont, fonde le droit de propriété c'est bel et bien le contrat translatif. *« C'est par l'effet de la norme contractuelle »*[1116] que l'acquéreur est investi du droit de propriété. L'acte translatif est le[1117] fondement juridique du droit de propriété de l'acquéreur. Le contrat même exécuté n'est pas éteint. Il ne disparaît pas. Il conserve au contraire toute sa force obligatoire, même vidé de ses obligations. C'est d'ailleurs la condition de la persistance du droit des propriétaires successifs. En effet, si la convention venait à disparaître, par le prononcé d'une nullité par exemple, tous les propriétaires successifs seraient en théorie potentiellement privés de leurs droits de propriété. En application de la règle *nemo plus juris, « la destruction de l'un des maillons d'une chaîne par addition expose au même sort les accords situés en aval de celui qui a été anéanti »*[1118]. Si cette règle connait un certain nombre de dérogations visant à maintenir dans une certaine mesure la sécurité juridique, il n'en demeure pas moins que le principe met parfaitement en lumière le caractère persistant du contrat de vente. Si sa disparition (par annulation ou résolution) fait s'écrouler l'édifice contractuel bâti au fil du temps c'est parce que même exécutée, et si les obligations sont alors éteintes, la convention conserve une vigueur certaine. Cette vigueur est d'ailleurs telle, qu'elle constitue le socle de la validité de tous les actes translatifs de propriété qui se situent en aval. La coexistence de plusieurs conventions est donc à nos yeux acquise dans la présente situation. Il est donc parfaitement possible de voir entre deux ventes consécutives une relation hiérarchique.

417. La hiérarchie entre deux conventions suppose donc une pluralité de conventions, pluralité existant de manière simultanée. Cette affirmation apparaît évidente, nous avons vu qu'il existait pourtant certaines situations dans lesquelles le doute était permis. Ces conditions communes à toutes les hiérarchies ne doivent cependant pas masquer la grande diversité des hypothèses dans lesquelles deux conventions sont en rapport l'une avec l'autre. Si la présence de plusieurs conventions est indispensable, la relation entre ces différents actes peut ne pas être directe.

[1116] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précité*, n° 17, p. 782.

[1117] Ou, plus précisément, « l'un des ».

[1118] B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats, op. cit.*, n° 275, p. 146.

§2. L'indifférence d'un rapport direct entre conventions.

418. Les situations de rapports hiérarchiques entre conventions que nous avons développées, avaient toutes pour point commun d'être des situations parmi les plus simples. Un mandant donnant un mandat à un mandataire qui allait conclure lui-même une convention en exécution du mandat ; un contractant à un contrat principal (par exemple un bail) qui conclut, après ce contrat, un sous-contrat portant sur un même objet (un sous-bail). Dans presque tous les cas exposés, les deux conventions hiérarchisées étaient deux conventions directement en rapport l'une avec l'autre. Or, cette configuration, si elle a le mérite de la simplicité, n'est pas la seule que l'on retrouve en droit positif. L'établissement d'un lien hiérarchique entre deux conventions n'implique pas nécessairement que ces actes soient en relation directe l'un avec l'autre. D'un point de vue théorique, et même si la hiérarchie est souvent présentée comme un rapport linéaire[1119], dans lequel une catégorie de normes détermine la validité d'une autre catégorie, une norme peut parfaitement déterminer les conditions de la validité d'une autre qui ne se trouve pas « directement » au degré inférieur[1120]. À l'instar de Hans Kelsen qui parlait *« d'inconstitutionnalité indirecte »*[1121], nous voudrions souligner que la hiérarchie entre deux conventions peut être une hiérarchie indirecte. Dans ces hypothèses, le rapport de validité entre deux actes juridiques conventionnels s'établit alors par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs actes juridiques. L'acte ou les actes juridiques intercalés peuvent-être de nature conventionnelle, ce qui donne alors naissance à une « pyramide » ou à des « sous-ordres juridiques »[1122] conventionnels (A) ou, lorsque l'acte interposé n'est pas une convention, d'origine conventionnelle (B).

A. Interposition d'un acte conventionnel.

[1119] O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *RFDC*, 1997, p. 482.

[1120] M. TROPER, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RDP* 1978, p. 1531 *« dans l'ordre juridique français (…) les normes de chaque niveau sont bien posées en vertu d'une habilitation conférée par une norme de niveau supérieur, même s'il ne s'agit pas toujours du niveau immédiatement supérieur»*.

[1121] H. KELSEN, « Le contrôle de constitutionnalité des lois, une étude comparative des constitutions autrichiennes et américaines », *précité*, p. 18.

[1122] Ayant une vision moniste de l'ordre juridique, nous préférons les expressions « sous-ordre juridique » ou « ordre juridique partiel » empruntées à Kelsen (*Théorie pure du droit, précité*, p. 321 et s.), à l'idée « d'ordre juridique contractuel » parfois utilisée par les tenants du pluralisme juridique (v. par exemple, G. RABU, *L'organisation du sport par le contrat, Essai sur la notion d'ordre juridique sportif, Thèse précitée*). Il n'y a donc à notre sens pas, dans la construction de pyramide contractuelles, de véritables ordres juridiques autonomes, puisque toutes ces constructions reposent en dernier ressort sur une norme étatique.

419. Un rapport de validité peut s'établir entre deux conventions par le truchement d'une, voire plusieurs, autres conventions[1123]. La situation ne présente aucune complexité particulière mais sera rapidement évoquée en ce qu'elle présente une situation originale dont l'intérêt pratique pourrait être important. Cette hiérarchie indirecte peut se manifester que la convention qui s'interpose soit (1), ou non, une convention identique aux conventions situées aux extrémités de la structure (2).

1. Interposition d'une même convention.

420. Chaînes de contrats par addition entre parties différentes – Un lien existentiel entre deux conventions peut d'abord être établi alors qu'est interposée entre ces deux conventions une troisième identique. Cette hypothèse n'est ni plus ni moins celle décrite par Monsieur Teyssié comme une chaîne de contrats par addition entre parties différentes[1124]. Tel est concrètement le cas lorsque se succèdent plusieurs ventes ou plusieurs donations. Deux parties *primus* et *secundus* concluent un contrat de vente portant sur un même objet qui sera ultérieurement à nouveau l'objet d'une convention identique entre le contractant *secundus* et un nouveau contractant *tertius,* puis entre ce dernier et un nouveau contractant *quartus*, ainsi de suite…Dans cette hypothèse de ventes successives que nous avons déjà brièvement évoquée, la validité de toutes les conventions, en raison de la combinaison des règles applicables à la vente de la chose d'autrui[1125] et de la *« puissance destructrice* [de la] *« règle* nemo plus juris *»*[1126], repose sur la première convention unissant les deux premiers contractants.

421. Chaînes de contrats par diffraction – L'autre hypothèse dans laquelle une hiérarchie peut s'établir entre conventions par l'intermédiaire d'une autre convention identique aux deux conventions hiérarchisées est – pour suivre là encore une présentation empruntée à Monsieur Teyssié – celle des chaînes de contrats par diffraction[1127], ou autrement dit, l'hypothèse du

[1123] Sur ce point, v. J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 789 et s. p. 344 qui évoque très brièvement cette possibilité et en réduit la portée.

[1124] B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 74 à 92, p. 42 et s.

[1125] Article 1599 du Code civil.

[1126] B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 275, p. 146.

[1127] *op. cit.*, n° 122 à 172, p. 69 et s.

sous-contrat – cette qualification supposant l'identité de nature des conventions qui composent la structure contrat principal/sous-contrats[1128]. Là encore, une hiérarchie peut s'établir entre plusieurs conventions par l'intermédiaire d'une troisième. Un bail conclu entre *primus* et *secundus* détermine les conditions de la validité d'un sous-bail conclu entre *secundus* et *tertius* et donc, indirectement, d'un éventuel nouveau sous-contrat de bail entre *tertius* et *quartus*, ainsi de suite. Les sous-contrats peuvent *« se multiplier dans une figure verticale »*[1129] à l'infini. Comme dans l'hypothèse précédente, une convention, le contrat originaire, détermine les conditions de validité du sous-contrat et, par son intermédiaire, de tous les sous-contrats pouvant être ultérieurement conclus.

422. Une convention peut donc s'interposer entre deux ou plusieurs autres conventions identiques, lesquelles, par le truchement de la convention intermédiaire, entretiennent des relations de cette nature. Le même constat peut être fait quand la convention intermédiaire est différente de celles entre lesquelles elle s'interpose.

2. Interposition d'une convention différente.

423. Chaînes de contrats translatifs de propriété – Les propos que nous avons tenus à propos des chaînes de contrats par addition avec des personnes différentes peuvent également trouver un écho ici. Le schéma décrit reste identique si l'on substitue à un contrat de vente, toute autre convention translative de propriété telle une donation. Une vente entre deux contractants, *primus* et *secundus*, est hiérarchiquement supérieure à une autre vente entre deux autres contractants, *tertius* et *quartus*, y compris dans l'hypothèse où le bien objet de la vente a été l'objet d'une donation entre *secundus* et *tertius*. Ici, par le biais d'une convention de nature différente, deux conventions de même nature sont liées par un lien hiérarchique puisque, en dernière analyse, la validité de la seconde vente repose sur la première vente conclue entre *primus* et *secundus*.

424. Il n'est sans doute pas utile de développer tous les cas de figure imaginables, mais la situation est bien entendu identique tant que se succèdent des conventions translatives de propriété, quel que soit l'ordre dans lequel ces conventions se succèdent. Dans toutes les

[1128] Voir, entre autres, J. NERET, *op. cit.*, n° 154 p. 123.

[1129] R. BONHOMME, *J.-Cl. Contrats et distribution, op. cit.*, n° 16.

hypothèses, et bien qu'une convention soit intercalée entre deux ou plusieurs autres, la validité de la dernière convention translative de propriété repose sur la première des conventions translatives de propriété.

425. Chaînes de contrats non-translatifs de propriété – Enfin, en présence de contrats de différentes natures qui n'auraient pas en commun la transmission de la propriété, une hiérarchie peut tout de même s'établir entre deux conventions par l'intermédiaire d'une troisième. Tel est le cas par exemple lorsque deux ventes se succèdent, la première ayant été conclue en exécution d'un mandat. L'annulation du mandat entraînant corrélativement l'annulation de la première des ventes[1130], c'est en partie par référence à la première convention, le mandat, que la validité de la seconde vente sera jugée (quand bien même une troisième convention, la première vente, est interposée entre les deux conventions extrêmes). Là encore, la structure peut être longue et composée de conventions les plus diverses à chacun de ses niveaux.

426. Une hiérarchie peut donc exister entre les conventions extrêmes d'une chaîne de contrats, que toutes les conventions soient les mêmes ou non. Une hiérarchie indirecte peut encore être établie si l'acte interposé entre deux conventions n'est pas conventionnel.

B. Interposition d'un acte juridique unilatéral.

427. Souvent, l'acte interposé entre deux conventions est, lorsqu'il n'est pas conventionnel, un acte unilatéral. Il peut alors s'agir d'un acte juridique unilatéral individuel (1) ou d'un acte juridique unilatéral collectif (2).

1. Interposition d'un acte unilatéral individuel.

428. Chaînes, non contractuelles, translatives de propriété – Plusieurs actes unilatéraux peuvent s'intercaler entre deux conventions, lesquelles seront hiérarchiquement liées. Dans le même esprit que les chaînes de conventions translatives de propriété, peuvent être identifiées des chaînes d'actes juridiques translatifs de propriété dans lesquelles, à une convention, est substitué un acte juridique unilatéral, tel un testament. Dans cette situation, si un bien objet

[1130] Pour une illustration récente en matière de nullité du mandat d'un agent immobilier v. THIOYE M., « Nullité de la vente conclue sur la base d'un mandat irrégulier », commentaire sous, Civ. 3., 8 avril 2009, *AJDI*, 2009, p. 890.

d'une vente fait l'objet d'une transmission par voie successorale, laquelle est organisée par des dispositions testamentaires, puis fait à nouveau l'objet d'une vente par le bénéficiaire du testament, la vente par lui consentie est indirectement conditionnée par la première vente[1131]. Ce rapport hiérarchique n'est pas un rapport direct, il s'établit par l'intermédiaire d'un acte juridique unilatéral individuel. Ce cas de figure n'est cependant vraisemblablement pas le plus représentatif des hypothèses de hiérarchies indirectes entre deux conventions reliées par un acte unilatéral individuel. L'hypothèse suivante est sans aucun doute bien plus fréquente.

429. Décision[1132] d'un organe individuel d'une organisation collective – L'acte reliant les deux conventions hiérarchisées peut être un acte unilatéral, émanant d'un dirigeant ou d'un représentant d'une personne morale ou de manière générale d'une organisation collective (dirigeant de société, président d'une association, syndic de copropriété). Ce dernier est amené à conclure plusieurs conventions au nom et pour le compte de l'organisation qu'il représente. Cette convention conclue doit respecter la charte collective que constitue selon les cas, le règlement de copropriété, les statuts de la société ou encore ceux d'une association. Or, en amont du second acte juridique conventionnel, un autre acte juridique préexiste, celui de la décision. Certes, *« la nuance est subtile entre agir et décider d'agir »*[1133], lorsque les deux actes sont le fait d'une seule et même personne, *« elle est pourtant bien réelle »*[1134]. Cette décision, un acte juridique unilatéral doit, comme la convention qu'elle peut entraîner, être conforme à la charte fondamentale de l'organisation en question.

430. Dès lors, que ce soit en matière de société, d'association ou encore de copropriété, les décisions prises par un organe individuel de représentation d'une organisation collective, lorsqu'elles ont pour conséquence d'engager l'organisation contractuellement, sont des actes juridiques qui s'interposent entre deux conventions. La hiérarchie entre conventions est donc une hiérarchie indirecte, elle s'établit par l'intermédiaire d'un acte juridique unilatéral individuel.

[1131] Les successions étant un mode dérivé d'acquisition de la propriété, C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, TOME VII, *Des successions*, STIENON J., BRUXELLES, 1858, n° 6, p. 6.

[1132] Sur la décision, v. P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293.

[1133] C.-M. BENARD, « Représentation d'une association et pouvoir du président en matière de licenciement », *BJS*, 01 février 2004 n° 3, p. 426.

[1134] *Ibid*.

431. Cette situation apparaît de manière plus évidente lorsque l'acte décisionnel est un acte juridique unilatéral émanant d'un organe collectif. Il y a alors une hiérarchie indirecte par l'interposition d'un acte juridique unilatéral collectif.

2. Interposition d'un acte juridique unilatéral collectif[1135].

432. Plusieurs exemples d'une hiérarchie s'établissant entre deux conventions de manière indirecte peuvent être trouvés dans les hypothèses où une convention donne naissance à une personne morale, ou au moins à une organisation collective, qui s'exprime notamment par le biais d'organes d'expression collective. Nous le démontrerons avec l'exemple des décisions de l'assemblée générale des copropriétaires, mais des développements identiques pourraient être consacrés aux assemblées générales[1136] d'autres organisations.

433. Hiérarchie par le truchement d'une décision de l'assemblée générale des copropriétaires – En matière de copropriété, les règles relatives au fonctionnement de l'assemblée générale sont le plus souvent d'origine légale. Les rédacteurs du règlement de copropriété conservent cependant une certaine latitude pour insérer dans cet acte des stipulations « véritablement » conventionnelles.

434. Le règlement de copropriété peut tout d'abord déterminer toute une série de règles de forme devant être respectées lors de la réunion de chaque assemblée générale. Il en va notamment ainsi du délai de convocation de l'assemblée générale, qui est en principe fixé à quinze jours, mais qui peut être aménagé par le règlement. Il ne peut pas être réduit par le rédacteur de l'acte, mais celui-ci peut choisir de l'allonger[1137]. Il en va de même pour la date et l'heure de la réunion qui peuvent également être précisées[1138] (le plus souvent de manière

[1135] Sur ce point v., J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil,* Thèse Toulouse, 1949, en particulier, n° 44, p. 52, où l'auteur emploie cette expression et en attribue la paternité à Demogue ; Sur les actes juridiques collectifs, v° A.-L. PASTRE-BOYER, *L'acte juridique collectif en droit privé français, contribution à la classification des actes juridiques*, (préface R. CABRILLAC), PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2006.

[1136] Retenant cette qualification d'acte unilatéral collectif pour les délibérations d'assemblée, A.-L. PASTRE-BOYER, *Ibid.*, n° 83 et s. p. 77 à 80, en part. n° 85, p. 78.

[1137] Article 9 alinéa 2, D. n° 67-223, du 17 mars 1967 : *« Cette convocation est notifiée au moins quinze jours à l'avance, à moins que le règlement de copropriété n'ait prévu un délai plus long ».*

[1138] Article 9, alinéa premier.

négative, exclusion du dimanche et des jours fériés[1139]). C'est encore au règlement de copropriété de prévoir le lieu de réunion de l'assemblée[1140] (à défaut de précision dans le règlement, la réunion doit se tenir dans la commune dans laquelle est situé l'immeuble[1141]). Le règlement de copropriété peut également définir la composition du bureau lors de la réunion de l'assemblée générale[1142] ou aménager quelques règles de majorité[1143], par exemple en matière d'aliénation du droit de surélévation[1144]. Dans cette hypothèse particulière, la charte de la copropriété peut prévoir une majorité supérieure à celle de droit commun[1145], qui le plus souvent sera l'unanimité[1146].

435. Toute violation des règles de forme ou de fond stipulées par le règlement de copropriété peut entraîner la nullité de l'assemblée générale elle-même, ou de l'une seulement de ses délibérations. C'est le cas d'une assemblée générale tenue dans un lieu autre que celui contractuellement prévu[1147] ou encore d'une assemblée générale tenue avec un bureau composé de manière irrégulière en référence à la charte de la copropriété[1148]. Dans toutes ces hypothèses, comme dans d'autres, *« la délibération est réputée nulle et non avenue ; elle est censée n'avoir jamais existé, non seulement à l'égard du copropriétaire demandeur, mais aussi vis-à-vis de tous les autres membres de la copropriété »*[1149]. L'annulation prononcée

[1139] J. LAFOND et B. STEMMER, *op. cit.*, n° 1132, p. 49.

[1140] Article 9 alinéa 3.

[1141] H. SOULEAU, *« Le lieu de réunion d'une assemblée générale est la commune de situation de l'immeuble à défaut de stipulation du règlement de copropriété »*, note sous, Civ. 3, 22 mai 1990, *D.* 1991, p. 142, censure de l'assemblée générale de copropriétaires tenue à Bruxelles (ces derniers étant majoritairement originaires du Benelux) alors que le règlement de copropriété de l'immeuble situé à Juan-les-Pins ne prévoyait rien.

[1142] F. GIVORD, C. GIVERDON, P. CAPOULADE, *op. cit.*, n° 858.

[1143] Même si dans la quasi-totalité des cas, les majorités prévues par la loi sont d'ordre public (LOMBOIS C., « Commentaire de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis », *précité*, p. 105).

[1144] Loi de 1965, Article 35 alinéa 3 ; LOMBOIS C., *Ibid.*

[1145] Loi de 1965, Article 35 alinéa 2.

[1146] F. GIVORD, C. GIVERDON, P. CAPOULADE, *op. cit.*, n° 1052.

[1147] Civ. 3, 22 mai 1990, *Bull. civ.* III, n° 127, p. 70 ; note H. SOULEAU, *précité ; D.* 1991, p. 81, Note C. GIVERDON, J. LAFOND, J.-R. BOUYEURE.

[1148] F. GIVORD, C. GIVERDON, P. CAPOULADE, *op. cit.*, n° 858.

[1149] G. VIGNERON, *J.-Cl. Copropriété*, Assemblées générales, voies de recours contre les décisions d'assemblée, Procédure, fasc. 87-20, n° 120.

« entraîne la disparition rétroactive de la décision de l'assemblée »[1150].

436. Une hiérarchie de normes conventionnelles indirecte – Les actes découlant de l'assemblée générale annulée en raison d'une violation d'une stipulation du règlement conventionnel de copropriété étant eux-mêmes nuls, il y a une hiérarchie entre conventions lorsque la délibération de l'assemblée générale annulée avait comme conséquence de contracter ou de permettre de le faire. Une décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 7 avril 2004[1151] permet d'en rendre compte. Dans cette espèce, une assemblée générale se tient le 7 juin 1999 pour renouveler le mandat du syndic. Parce que le délai de convocation n'est pas respecté, l'un des copropriétaires agit en annulation de cette assemblée générale. Le 21 octobre 1999, le syndic convoque une nouvelle assemblée générale, provocant une nouvelle action en annulation de la seconde assemblée générale de la part du même copropriétaire, au motif que le syndic n'est pas compétent pour procéder à cette convocation, l'assemblée générale renouvelant son mandat n'ayant pas été convoquée dans les formes. Un jugement du 8 mars 2000 déclare nulle la première assemblée générale. La Cour de cassation saisie de la validité de la seconde assemblée générale déclare en substance, *« que par l'effet de l'annulation de la décision de renouvellement du mandat du syndic celui-ci n'avait plus la qualité de syndic lors de la convocation de l'assemblée et que celle-ci a donc été irrégulièrement convoquée »*[1152].

437. Le non respect d'une clause du règlement de copropriété entraîne donc la nullité du contrat liant le syndic au syndicat des copropriétaires, ce qu'illustre le prononcé de la nullité de la seconde assemblée générale. Le règlement de copropriété est la règle qui sert de référence pour juger de la validité de l'assemblée générale et, *in fine,* de la validité de la convention liant le syndic au syndicat. Même par l'intermédiaire de l'assemblée générale, le règlement de copropriété détermine les conditions de la validité d'une autre convention. Il y a donc une hiérarchie entre conventions, hiérarchie indirecte, par l'intermédiaire d'une décision de l'assemblée générale, c'est-à-dire d'un acte juridique unilatéral collectif.

[1150] F. GIVORD, C. GIVERDON, P. CAPOULADE, *op. cit.*, n° 876 (même si dans certaines hypothèses, les actes passés avec les tiers de bonne foi demeurent valables).

[1151] Civ 3, 7 avril. 2004, *Bull. civ.* III, n° 77 ; *Administrer*, juin 2005, p. 28 note P. CAPOULADE.

[1152] J. LAFOND, « De la jurisprudence à la pratique notariale », *JCP N* 2006, p. 1223.

*

* *

438. Conclusion du chapitre premier – Deux « conditions préalables » évidentes apparaissent indispensables à l'établissement d'une hiérarchie de normes conventionnelles : des normes de nature conventionnelle et une pluralité de normes.

439. La première affirmation se suffit à elle-même. La présence de deux conventions suffit, sur ce point, à établir un lien hiérarchique entre deux conventions. En dépit de ce que plusieurs indices semblaient indiquer, l'établissement d'une hiérarchie entre conventions et surtout, la place respective de chacune de ces conventions dans une structure conventionnelle, ne doit rien à leur éventuelle nature juridique uni ou pluri-dimensionnelle. Le fait qu'une convention ait une nature juridique « règlementaire » ou « institutionnelle », n'implique en rien sa domination sur d'autres conventions à la nature juridique « simple ». Ce constat qui, nous l'avons exposé, pouvait surprendre dans une conception classique de la place de la convention dans les sources du Droit, trouve un fondement si l'on affirme l'unité de la notion de convention du point de vue de sa nature juridique.

Nous avons eu l'occasion de démontrer qu'une analyse contractuelle nouvelle, en partie fondée sur une approche normativiste du contrat, se développe de manière très convaincante en doctrine et permet de rendre compte de manière parfaitement satisfaisante des effets de tous ces actes en recourant aux techniques contractuelles. Toutes les conventions étant des normes et ayant pour cette raison des effets « normatifs », les effets de cette nature produits par certains actes ne peuvent plus les discriminer. Cela est d'autant plus vrai que tous les effets « originaux » des conventions « complexes » se traduisent parfaitement en termes contractuels, y compris les effets produits à l'égard des tiers qui ne sont jamais constitutifs d'une atteinte au principe de l'effet relatif des conventions. Cette affirmation de l'unité de la notion de contrat, si elle fonde l'indifférence de la place respective de chaque convention dans une hiérarchie permet également, en affirmant la nature contractuelle de tous les actes que

nous avons étudiés, de maintenir l'ampleur des conclusions de notre première partie. L'affirmation de l'unité de la notion de contrat nous est donc très utile et réciproquement, notre thèse conforte indéniablement cette approche. Le fait que les actes dits pluri-dimensionnels produisent des effets à l'égard des tiers ne peut en effet plus conduire à les exclure de la catégorie contractuelle, si l'on prend en considération les constatations de notre première partie. Le mandat, les avant-contrats de vente, la vente ou encore les contrats principaux, ont en effet également pour conséquence de produire un effet à l'égard des tiers, en conditionnant la validité de certains de leurs actes au respect d'une convention à laquelle ils ne sont pas parties. Or, personne ne conteste la nature juridique purement conventionnelle de la vente, du mandat ou encore des avant-contrats de vente. Cela prouve que les effets d'une convention à l'égard des tiers, aussi puissants soient-il, ne peuvent suffire à condamner une analyse contractuelle des actes pluri-dimensionnels.

440. La seconde condition qui apparaît toute aussi évidente mais qui demeure indispensable à la mise en ordre hiérarchique de deux conventions, est la pluralité de conventions. Une hiérarchie ne peut s'établir qu'entre plusieurs actes conventionnels, plusieurs actes conventionnels ayant une existence simultanée, sans que ces actes ne soient nécessairement en relation directe les uns avec les autres. Outre l'aspect pratique du constat, et les doutes soulevés sur l'existence de plusieurs conventions dans quelques situations précises, ce point nous a permis de souligner l'important rôle « normatif » du contrat. La présence indispensable de plusieurs conventions pour que s'établisse un lien hiérarchique entre elles ne se réduit en effet pas à la simple hypothèse d'un rapport linéaire. Les liens peuvent être indirects et établis par le truchement d'autres actes juridiques, conventionnels ou unilatéraux. De véritables sous-ordres juridiques conventionnels (ou d'origine conventionnelle) peuvent ainsi être identifiés en droit positif, les conventions se situant de part et d'autre de la structure étant liées l'une à l'autre indirectement.

441. Les deux conditions identifiées, si elles sont indispensables, ne suffisent bien évidemment pas à ce qu'un lien hiérarchique s'établisse entre deux contrats. Cette situation ne saurait être suffisante puisque, comme le relève Monsieur Perrouin, il ne pourrait y avoir de hiérarchie sans qu'une *« une interférence* [ne] *se crée* (ou plutôt « existe ») *entre les actes juridiques concernés »*[1153].

[1153] *Thèse précitée*, n° 427, p. 208.

CHAPITRE SECOND – UN LIEN ENTRE CONVENTIONS.

442. Monsieur Teyssié soulevait déjà, dès l'introduction de sa thèse consacrée aux groupes de contrats, l'importance de ce point. Admettre l'existence d'un groupe de contrats suppose que ces actes soient *« unis par certains liens, tenant à quelque identité d'objet (…) de but (…) de parties »*[1154]. La chose n'est pas différente en matière de hiérarchie.

443. L'indispensable interférence entre les conventions hiérarchisées est bien évidemment signalée par Monsieur Perrouin[1155], lequel identifie dans ses travaux deux éléments communs aux conventions qui constituent une structure hiérarchique. Ces actes auraient toujours un objet commun et au moins une partie commune.

444. Le second élément identifié par cet auteur ne nous paraît pas s'imposer tant les arguments qui militent en faveur de la thèse opposée sont importants. Une hiérarchie peut lier deux conventions qui unissent des parties différentes. Il n'y a pas là une condition ou un critère d'une hiérarchie entre conventions (SECTION I).

445. La communauté d'objet est en revanche le plus souvent un élément autorisant la création d'un rapport hiérarchique entre conventions. Quelques rares compositions hiérarchiques semblent cependant se distinguer et conduisent à admettre, qu'au-delà d'un objet commun, c'est un « intérêt commun » qui relie les conventions hiérarchisées (SECTION II).

SECTION I – L'INDIFFÉRENCE DE LA COMMUNAUTÉ DE PARTIES.

446. D'un aperçu rapide des situations dans lesquelles le droit positif établit une hiérarchie entre deux conventions, se dégage le sentiment qu'une communauté de parties, même partielle, lie entre elles les conventions hiérarchisées. Cette thèse, soutenue par Monsieur

[1154] B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 15, p. 8, L'auteur, nous l'avons évoqué, retiendra finalement que ce qui unit les contrats à un groupe de contrats est une identité d'objet (il est alors questions de chaînes de contrats) où de cause (il s'agit alors d'ensembles contractuels).

[1155] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 427, p. 208.

Perrouin[1156] (§1), nous semble souffrir quelques exceptions qui doivent, à notre sens, conduire à exclure cet élément des conditions de l'établissement d'une hiérarchie entre conventions (§2).

§1. La nécessité affirmée de la communauté de parties.

447. La communauté de parties entre les deux conventions hiérarchisées est pour l'auteur une règle[1157] (A) qui, comme toute règle, souffrirait d'inévitables exceptions (B).

A. Constat et fondement proposé de la communauté de parties.

448. La plupart des structures hiérarchiques dégagées par l'auteur de la thèse en question, comme la plupart de celles que nous avons développées lorsqu'il s'est agi de mettre en lumière l'existence, en droit positif, de situations établissant un rapport de validité entre deux conventions, révèlent incontestablement que souvent, les conventions en présence unissent des parties identiques. Ce constat (1) trouverait son fondement dans l'article 1165 du Code civil (2).

1. Fréquence de la communauté de parties.

449. L'identité de parties peut revêtir deux formes selon que les parties soient partiellement identiques ou selon que cette identité soit parfaite, autrement dit que les parties à la convention dite supérieure soient exactement les mêmes que les parties à la convention inférieure.

[1156] Cet auteur retient, nous l'avons déjà souligné, une définition de la hiérarchie différente de la nôtre, à la fois plus large et plus étroite, puisqu'il définit ce terme comme *« un lien de nature substantielle en vertu duquel le contenu d'une norme se trouve subordonné à celui d'une autre qui lui est supérieure »* (*thèse précitée*, n° 3-2, p. 5). Cette définition embrasse une série d'hypothèses plus vaste que ce que nous retenons en ce qu'elle n'attache pas d'importance au critère de la sanction qui est dans notre recherche « le » critère de la hiérarchie. Elle se distingue en revanche en étant plus étroite dans la mesure où elle s'attache uniquement au contenu des normes, ce que nous avons décrit dans notre introduction comme la « conformité », c'est-à-dire une correspondance au fond qui ne tient pas compte des exigences formelles. Quoi qu'il en soit, cette différence ne fait pas obstacle à ce que certaines des situations que nous étudions soient identiques et à ce que les critères dégagés se recoupent parfois. Ce pourrait donc être le cas ici.

[1157] *Thèse précitée*, n° 455 et s., p. 217 et s.

450. Communauté parfaite de parties – Une première hypothèse de communauté de parties est illustrée par les rapports entre les statuts d'une société et les pactes extra-statutaires. Le plus souvent ce type de pactes, bien que ce ne soit en rien une condition de leur validité, lient l'ensemble des associés. Une hiérarchie s'établit donc entre deux conventions qui unissent des parties parfaitement identiques, puisque chacun des associés est à la fois une partie aux statuts et au pacte.

C'est encore le cas lorsque des époux liés par une convention matrimoniale se consentent une vente portant sur un bien propre. Dans cette hypothèse, désormais validée par le Code civil, une convention qui est hiérarchiquement supérieure à une autre lie exactement les mêmes parties que la convention placée en position d'infériorité. Les époux sont tous deux parties à la convention matrimoniale. Ils sont, bien évidemment, parties à la vente conclue entre eux. D'autres exemples pourraient agrémenter cette liste.

Monsieur Perrouin relève également une autre hypothèse, particulière, dans laquelle les parties liées par les conventions hiérarchisées sont identiques bien qu'elles n'aient pas été les parties contractantes de tous les actes ordonnés. Ce serait le cas lorsqu'un contrat de travail est soumis à une convention collective conclue entre deux syndicats patronaux et de salariés dont seraient respectivement adhérentes les deux parties au contrat de travail. Dans cette situation employeurs et salariés seraient, par le mécanisme de la représentation, tous deux parties à la fois au contrat de travail par lequel ils sont liés, mais encore, à la convention collective à laquelle le contrat de travail est soumis[1158].

451. Communauté partielle de parties – La communauté de parties peut également être partielle, elle n'en illustre pas moins la condition dégagée par Monsieur Perrouin. Ce cas de figure est le plus fréquent, il est *« le plus petit dénominateur commun à la très grande majorité des structures hiérarchiques »*[1159].

Les rapports entre règlement de copropriété d'un immeuble bâti et les actes passés par un copropriétaire présentent une communauté partielle de parties. Le propriétaire d'un lot est en effet partie à la fois au règlement, même s'il y a adhéré après son entrée en vigueur, et bien

[1158] La représentation tient ici pour l'auteur à l'intervention de syndicats représentatifs. L'assimilation entre représentation et représentativité est évident contestable, nous n'y adhérons pas.

[1159] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 484, p. 225 et 226.

entendu, à l'acte de vente ou de bail consenti sur son lot de copropriété. Il en est de même entre les conventions matrimoniales et une convention conclue par les époux avec un tiers. Enfin, le sous-contrat et le contrat principal présentent toujours une partie commune, tant qu'un seul sous-contrat est conclu.

Monsieur Perrouin relève que cette communauté partielle de parties se manifeste également dans d'autres situations que nous n'avons pas développées. Les rapports entre une convention collective de travail et un contrat de travail présentent une partie commune, si l'employeur est membre d'un syndicat partie à la convention (ou lui-même auteur de la convention) sans que ce soit le cas du salarié.

Nombre d'autres illustrations tirées des travaux de l'auteur de la proposition exposée, comme des notres, auraient encore pu alimenter cette proposition. La communauté de parties, si fréquente, trouve pour Monsieur Perrouin son fondement technique dans les dispositions de l'article 1165 du Code civil.

2. Fondement de la communauté de parties.

452. Pour le promoteur de cette condition, la communauté de parties permet de justifier l'existence d'un rapport hiérarchique[1160]. En effet, le droit des contrats étant dominé par le principe de l'effet relatif, *« des conventions conclues par des parties complètement différentes, même si leurs contenus respectifs intéressent des questions identiques, [n'auraient] aucune raison de produire d'effets entre elles »*[1161]. À défaut, il apparaitrait *« comme une entorse à l'effet relatif des conventions posé à l'article 1165 »*[1162]. En revanche, tel ne serait pas le cas « *si les conventions susceptibles d'être ordonnées ont en commun au moins une de leurs parties, cela crée entre elles un trait d'union permettant de justifier de leur éventuel agencement hiérarchique »*[1163]. Le principe posé par le Code civil serait alors sauf. Le fait qu'une convention produise un effet sur une autre serait ainsi justifié.

[1160] *Ibid.*, n° 484, p. 226.

[1161] *Ibid.*, n° 455, p. 217.

[1162] *Ibid.*, n° 494, p. 229.

[1163] *Ibid.*, n° 455, p. 217.

453. Dès lors, selon l'auteur toulousain, la condition que constitue la communauté de parties entre les conventions hiérarchisées peut être écartée dans certaines hypothèses. Le principe de l'effet relatif des conventions étant un principe légal que le législateur peut écarter par une norme de même nature[1164], la communauté même partielle de parties aux conventions hiérarchisées ne s'impose plus dans les hypothèses où la règle posée à l'article 1165 du Code civil est écartée par la loi.

B. Exceptions à la communauté de parties.

454. Dans la démonstration initiée par Monsieur Perrouin, ce dernier relève deux séries d'exceptions différentes.

455. L'extension des conventions collectives – Des hiérarchies s'établissent à ses yeux, en l'absence de parties communes, dans tous les cas de figure dans lesquels un acte à effet collectif fait l'objet d'une procédure d'extension. L'auteur pointe, notamment, le cas le plus connu de l'extension de la convention collective de travail. Cette procédure d'extension permet de faire produire des effets à une convention, à l'égard d'autres actes de même nature, alors que les parties aux deux actes hiérarchisés sont intégralement différentes[1165]. Cette situation se justifierait par une dérogation légale à l'article 1165 du Code civil.

456. La multiplication de sous-contrats – Une seconde exception à la condition de communauté des parties apparaît pour l'auteur en présence d'une chaîne de contrats par diffraction qui se prolongerait au-delà d'une seule « diffraction ». Si un sous-contrat succède à un premier sous-contrat, les parties au sous-contrat de second rang sont intégralement différentes des parties au contrat principal. Il n'y a en conséquence dans cette alternative aucune partie commune. Pour l'auteur, *« la hiérarchie se justifie malgré tout par la communauté d'objet qui existe entre les conventions concernées. En effet, les différentes conventions subséquentes issues de la diffraction d'un premier contrat, tirent toutes leur objet de celui de la convention initiale dont elles découlent »*[1166].

[1164] *Ibid.*, n° 495 p. 229.

[1165] *Ibid.*, n° 486 et s., p. 226 et 227.

[1166] *Ibid.*, n° 496, p. 230.

457. À vrai dire, mais la chose importe peu, il ne nous semble pas qu'il s'agisse ici d'une véritable exception[1167], d'autant que l'explication avancée, la communauté d'objet, n'est pas de nature à justifier quoi que ce soit dans la mesure où elle est précisément, pour l'auteur, une condition commune à toutes les structures hiérarchiques[1168].

458. Quoi qu'il en soit, la condition de communauté de parties soulevée par Monsieur Perrouin ne nous semble pas s'imposer comme une condition, ou un élément, expliquant, ou permettant, l'instauration d'une hiérarchie entre deux ou plusieurs conventions. Cette condition doit être écartée.

§2. La nécessité contestée de la communauté de parties.

459. S'il nous semble que la communauté de parties n'est pas une condition de la hiérarchisation de plusieurs conventions, c'est qu'une démarche pragmatique semble condamner le constat fait par Monsieur Perrouin (A). Si l'on s'attarde alors sur le fondement technique de la supposée condition, force est de constater que, là non plus, rien ne l'impose (B).

A. L'existence de hiérarchies entre conventions sans communauté de parties.

460. Outre les exceptions déjà exposées, les situations que nous avons étudiées mettent en évidence l'existence de structures dérogatoires à la condition de communauté de parties, sans être de surcroît justifiées par l'explication avancée. Cela peut être souligné à travers l'exemple des conventions conclues par une personne morale (1). Cela aurait également pu l'être à propos des conventions collectives de travail (2).

[1167] Certes, une hiérarchie s'instaure entre deux conventions, le contrat principal et le sous-contrat de second rang, alors que ces deux conventions n'ont pas de parties en commun. Mais cette hiérarchisation n'est possible que du fait de l'existence d'une convention intermédiaire, le premier sous-contrat, par le truchement duquel se forme valablement le sous-contrat de second ordre. Or, ce contrat intermédiaire présente une partie commune à la convention supérieure. Cette convention contient également une partie commune avec le dernier sous-contrat. Dès lors, si l'on étudie le rapport entre un acte et l'acte directement supérieur, et non la situation dans sa globalité, la condition dégagée par Monsieur Perrouin nous paraît être ici satisfaite. Cela s'avère d'ailleurs vrai pour toutes les hypothèses de chaînes de contrats, par « diffraction », mais également par « addition ».

[1168] Sur ce point, *infra*, n° 474 et s.

1. Les conventions de la personne morale.

461. Conventions conclues par la société avec un tiers aux statuts – Le cas des conventions conclues par des personnes morales présente la singularité, assez paradoxale, d'offrir des illustrations diamétralement opposées du point qui nous intéresse ici. Les conventions conclues par un tel groupement démontrent qu'une hiérarchie peut s'instaurer entre deux conventions dont toutes les parties sont identiques, nous l'avons vu. Le fonctionnement de la société révèle cependant que, bien plus fréquemment, une hiérarchie s'instaure entre deux conventions sans que ces actes n'aient aucune partie commune.

462. Au quotidien, pour réaliser l'objet social qui est le sien, la personne morale contracte. Elle *« vend, achète, loue, emprunte, emploie »*[1169] et le plus souvent, elle le fait avec un cocontractant autre que l'une des parties au pacte social, autrement dit avec des tiers à cette convention. Dans toutes ces hypothèses, qui sont loin d'être marginales, les deux conventions hiérarchisées, les statuts et l'acte contracté pour la réalisation de l'objet social, n'ont pas d'auteurs communs. À compter de leur immatriculation pour les sociétés ou de leur déclaration pour les associations, ces groupements acquièrent la personnalité morale. C'est donc la personne juridique qui est désormais l'auteur des conventions qu'elle conclut. *« La personnalité morale institue un écran qui interdit de voir les autres sujets de droit vivant ou travaillant à l'intérieur de la société* [ou de tout autre groupement] *personnalisée »*[1170]. Une hiérarchie est en conséquence instaurée entre deux conventions reliant des parties différentes.

463. Certes, sans doute serait-il possible de soutenir, en dépit de l'altérité certaine de la personne morale à l'égard de ses fondateurs, que ces derniers sont tout de même parties à la convention conclue entre la société et un tiers. L'émergence de la notion de personne morale ne s'est pas faite sans heurts, et l'on sait que plusieurs auteurs ont soutenu que ces groupements *« ne sont pas plus une personne fictive qu'une personne réelle »*[1171], mais sont de simples organisations collectives de la propriété[1172], ce qui reviendrait à dire qu'il

[1169] P. POTENTIER, « L'association, personne ou contrat ? Propos d'après congrès », *précité,* n° 4.

[1170] M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.,* n° 165 p. 93.

[1171] DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales,* 1902, cité par L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel,* Troisième édition, Tome I, *op. cit.*, §. 46, p. 504.

[1172] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* T. 1, 11ème édition, LGDJ, 1928, n° 3005 et s., p. 1009.

« n'existe pas en elles d'autres personnes que les individus associés »[1173]. Ces thèses, anciennes, pourraient trouver un écho dans certains aspects du droit positif. La consécration de la société par actions simplifiée a par exemple parfois donné le sentiment que la société était la *« chose des actionnaires »*[1174] *;* la création de sociétés unipersonnelles, dont on a pu penser qu'elles n'étaient parfois qu'un « leurre »[1175] permettant de limiter la responsabilité de la personne physique, met également l'accent sur la personne des associés. Ces exemples rendent un peu moins opaque l'écran social, tout comme le développement des théories de la *corporate governance* qui mettent l'associé au cœur de la société jusqu'à confondre parfois son intérêt avec l'intérêt social[1176].

Considérer les parties au contrat de société comme parties aux contrats de la société ne nous paraît cependant pas tenable. *« Le droit positif met l'accent sur la personnalité morale dont est dotée la société, indépendante de ses associés »*[1177]. L'associé peut bien être partie à la collectivité organisée, *« cela n'empêche pas qu'il reste tiers aux actes conclus par la personne morale que constitue la société »*[1178]. En droit positif[1179], le principe est certain[1180]. Cela nous paraît d'autant plus sûr que si l'on imagine sans trop de difficultés que l'on puisse concevoir que les deux actionnaires d'une petite société familiale soient considérés comme parties à la convention conclue par la société, il est en revanche bien difficile de se représenter la même chose en présence d'une société cotée comptant plusieurs millions d'actionnaires. En

[1173] G. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales, op. cit.*, §. 46, p. 504.

[1174] D. PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », *Rev. Sociétés* 2000, p. 223, spéc. n° 25.

[1175] H. LE NABASQUE, « L'EURL ne serait-elle qu'un…leurre », *BJS* 1993, n° 12, p. 1250, qui reprend une expression que l'on doit à Monsieur MERLE.

[1176] D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme : Prolégomènes », *BJS*., 2000, n° 1, p. 9, spéc. n°4.

[1177] P. BEZARD, « Face-à-face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise », *LPA*, 2004, n° 31, p. 47 ; en ce sens également, D. PORACCHIA, *précité*, n°25, *« la société reste distincte des membres qui la compose »*.

[1178] D. CHOLET, « La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés », *D.* 2004, p. 1141 spéc. n° 13.

[1179] Par exemple, Civ. 3., 8 novembre 2000, qui énonce que *« les associés d'une SCI ne sont pas contractuellement liés au créancier de la société »*, *RTD com.*, 2001, p. 162, observations M.-H. MONSÉRIÉ-BON.

[1180] D. CHOLET, « La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés », *précité*, n° 7 ; v. d'ailleurs, en « sens inverse », soulignant la distinction entre la société et les parties en refusant de tenir la société d'un engagement pris par ses membres fondateurs, Com. 20 février 2007, *RTD civ.* 2007, p. 562, observations, B. FAGES.

face *« de sociétés d'une certaine importance et à plus forte raison de sociétés cotées, l'être moral s'impose »*[1181].

464. Il ne paraît donc pas raisonnable de soutenir que les membres d'un groupement de personnes sont parties aux conventions conclues par ce groupement lorsqu'il a la personnalité morale. D'autres hypothèses dans lesquelles deux conventions peuvent se hiérarchiser révèlent, de toute manière, une absence de communauté de parties.

2. Les conventions collectives de travail.

465. Nous l'avons déjà dit, dans l'acception que nous avons retenue de la hiérarchie, il n'existe pas à notre sens de rapports de cette nature entre les différents niveaux de conventions et accords collectifs de travail. Pour autant, nous avons également souligné que l'on avait pu assister récemment à un éphémère retour de quelques situations dans lesquelles une convention collective décrivait certaines des conditions de validité d'autres actes de même nature[1182]. Si les dispositions qui réintroduisaient une relation exceptionnellement hiérarchique entre les conventions et accords de niveaux différents ont disparu depuis peu, elles ne démontrent pas moins que, là encore, une relation hiérarchique pouvait s'établir entre deux conventions qui n'unissaient pas nécessairement des parties communes.

466. Les dispositions citées de la loi du 4 mai 2004 confiaient à une convention collective, de branche ou interprofessionnelle, le soin d'opter pour l'une des deux modalités de validation des accords d'entreprise prévues par la loi. Cette situation de hiérarchie entre deux conventions démontre encore qu'un lien de cette nature peut bien unir deux actes conventionnels sans qu'ils n'aient aucune partie commune. L'accord interprofessionnel ou de branche pouvait être conclu entre un ou plusieurs syndicats de salariés *primus* et un syndicat d'employeur *secundus*, alors que l'accord d'entreprise était conclu entre un employeur n'étant pas adhérent au syndicat *secundus* et un syndicat de salariés autre que *primus*. Les parties à la convention d'entreprise étaient donc intégralement différentes des parties à la convention supérieure.

[1181] P. BEZARD, *précité*, p. 47.

[1182] *Supra*, n° 320 et s.

467. Les exceptions, majeures pour certaines d'entre elles, relevées dans le droit positif ou récent, permettent de douter sérieusement de la pertinence de la condition de la communauté de parties. Ce sentiment s'affermit si l'on revient sur le fondement qui est, pour Monsieur Perrouin, celui de cet élément de la hiérarchisation de deux conventions.

B. Le fondement contestable de la communauté de parties.

468. La communauté de parties aux conventions hiérarchisées s'imposerait en raison de l'effet relatif des conventions. Nous l'avons dit, pour l'auteur, la communauté de parties crée un trait d'union entre les deux conventions qui justifie que l'on déroge à ce « principe fondamental » du droit des contrats. L'argument est imparable lorsque les deux conventions hiérarchisées unissent deux ou plusieurs parties identiques. Aucune atteinte à l'effet relatif des conventions ne peut évidemment être caractérisée lorsqu'une convention liant deux parties produit un effet sur un autre acte conventionnel liant les deux mêmes auteurs. L'irrégularité des stipulations d'un pacte extra-statutaire en raison d'une non conformité aux statuts de la société, pas plus que l'invalidité d'un acte conventionnel entre époux en raison d'une atteinte à la convention matrimoniale qui les unit, ne soulèvent le moindre débat à propos du principe évoqué.

469. Pour autant, plusieurs raisons nous conduisent à considérer que le principe posé à l'article 1165 ne peut être invoqué pour expliquer la communauté de parties.

470. Effets de la convention supérieure à l'égard des tiers – Si l'argument tiré de l'absence d'atteinte à l'effet relatif des conventions est imparable en présence d'une communauté parfaite de parties, il en va différemment lorsqu'une seule partie est commune aux deux actes. À vrai dire, dans ce cas de figure, nous saisissons mal en quoi la communauté de parties permettrait de justifier la hiérarchisation de plusieurs conventions.

471. Si l'on considère que la convention hiérarchiquement supérieure produit un effet à l'égard de la convention hiérarchiquement inférieure, et que cet effet est produit en contradiction avec l'article 1165 du Code civil, la présence d'une partie commune ne nous semble pas changer grand-chose. En effet, si une convention, qui unit *primus* et *secundus*, produit des effets sur un acte qui unit *secundus* et *tertius*, il peut bien y avoir une partie commune, *tertius* n'en demeure pas moins un tiers à la convention unissant *primus* et

secundus. Les débats relatifs à la nature juridique de certaines conventions, qui reposent justement en partie sur ce point, suffisent à attester de ce que la partie à la seconde convention qui n'est pas également partie à la première est bien communément considérée comme un tiers. Dès lors, la convention supérieure produit bien un effet à l'égard d'une personne qui n'est pas partie à cet acte. Si l'on considère que cet effet est une atteinte à l'effet relatif des conventions, la présence d'une partie commune n'empêche pas qu'un tiers en soit victime. Encore faut-il cependant que l'article 1165 soit véritablement atteint ce qui, nous y reviendrons ultérieurement, est loin d'être acquis[1183].

472. Les conventions hiérarchisées ne sont donc pas nécessairement reliées par leurs parties. Si beaucoup de conventions unies par un rapport hiérarchique ont en commun une ou plusieurs parties, la situation est de pur fait. Elle n'est pas une condition juridique de l'établissement d'un lien de validité entre deux conventions. Des conventions peuvent bien être hiérarchisées alors qu'elles lient des parties différentes. Si le lien entre les conventions ne tient pas à leurs parties respectives, il est en revanche impératif qu'elles aient un intérêt commun, un point commun.

SECTION II – UN « INTÉRÊT COMMUN »[1184].

473. *« Deux conventions ayant des contenus totalement différents n'ont aucune raison de se trouver hiérarchisées »*[1185]. Pour cette raison, les conventions unies par un lien hiérarchique auraient un objet commun. La pratique permet de confirmer ce sentiment, l'immense majorité des conventions qui entretiennent un rapport hiérarchique avec un acte juridique de la même nature possède un objet commun avec cet acte (§1). Des conventions n'ayant pas un même contenu peuvent cependant, au-delà du constat fait par Monsieur Perrouin, se trouver hiérarchisées. Dans quelques hypothèses, c'est un « but » commun que doivent alors poursuivre les actes hiérarchisés (§2).

[1183] V. *infra* n° 543 et s.

[1184] Sur l'intérêt commun v. T. HASSLER, « l'intérêt commun », *RTD com* 1984, p. 581. Précisons immédiatement que la présente notion ne doit pas s'entendre au sens que l'on peut lui donner habituellement ce qui explique l'utilisation de guillemets. Elle désigne seulement ici la somme de nos deux paragraphes, l'objet et le but (notion qui sera elle-même ultérieurement précisée).

[1185] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 436, p. 211.

§1. Une identité d'objet.

474. La polysémie du terme « objet » est régulièrement soulignée. Le Code civil mentionne alternativement l'objet du contrat et l'objet de l'obligation, il évoque également, sans le nommer, l'objet de la prestation. Des différentes acceptions de ce terme, seules certaines sont à même d'être un trait d'union entre deux actes (A). La pratique démontre que l'une d'elles, l'objet de la prestation, suffit à rendre compte du lien créé entre les conventions hiérarchisées (B).

A. Diversité de la notion d'objet.

475. Objet du contrat, de l'obligation, de la prestation – La première notion évoquée, l'objet du contrat, est presque unanimement condamnée par la doctrine qui relève son caractère incorrect ou imprécis. Le contrat n'aurait que des effets, des obligations, qui elles seules auraient un objet[1186]. Quelques auteurs soutiennent cependant l'existence de la notion d'objet du contrat qu'ils désignent alors comme *« l'objet de l'obligation principale (…) autour duquel s'organisent l'équilibre et l'économie du contrat »*[1187], ou comme « *l'opération juridique concrète voulue par les parties »*[1188].

L'objet peut encore être celui de l'obligation, c'est-à-dire la prestation que la partie débitrice s'est engagée à réaliser[1189]. Cet objet désigne l'aspect juridique de l'engagement du débiteur, donner, faire ou ne pas faire, de manière abstraite. C'est cette acception qui est parfois retenue lorsqu'il s'agit de classer les obligations selon leur objet[1190]. Dans la vente, l'objet de l'obligation de l'acheteur est alors de payer le prix[1191].

Enfin, l'objet peut être celui de la prestation. Cet objet est sans doute celui qui est visé à l'article 1128 du Code civil, il représente la chose ou le service concret objet de la prestation

[1186] B. FAGES, *Droit des obligations,* 2ème édition, LGDJ, 2009, n° 181, p. 150.

[1187] J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, (préface J. BRETHE DE LA GRESSAYE) LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 91, 1969, p. 31.

[1188] Cette définition est celle retenue par Madame LUCAS-PUGET dans sa thèse, *op. cit.,* n° 499, p. 279.

[1189] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.,* n° 265, p. 281.

[1190] B. FAGES, *Droit des obligations,* 2ème édition, LGDJ, Coll. Manuels, 2009, n° 182, p. 150 à 152.

[1191] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 355.

promise, c'est *« le bien à vendre, le bien à faire, le fait à faire »*[1192]. Le plan sur lequel on se place est ici *« plus bas, plus matérialiste »*[1193].

Il y a donc trois niveaux d'analyse de l'objet qui ne sont pas tous de nature à pouvoir relier entre elles les conventions hiérarchisées.

476. Définition de l'objet commun retenu par Monsieur Perrouin – Pour cet auteur, l'objet de la prestation, de l'obligation ou du contrat, ne suffisent pas à rendre compte de la totalité des situations dans lesquelles s'établit une hiérarchie entre conventions.

477. L'objet du contrat, entendu comme l'objet de l'obligation principale, est pour l'auteur une notion qui ne peut rendre compte de ce qui unit deux conventions hiérarchisées puisque ce terme est trop étroit. Cela se vérifierait par exemple dans les relations entre une convention collective de travail et un contrat de travail. L'objet de « l'obligation » principale du premier acte serait de définir les conditions de travail applicables aux contrats soumis à cet acte. L'objet du contrat de travail est à l'évidence différent puisqu'il crée une relation de travail entre deux parties. Dès lors, cet auteur peut conclure que « *l'objet du contrat compris comme celui de son obligation principale est une notion beaucoup trop restrictive pour permettre de caractériser dans toutes les hypothèses de hiérarchie l'exigence d'une communauté d'objet (…) ce qui est vrai pour l'objet de l'obligation principale l'est* a fortiori *pour celui de la prestation qui est une notion encore plus étroite que la précédente »*[1194]. Il propose donc de retenir comme définition de cette notion l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser, c'est-à-dire *« toutes les obligations souscrites par les parties »,* autrement dit, le *« contenu du contrat »*[1195]. Dans cette acception là, tous les contrats hiérarchisés auraient le même objet.

478. L'objet commun : l'objet de la prestation – Cette idée de contenu du contrat, si elle a le mérite d'être assez large pour pouvoir y intégrer l'ensemble des situations hiérarchiques

[1192] A.-S. LUCAS PUGET, *op. cit.,* n° 286, 287, et 288, p. 157 et 158.

[1193] F. COLLART-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2007, n° 28, p. 31.

[1194] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 446, p. 214.

[1195] *Ibid.*, n° 432 et 433, p. 210, l'expression *« contenu du contrat »* étant empruntée à Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 969, p. 2008.

étudiées par l'auteur, nous paraît avoir les inconvénients de ses avantages, c'est-à-dire son caractère parfois imprécis, presque « fourre-tout ». D'ailleurs, le « contenu » du contrat qui désigne l'objet pour Carbonnier, représente pour un autre auteur la somme de l'objet et de la cause d'un contrat[1196]. Au-delà de cette première remarque, il nous semble que l'objet commun aux conventions hiérarchisées peut être défini de manière plus précise.

479. Si la notion de contenu du contrat nous paraît être trop large, celle retenue par Monsieur Overstake doit à juste titre être écartée. Sur ce point, la proposition de l'auteur de la thèse sur la *hiérarchie des conventions en droit privé* ne peut souffrir aucune contestation.

Le fait que l'objet de l'obligation principale de plusieurs conventions (l'une conclue entre *primus* et *secundus* sur un bien immeuble, l'autre conclue entre *tertius* et *quartus* sur un bien meuble incorporel) soit objectivement identique ne permet évidemment pas de tisser un lien entre deux conventions. Ce critère, qui est élaboré par Monsieur Overstake dans la perspective de classer les contrats spéciaux entre eux, ne peut avoir évidemment aucun intérêt dans la perspective qui est la nôtre. Les raisons qui doivent conduire à l'écarter ne sont en revanche à nos yeux pas celles retenues par Monsieur Perrouin. Ce n'est pas parce que ce critère est trop étroit qu'il n'est pas propre à rendre compte de ce qui crée une connexité entre les actes hiérarchisés mais, au contraire, parce qu'il est marqué par un trop grand degré de généralité. Ce critère est un critère objectif.

Il en va encore de la sorte si l'on s'en tient à l'objet de l'obligation. L'objet de l'obligation est alors de donner, faire, ne pas faire ou si l'on descend le curseur d'un cran, donner, faire ou ne pas faire une certaine chose envisagée de manière générale. Le fait que deux obligations conventionnelles aient pour objet de transporter une personne ne peut suffire à créer un lien entre ces deux obligations. Deux conventions complètement étrangères ne peuvent interférer entre elles uniquement en raison de l'identité objective de leurs obligations. Monsieur Néret tire d'ailleurs la même conclusion en matière de sous-contrat[1197]. Deux

[1196] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 140 et s. p. 107 et s. L'auteur divise un Chapitre intitulé *« le contenu du contrat »* en deux sections consacrées à l'objet puis à la cause du contrat ; le flou de la notion de « contenu du contrat » était également souligné par les auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription qui avaient choisi de renoncer à cette notion pour cette raison (V. Les propos de J. HUET de R. CABRILLAC sur les articles 1121 à 1123 de l'avant-projet). Précisons que la dernière version connue du projet de la chancellerie définit à son article 49 le contenu du contrat comme l'une des conditions de validité de cet acte.

[1197] J. NERET, *op. cit.,*, n° 132, p. 106 et 107.

conventions ne peuvent finalement interagir que dans la mesure où elles portent sur le même objet concret, c'est-à-dire si leurs prestations réciproques portent sur la même chose concrète, matérielle. Si ce qui importe est de l'ordre du concret, la définition de l'objet du contrat livrée par Madame Lucas-Puget, dans la continuité des travaux d'une partie de la doctrine, serait à même de constituer un outil utile à notre recherche puisqu'elle s'inscrit justement dans cette dimension[1198]. En pratique cependant, elle ne paraît pas nécessaire puisque lorsque l'on affirme que les conventions hiérarchisées ont un objet commun, c'est de l'objet de la prestation qu'il s'agit.

B. Identité de l'objet de la prestation.

480. Dans la grande majorité des structures hiérarchiques identifiées, l'objet de la prestation est donc le trait d'union entre les conventions hiérarchisées. Ces dernières peuvent alors avoir classiquement pour objet une chose, un service ou tout autre objet.

481. Identité de la chose – La communauté de la chose objet de la prestation est la situation qui se présente le plus communément dans les structures que nous avons identifiées. Quelques illustrations permettront de s'en convaincre.

482. C'est d'abord le cas des chaînes de contrats translatifs de propriété. Ces groupes de contrats sont unis par une même chose. Cela se vérifie aussi bien dans les chaînes homogènes qu'hétérogènes. Dans toutes ces structures dans lesquelles, nous l'avons vu, la validité de toutes les conventions repose, en dernière analyse, sur le premier acte translatif de propriété, les conventions sont unies par l'identité de la chose sur laquelle elles portent.

Une correspondance entre l'objet de la prestation de plusieurs conventions hiérarchisées est également présente dans les structures composées d'un avant-contrat de vente et d'une vente. L'objet de la prestation du contrat de vente est, bien entendu, la chose vendue. C'est également cette même chose qui est l'objet de la prestation dans le pacte de préférence ou la promesse unilatérale de vente[1199]. Dans ce dernier acte, la chose objet de la

[1198] A.-S. LUCAS PUGET qui définit, rappelons-le, l'objet du contrat comme *« l'opération juridique concrète voulue par les parties », op. cit.*, n° 499, p. 279.

[1199] F. POLLAUD-DULIAN, A. RONZANO, « Le contrat cadre, par delà les paradoxes », *précité*, p. 189, dans la promesse de contrat écrivent ces auteurs, *« l'objet de la prestation engendrée par la convention initiale et*

vente et son prix sont déjà déterminés. Cette chose est celle qui sera l'objet de la future vente. Quant au pacte de préférence, s'il se distingue notamment de la convention précédente en ce que le prix n'est pas déterminé, l'objet de la prestation, lui, c'est-à-dire le bien éventuellement vendu, est déterminé. C'est ce même bien qui sera l'objet de la vente si elle se réalise.

Les rapports entre les conventions d'inaliénabilité et les conventions aliénant le bien ainsi immobilisé auraient également pu illustrer une nouvelle fois l'identité d'objet entre deux conventions hiérarchisées.

Dans toutes les hypothèses exposées, l'identité d'objet peut être partielle, par exemple, dans le dernier cas évoqué, si une vente ne porte que sur une partie d'un bien frappé d'indisponibilité[1200]. Cette identité partielle d'objet caractérise d'ailleurs quelques structures hiérarchiques.

483. Une identité partielle d'objet se manifeste entre les conventions matrimoniales et les conventions conclues par les époux entre eux ou avec des tiers. La charte patrimoniale de la famille a pour objet un ensemble de choses, « l'ensemble des biens des époux » présents et à venir. Dès lors, les actes que sont amenés à conclure ces derniers sur leurs biens ne peuvent concerner qu'une partie de ceux-ci, un immeuble déterminé par exemple. Mais ici encore l'objet de la « prestation », autrement dit le bien concret sur lequel portent les deux conventions est, ne serait-ce qu'en partie, identique.

Les rapports entre le règlement de copropriété et les actes des copropriétaires sur leurs lots conduisent au même constat. L'objet concret sur lequel porte le règlement de copropriété est l'immeuble bâti que le règlement organise, autrement dit l'ensemble des parties privatives et des parties communes. Ce règlement est hiérarchiquement supérieur aux actes conclus par les copropriétaires sur leurs lots, c'est-à-dire sur une partie seulement de l'objet qui est celui du règlement. Il en va nécessairement ainsi puisqu'un acte de l'un des copropriétaires ne pourrait porter sur l'ensemble de l'immeuble objet du règlement, qu'à la condition que tous les lots soient réunis dans ses mains. Or, cette situation « *entraîne de plein droit la disparition*

---

l'objet de la prestation de l'autre convention – contrat définitif – sont en tout ou partie identiques ».

[1200] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, en particulier n° 436 et s. où l'auteur évoque à plusieurs reprises cette possibilité.

de la copropriété »[1201] et donc de la pluralité de conventions indispensable à un rapport hiérarchique.

Certaines dispositions des statuts de la société peuvent désigner des biens sociaux. Ils ont alors le même objet que les actes aliénant ces mêmes biens. La vente du siège social, d'un fond de commerce ou d'un immeuble mentionné dans les statuts sont autant d'actes qui portent partiellement sur le même objet que ces statuts. L'objet au sens de l'objet de la prestation peut encore être identique, bien que les illustrations soient moins nombreuses, si la prestation consiste en une prestation de service.

484. Identité de prestation de service – L'exemple type de la structure hiérarchique dans laquelle les conventions en rapport ont pour objet commun un service est vraisemblablement le sous-contrat (cette convention aurait d'ailleurs pu trouver sa place, dans les cas où elle porte sur une chose, dans les développements qui précèdent). Un contrat d'entreprise qui porte sur la réalisation d'un certain ouvrage peut parfaitement faire l'objet d'une sous-traitance qui portera sur tout ou partie de cet ouvrage. L'objet de la prestation est, dans cette structure, intégralement ou partiellement commun aux conventions hiérarchisées. Cette communauté d'objet, entendue comme l'objet de la prestation, est d'ailleurs l'un des critères permettant d'identifier le sous-contrat[1202].

Cette communauté d'objet se retrouve à nouveau dans la situation dans laquelle le contrat conclu en second rang n'a pas la même nature juridique que la convention hiérarchiquement supérieure, c'est-à-dire si la structure formée n'est pas un sous-contrat[1203]. Il en est ainsi lorsqu'un commissionnaire de transport « sous-traite » une partie du transport à un transporteur. Le service concret sur lequel portent les deux conventions, le déplacement d'un bien d'un point A à un point B, est intégralement ou partiellement identique. Le mandat et la convention formée en son application illustrent encore cette communauté d'objet.

485. Autres objets – À l'image des contrats spéciaux qui dépassent l'opposition entre les

[1201] Civ. 3, 4 juillet 2007, *AJDI,* 2008, p. 488, note P. CAPOULADE.

[1202] V. Sur ce point J. NERET, *op. cit.*, n° 132, p. 106 et 107. L'auteur souligne l'identité d'objet entre le contrat principal et le sous-contrat, qui doit d'ailleurs être double, à l'identité de l'objet de la prestation s'ajoute l'identité de l'objet du contrat, n° 126 à 132, p. 102 à 107.

[1203] Sur ce point v. *Ibid.*, n° 129 à 131, p. 102 à 106.

conventions portant sur des biens et celles portant sur des services, les objets reliant entre elles les conventions hiérarchisées dépassent également cette opposition.

486. Dans les rapports entre les statuts et les conventions conclues entre les associés, les objets communs peuvent être nombreux et variés. Nous n'en donnerons qu'un exemple. Les stipulations disciplinaires, comportements prohibés, procédures et sanctions disciplinaires peuvent être l'objet des statuts comme de conventions extérieures. C'est d'ailleurs parce que les deux conventions auront un objet commun, et parce qu'elles peuvent de ce fait se contredire, que la hiérarchie entre ces actes sera instaurée.

487. Dans la majorité des structures hiérarchiques conventionnelles étudiées, les conventions sont liées par l'objet de la « prestation » sur laquelle elles portent, toutes ont pour objet la même chose concrète. Quelques rares relations hiérarchiques ne correspondent cependant pas au schéma décrit.

488. Absence d'identité d'objet entre les statuts et les conventions de la société contractante pour la réalisation de son objet – Quelle que soit la notion d'objet que l'on retienne, les statuts d'une personne morale n'ont à notre sens pas le même objet que les conventions conclues au quotidien par cette personne pour la réalisation de l'objet qui lui est assigné. Raisonnons pour s'en convaincre sur l'exemple suivant, la conclusion par une association d'aide à la création d'entreprise d'un contrat de vente par lequel cette association acquiert du matériel informatique.

489. Il nous semble d'emblée difficile de retenir que l'objet commun aux deux conventions est l'objet du contrat au sens que donne de cette notion Monsieur Overstake. L'obligation principale du contrat d'association est sans doute *« la mise en commun de connaissances ou d'activités dans un but autre que le partage de bénéfices »*[1204]. Il n'est pas besoin d'aller plus loin pour se rendre compte que cet objet n'est pas celui de l'obligation principale du contrat de vente.

Si l'on saisit l'objet tel que le définit Madame Lucas-Puget comme *« l'opération juridique concrète voulue par les parties »,* et que l'on admet avec cet auteur que l'objet du

[1204] A.-S. MESCHERIAKOFF, M. FRANGI, M. KDHIR, *précité,* n° 71, p. 119.

contrat d'association est la poursuite de l'objet statutaire[1205], force est encore d'admettre que, là non plus, rien ne relie cet objet au contrat de vente du matériel informatique.

La chose est identique si l'on retient de l'objet du contrat la définition donnée par Monsieur Perrouin[1206], c'est-à-dire le contenu du contrat. Il est sans doute inutile d'en faire la démonstration.

490. L'objet n'est donc pas un critère permettant de rendre compte de ce qui unit les statuts d'un groupement avec les conventions conclues par ce groupement au quotidien. Si l'objet de ces conventions n'est pas le même, le « but » poursuivi l'est en revanche.

§2. Une identité de « but ».

491. La notion de but n'est très probablement pas la plus claire et la plus rigoureuse qui soit. Elle évoque immédiatement la cause[1207], mais peut également désigner parfois l'objet, notamment l'objet du contrat[1208]. Le choix de ce terme quelque peu ambivalent est fait à dessein, il rend merveilleusement compte de ce qui relie les deux conventions hiérarchisées, dans la mesure où la cause de la convention conclue par la société participe à la réalisation de l'objet du contrat instituant une personne morale.

492. Si nous avons été conduits à écarter l'objet du contrat dans le paragraphe précédent, parce qu'il n'était pas nécessaire d'y recourir, c'est non sans avoir précisé qu'il était, du fait de sa « concrétude », exploitable dans la perspective qui est la nôtre. Si l'on rapporte ce concept concret à l'association ou à la société, et que l'on cherche alors le but concret voulu par les parties, ce dernier est sans aucun doute la réalisation de l'objet statutaire (ou de l'objet

[1205] A.-S. LUCAS PUGET, *op. cit.* n° 422 p. 230 et 231, et les développements qui précèdent relatifs à la société.

[1206] Monsieur Perrouin, qui envisage essentiellement les rapports hiérarchiques dans le cadre de la société à l'égard de la question des pactes entre actionnaires, évoque cependant très brièvement cette hypothèse et retient que *« les statuts s'imposent aussi à toutes les conventions que la société, personne morale, devra passer avec des tiers pour les besoins de son activité et pendant toute la durée de son existence », Thèse précitée,* n° 32, p. 29. L'exception que nous relevons ne tient donc pas à la différence des définitions de la hiérarchie retenues.

[1207] V. par exemple, B. TEYSSIE, *op. cit.* n° 62, p. 33, où l'auteur oppose les groupes de contrats ayant une identité d'objet à ceux participant à la réalisation d'un but commun ; cette opposition reflète pour l'auteur celle entre l'objet et la cause, entre les chaînes de contrats et les ensembles contractuels ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 332, p. 352 *« Le mot cause vise (…) le but que les parties poursuivent »*.

[1208] A.-S. LUCAS PUGET, *op. cit.* entre autres, n° 318, p. 174.

social).

Rapporté à notre exemple l'objet de l'association est d'apporter de l'aide aux personnes créant une entreprise. Cet objet n'est bien évidemment pas celui du contrat de vente conclu par la société avec un tiers (pas plus que l'objet de la prestation ou de l'obligation de ce contrat). En revanche, ce contrat de vente poursuit le même but. Sa cause est la réalisation de l'objet social.

Là encore, le trait d'union entre deux conventions hiérarchisées suppose de mener une analyse concrète de la situation. La cause de l'obligation, ou cause abstraite, qui est identique pour tous les contrats d'un même type[1209], ne peut donc pas nous être utile. C'est bien la cause subjective[1210] qui relie le contrat de vente aux statuts de l'association. Le matériel informatique est acquis, par exemple, dans le but de traiter de manière plus efficace les dossiers des entrepreneurs et donc d'aider au mieux ces derniers dans leur démarche de création d'entreprise. Cette convention participe à la réalisation de l'objet statutaire. C'est la réalisation de cet objet qui est la cause concrète du contrat de vente. Ce lien est d'ailleurs indispensable à la validité de la convention inférieure. À défaut, l'acte conclu dans un autre but encourt la nullité[1211].

493. Les conventions hiérarchisées ont donc un « intérêt commun ». Cet intérêt commun se traduit par une communauté d'objet, entendu comme l'objet de la prestation, ou par la communauté de but concret poursuivi par les différents actes. Le trait d'union entre les conventions hiérarchisées est ainsi suffisamment établi.

*

* *

[1209] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *précité*, n° 333, p. 353.

[1210] Sur l'opposition entre la cause objective et la cause subjective, v. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, 129, p. 90.

[1211] C'est le cas que nous avons cité des garanties consenties par le dirigeant d'une société à un associé qui, parce qu'elles dépassent l'objet social, seront invalides *supra*, n° 189 et s.

494. Conclusion du chapitre second – La communauté de parties n'est donc pas, en dépit des affirmations contraires, une condition préalable à la hiérarchisation de plusieurs conventions. Elle n'est qu'une circonstance fortuite, fréquente, non un élément commun à toutes les situations hiérarchiques. En pratique, l'hypothèse des conventions conclues par une personne morale avec un tiers, révèle la présence de hiérarchies entre conventions en dépit de la différence totale de parties aux deux actes hiérarchisés. Le principe de l'effet relatif, avancé pour justifier l'exigence d'une communauté au moins partielle de parties, ne peut d'ailleurs justifier cette condition. D'abord, la communauté de parties, lorsqu'elle n'est que partielle, n'empêche pas que la convention supérieure produise un effet sur une personne qui est un tiers à cette convention. Ensuite, rien n'indique *a priori* que la hiérarchisation de deux conventions porte atteinte à l'effet relatif des conventions. Il n'est donc pas nécessaire d'exiger que les conventions hiérarchisées soient unies par une partie commune.

495. À défaut de communauté de parties, les conventions liées par un lien de validité ont toutes un intérêt commun.

496. Cet intérêt se traduit le plus souvent par la présence d'un objet, entendu comme l'objet de la prestation, commun aux conventions hiérarchisées. Plus rarement, c'est une identité du but concret poursuivi par les conventions hiérarchisées qui relie ces actes. L'objet d'une convention, entendu comme l'objet du contrat, est alors la cause subjective de l'autre convention.

*

* *

497. Conclusion du titre premier – Une hiérarchie ne peut donc s'instaurer qu'en la présence de certaines conditions préalables : une pluralité de normes conventionnelles, un lien entre ces conventions.

Le premier élément préalable d'une hiérarchie conventionnelle est donc la pluralité de normes conventionnelles.

Ce point appelait d'importantes remarques. Contrairement à ce que pouvait laisser imaginer un certain nombre d'éléments, et notamment la distinction entre deux catégories de conventions (celles à la nature simple et celles à la nature juridique complexe – règlementaire ou institutionnelle), la place respective de chaque convention dans une hiérarchie est indifférente. Autrement dit, la nature juridique réputée pluri-dimensionnelle d'une convention ne fait pas obstacle à ce que sa validité soit conditionnée au respect d'une convention à la nature juridique « simple ». Ce constat, qui se marie difficilement avec l'analyse classique de la place de la convention dans l'ordre juridique, et en particulier avec la différence de traitement entre les conventions « simples » et les conventions « complexes », s'explique à nos yeux par l'unité de la notion de convention. Il n'existe sans doute pas en droit positif de conventions pluri-dimensionnelles. Cette position, qui émergeait dans les débats relatifs à plusieurs des actes concernés peut sans mal être généralisée, d'autant qu'elle est indéniablement soutenue par le constat de l'existence de rapports hiérarchiques entre conventions. Nier le dualisme de la nature juridique de certains actes permet en effet de justifier un constat qui serait incompatible avec l'analyse dominante. Cette position permet également, en affirmant la nature contractuelle de la société, du règlement de copropriété ou des conventions matrimoniales, de conforter l'ampleur du phénomène que nous avons décrit dans notre première partie (qui aurait pu être amoindri si l'on avait pris le parti de considérer que plusieurs des structures hiérarchiques exposées reposaient sur un acte dont la nature contractuelle était douteuse). La pluralité de conventions suffit donc, sur ce point, à permettre l'émergence d'une hiérarchie conventionnelle. La « nature juridique » des conventions hiérarchisées est indifférente.

En présence de normes conventionnelles, il reste à établir, pour voir poindre une hiérarchie entre conventions, une pluralité d'actes.

La pluralité de conventions, suppose, outre l'existence de plusieurs actes qui peut ne pas être évidente à caractériser, leur coexistence. Tel est le cas, même si la chose a pu être contestée, dans une chaîne de ventes. La vente exécutée ne s'éteint pas pour autant, son

existence est même tout au contraire la condition de la persistance du droit de propriété des acquéreurs successifs. Mais l'accent mis sur la pluralité de conventions a surtout permis de relever que le rapport entre plusieurs actes ne doit pas nécessairement être direct. Une convention peut en effet définir les conditions de validité d'une autre avec laquelle elle n'est reliée que par le truchement d'un autre acte de même nature ou par le biais (en matière de société ou de copropriété par exemple) d'un acte juridique unilatéral. Le rapport de hiérarchisation peut donc être indirect et s'éloigne parfois singulièrement des hypothèses de relations linéaires que nous avons décrites initialement. Ce constat révèle l'ampleur et l'importance concrète des hiérarchies conventionnelles (et même plus largement, d'origine conventionnelle). Il souligne aussi l'important rôle « conditionnant » ou « fondateur » du contrat qui est alors bien loin d'occuper le « rez-de-chaussée » de l'édifice normatif.

En présence de plusieurs normes conventionnelles, un lien doit enfin être établi entre les différents actes pour que la loi ait une raison d'établir une relation de nature hiérarchique. Ce lien se traduit par l'existence d'un intérêt commun. Dans la majorité des cas, cet intérêt réside dans une identité d'objet de la prestation entre les conventions hiérarchisées. Plus rarement, c'est un but commun qui unit les actes hiérarchisés. Concrètement, ce cas de figure recouvre l'hypothèse dans laquelle une personne morale contracte avec un tiers pour la réalisation de son objet social. L'objet du contrat, c'est-à-dire la réalisation de l'objet statutaire, est alors identique à la cause finale du contrat conclu par la personne morale.

En revanche, et bien que l'inverse ait pu être soutenu, la hiérarchisation de deux conventions ne suppose pas qu'elles soient reliées par une ou plusieurs parties communes. Cette communauté de parties, même si elle est en pratique très fréquente, ne s'impose pas comme une condition de l'instauration d'un rapport hiérarchique entre deux conventions. La pratique démontre que des conventions n'ayant aucune partie commune entretiennent des relations hiérarchiques (c'est l'exemple des conventions de la société contractante à l'égard des statuts). L'argument invoqué pour justifier cette condition, l'effet relatif des conventions, ne l'impose d'ailleurs pas. La présence d'une partie commune ne préserve en rien d'une éventuelle atteinte à l'article 1165.

498. Plusieurs normes conventionnelles ayant un intérêt commun peuvent donc potentiellement entretenir des relations de validité. Toutes les conventions qui ont un objet ou un but commun ne sont cependant pas aptes à se hiérarchiser. Encore faut-il que les éléments qui sont constitutifs de la nature hiérarchique du lien soient réunis.

TITRE SECOND – LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU LIEN HIÉRARCHIQUE.

499. **Définition d'une condition de validité** – La première partie de notre travail a mis en évidence une pluralité d'hypothèses dans lesquelles une convention n'était pas frappée d'invalidité de manière systématique lorsqu'elle portait atteinte aux stipulations d'une autre convention[1212]. Il serait tentant, dans le cadre de l'identification des éléments générateurs du lien hiérarchique, d'essayer d'identifier le ou les critères qui expliquent de manière générale pourquoi l'invalidité d'un acte est une sanction à « géométrie variable » et de déterminer ainsi les raisons pour lesquelles un rapport de validité n'existe que dans certaines circonstances précises. Cette observation pose une première question : *pourquoi, dans certaines structures hiérarchiques, l'invalidité n'est-elle pas prononcée de manière systématique ?*

500. L'étude de quelques structures dans lesquelles deux conventions sont étroitement liées, permet de constater que certains rapports conventionnels ne sont jamais hiérarchisés. La violation d'une clause de non-concurrence dans un contrat de travail ne conduit jamais à l'annulation de la convention liant le salarié débiteur de cette clause à son nouvel employeur. Le plus souvent, la sanction consiste en des dommages-intérêts voire à l'exécution forcée et à la résiliation du nouveau contrat de travail[1213]. Jamais, l'invalidité de l'acte n'est prononcée. Dans les rapports entre conventions collectives et contrats de travail, les clauses de ces derniers, contraires à celles de la convention collective, *« sont* ipso jure *remplacées par les clauses de l'acte collectif. Il est* [cependant] *de tradition d'écarter la nullité* stricto sensu *des clauses du contrat individuel »*[1214]. La convention collective se substitue de manière provisoire au contrat de travail qui est appelé à s'appliquer de nouveau si l'acte collectif cesse

[1212] Tel est le cas en matière de sociétés. Le dépassement de l'objet social n'est atteint d'une telle sanction que dans les sociétés à risque illimité. Tel est encore le cas en matière de pacte de préférence. La nullité de la vente conclue en violation de l'avant-contrat n'est encourue qu'à la condition que soit démontrée la connaissance par le tiers de l'existence de la préférence conventionnelle et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

[1213] Pour un inventaire des sanctions, cf., G. BLANC-JOUVAN, *J.-Cl. Travail, Traité*, v° Clause de non-concurrence, Fasc. 18-25, n° 166 et s.

[1214] J. PELISSIER, A. JEAMMAUD, A. SUPIOT, *op. cit.*, 24ème édition, n° 1074, p. 1337 ; Le principe s'inverse cependant si la convention collective prévoit que la violation de l'une de ses stipulations devra être sanctionnée par la nullité. La charte du football professionnel (qui « vaut convention collective ») prévoit par exemple à ses articles 254 et 255 une procédure d'homologation des contrats de travail dont le non-respect entraine la nullité des contrats non-homologués (article 256).

d'être applicable[1215]. La chose est également vraie, en principe, nous l'avons détaillée, en matière de conventions collectives de travail. Une seconde question se pose alors : *pourquoi la violation d'une convention par une autre n'entraîne-t-elle, dans certaines situations, jamais l'invalidité de la seconde convention ?*

501. Nous devons avouer avoir longtemps cherché à apporter à ces questions une réponse qui nous paraît, aujourd'hui, évidente. Si la violation de certains éléments entraîne l'invalidité d'un acte juridique, c'est parce que le législateur (ou le juge) a érigé cet élément en condition de validité. Il ne peut y avoir un lien de validité entre deux conventions que lorsque l'une des conventions définit un élément qui est considéré par le Droit comme une condition de validité de l'acte juridique subordonné. Nous en avons conscience, apporter cette précision *« revient à répondre à la question par la question elle-même, ce qui peut sembler totalement dépourvu d'intérêt »*[1216] et flirte avec le truisme. La question pourrait avoir un intérêt à la condition qu'elle soit approfondie. Il s'agirait alors de répondre à une nouvelle interrogation : pourquoi la loi (ou le juge) érige-t-elle un élément donné en condition de validité d'une convention ? Pourquoi le tiers acquéreur d'un bien objet d'un pacte de préférence doit-il être de bonne foi ? Pourquoi le vendeur doit-il être propriétaire de la chose vendue ? Pourquoi la modification de l'objet social est-elle opposable aux tiers dans certaines formes sociales seulement ? À nos yeux, il n'y a aucun autre élément commun de réponse à ces questions que le grand pragmatisme qui préside à l'érection d'un élément en condition de validité[1217]. Aucun élément, ou presque[1218], n'est par nature une condition de validité d'un acte juridique conventionnel. Ce sont des conditions d'opportunité, de justice, de sécurité juridique, autrement dit de politique juridique, qui dictent au législateur, ou au juge, ce qui doit être ou non considéré comme une condition de validité[1219]. La chose est particulièrement vraie de nos

[1215] J. PELISSIER, A. JEAMMAUD, A. SUPIOT, *op. cit.*, n° 1075, p. 1338.

[1216] J. GHESTIN, «Nouvelles propositions sur un renouvellement de la distinction entre les parties et les tiers », *précité*, n° 1.

[1217] En ce sens et sur ce point, v., M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *précité.*

[1218] En matière contractuelle, nous n'identifions pas un élément dont il soit acquis pour chacun qu'il soit par nature une condition de validité du contrat. Même le consentement n'est pas unanimement considéré comme un élément indispensable à la formation du contrat. V. Sur ce point la thèse de Monsieur G. ROUHETTE déjà citée.

[1219] M. MEKKI, *article précité,* p. 679 et 680 *« Il demeure difficile de savoir pourquoi et comment, à un moment donné et dans des circonstances données, les acteurs du droit concernés - juges et autorités diverses - décident de prononcer la nullité d'un contrat »* ; Ce pragmatisme se retrouve d'ailleurs à d'autres égards. Pour souligner le rôle du juge en matière d'annulation du contrat, Monsieur O. GOUT par exemple relève que l'opposition entre

jours[1220]. Il suffirait d'ailleurs pour s'en assurer de relever que nombre des conditions de validité d'actes juridiques ont un caractère relatif dans le temps[1221]. Déterminer ce qui préside à l'érection de tel ou tel élément en condition de validité d'une convention s'avèrerait sans doute très complexe. La difficulté de la tâche ne peut cependant justifier que l'on fasse le choix de l'écarter. Une autre considération nous conduit en revanche à mettre cette question à l'écart. Identifier les considérations concrètes qui conduisent à ériger tel ou tel élément en condition de validité d'un acte juridique ne nous apprendrait rien sur l'aptitude de deux conventions à se hiérarchiser. Identifier la raison qui justifie que l'on ne frappe pas de nullité ou d'inopposabilité le contrat de travail conclu en violation d'une clause de non-concurrence ne présente aucun intérêt spécifique dans le cadre de notre démarche. Pour cette raison, il ne nous revient pas de répondre aux deux questions posées. D'autres conditions ont en revanche un intérêt spécifique dans la perspective qui nous anime, nous les étudierons après avoir apporté une ultime précision.

502. **Catégories de conditions de validité –** L'affirmation précédente ne fait pas obstacle à ce que l'on puisse rapidement identifier quelques « catégories de conditions de validité ». Il nous semble que dans presque toutes les hypothèses de rapports hiérarchiques, l'influence de la convention supérieure à l'égard de la convention inférieure s'exerce sur deux catégories de conditions[1222] : la titularité des droits et/ou le pouvoir d'accomplir un acte conventionnel[1223].

503. **Titularité des droits –** Le fait que la convention supérieure définisse le titulaire de certains droits est assez évident dans certaines conventions. Toutes les conventions

---

la nullité relative et absolue, si elle ne doit pas être forcément condamnée, ne saurait être conçue comme un modèle intangible, *« les contingences du milieu* (le terme est emprunté à R. JAPIOT, *op. cit.,* p. 13), *auront toujours leur mot à dire* » écrit l'auteur v. *Le juge et l'annulation du contrat*, *op. cit*., n° 338, p. 226.

[1220] Comme l'a écrit Madame FABRE-MAGNAN qui relève que *« de plus en plus de dispositions législatives ou jurisprudentielles semblent dictées par des considérations concrètes et la doctrine peine alors à justifier d'un point de vue théorique et rationnel, des solutions qui ont été adoptées pour des raisons d'opportunité pratique et de circonstances d'espèces »,* « Introduction », *in, La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant,* Tome IV, 1999, LGDJ, 2000, p. 2.

[1221] En droit du travail par exemple, ce n'est que récemment que la jurisprudence a exigé l'existence d'une contrepartie sous peine de nullité de la clause de non-concurrence v. Soc. 10 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2491, Note Y. SERRA.

[1222] Mais la liste n'est pas nécessairement exhaustive.

[1223] Considérant le pouvoir comme une condition de validité des conventions, v. P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, *op. cit,* n° 91 et s., p. 74 et s., en particulier, n° 102 à 111 p. 82 à 89 ; v. encore l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, article 1108 et articles 1119 et s.

translatives de propriété que nous avons évoquées ont bien évidemment cet effet. Mais tel est également le cas de la convention matrimoniale qui, en répartissant les biens des époux dans les différentes masses, détermine la titularité des droits de chacun des époux sur ces biens. Tel est encore le cas du règlement de copropriété qui en définissant les parties privatives ou communes détermine, comme nous l'avons vu, le titulaire du droit de propriété sur la partie concernée. Tel est encore le cas, même si la chose est peut être moins évidente, lorsque la charte de la copropriété prohibe un usage déterminé d'un lot. C'est sur le fondement de l'adage *nemo plus juris*[1224] que doctrine et jurisprudence condamnent les conventions conclues en violation des restrictions posées par la charte de la copropriété[1225]. C'est encore cet adage qui fonde, comme le relevait Monsieur Neret, l'infériorité hiérarchique du sous-contrat à l'égard du contrat principal[1226]. Sans doute les conventions d'indisponibilité peuvent faire l'objet de la même analyse. Par cet acte, c'est bien nous semble-t-il la titularité des droits du propriétaire qui est atteinte. La propriété est comme l'écrit un auteur « amputée »[1227] par l'indisponibilité conventionnelle. La clause étudiée peut être conçue comme un démembrement du droit de propriété[1228] en conséquence duquel le propriétaire est « privé » du *jus abutendi*[1229]. Enfin, en matière d'avant-contrats, et plus particulièrement en matière de promesse unilatérale, une analyse dans les mêmes termes n'est sans doute pas impossible à tenir. *« Celui qui a consenti une promesse de vente[…] perd positivement, le droit de vendre à autrui la chose déjà promise […] S'il le fait, il dispose en réalité de ce qu'il n'a plus »*[1230/1231].

504. Attribution d'un pouvoir de contracter – La supériorité hiérarchique de la

[1224] H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4ème édition, Litec, n° 259, p. 506.

[1225] Civ. 3, 18 novembre 1992, *précité,* dans lequel la Haute juridiction énonce qu'un locataire *« ne peut prétendre avoir plus de droits que son propriétaire »*.

[1226] J. NERET, *op. cit*., n° 177, p. 143.

[1227] R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *précité,* n° 4, p. 6.

[1228] J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit*., n° 87, p. 101.

[1229] R.-N. SCHÜTZ, *Rép. Civ. Dalloz*, V°- Inaliénabilité, n° 83. C'est ce qu'admet la majorité de la doctrine contemporaine. Quelques auteurs analysent cependant cette clause comme une obligation de ne pas faire dont la violation est sanctionnée par la nullité sur le fondement de l'article 1143 du Code civil. V. en ce sens, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, n° 36, p. 78 et R. MARTY, *précité,* n° 14.

[1230] En ce sens, v. également, B. STARCK, *« Des conventions conclues en violation des droits contractuels d'autrui », précité,* n° 47.

[1231] À propos du pacte de préférence, v. Civ. 3, 4 mars 1971, *Bull. civ.* III, n° 164, p. 120, *D.* 1971, juris., p. 358, note E. FRANK, qui énonce que le pacte de préférence est une restriction au droit de disposer. Même si la solution a été abandonnée. v. Civ. 3, 16 mars 1994, *D.* 1994, p. 486, note A. FOURNIER.

convention supérieure peut également se manifester par l'attribution d'une *« aptitude à agir valablement dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »*[1232], autrement dit d'un pouvoir. Ce pouvoir peut être, classiquement, de représentation. Le mandat bien entendu, comme les statuts de la société, attribuent un pouvoir de cette nature au mandataire et au dirigeant de la personne morale. En matière de conventions collectives, les deux hypothèses dégagées attribuaient un pouvoir de représentation (des salariés) pour conclure (ou s'opposer à la conclusion) d'une convention ou accord collectif d'entreprise. Enfin, même si l'on réduit parfois le pouvoir à l'hypothèse de la représentation[1233], il peut également être d'une autre nature[1234]. Tel est le cas du pouvoir dont disposent les époux d'engager les biens de la communauté voire, dans quelques cas de figure, les biens propres de leur conjoint[1235].

505. Les quelques précisions qui précèdent ne sont que descriptives. Nous ne prétendons pas que toutes les hypothèses dans lesquelles un lien de validité voit le jour entre plusieurs conventions se réduisent nécessairement aux deux « catégories» citées. Le pouvoir n'est pas toujours une condition de validité d'un acte juridique. Quant à la titularité des droits, elle n'est pas non plus systématiquement une condition de validité d'un acte translatif[1236]. En outre, le choix d'ériger un élément en condition de validité étant un choix pragmatique, il ne peut pas se résumer de manière rigide à ces hypothèses. Toutes les précisions précédentes étant apportées, reste à préciser la condition qui nous apparaît indispensable à l'instauration d'un lien de nature hiérarchique entre conventions.

506. Quand bien même la convention supérieure aurait pour objet, ou pour effet, d'influencer la constitution d'un élément défini par le Droit comme un élément de validité d'un acte conventionnel, cet élément ne peut être considéré comme une condition de validité que dans la mesure où il est posé de manière impérative.

[1232] La définition est empruntée à Monsieur E. GAILLARD, *Le pouvoir de droit privé*, Economica, Coll. Droit civil, 1985, n° 75, p. 53 ; dans une perspective différente et donnant une définition différente, v. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, (préface A. LYON-CAEN), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 408, 2004. L'auteur définit le pouvoir comme la *« faculté d'imposer sa volonté à autrui »*.

[1233] V. D'ailleurs E. GAILLARD *Ibid.*, qui dans l'introduction de sa thèse relève cette assimilation, n° 5, p. 10.

[1234] *Ibid.*, n° 333 et s., p. 223.

[1235] Sur ces points v. *supra*, n° 223 et s.

[1236] V. sur ce point notamment, la thèse de Madame I. TOSI, *op. cit.*

507. Impérativité[1237] des conditions de validité – L'une des conditions de validité d'un acte juridique peut-elle être supplétive ? La question a de quoi surprendre. Instinctivement, une réponse négative semble s'imposer puisque l'invalidité de l'acte contraire aux dispositions d'une règle de Droit est souvent le signe distinctif de l'impératif et du supplétif. C'est parce que la loi indique notamment que ses dispositions s'imposent *« à peine de nullité »*[1238] ou que *« toute convention contraire est nulle »*[1239], que l'on pourra déterminer si ces dispositions sont ou non impératives. La traduction du débat en termes de hiérarchie accrédite les propos qui précèdent. La supériorité hiérarchique d'une disposition sur une autre suppose l'impérativité de la norme occupant le rang le plus élevé, autrement dit que cette norme ne puisse être valablement écartée par une convention[1240] (ou une manifestation de volonté[1241]) contraire. Le contrat, par exemple, que l'on présente volontiers comme étant inférieur à la loi n'est en réalité, comme le relève incidemment un auteur, hiérarchiquement inférieur qu'aux dispositions impératives de la loi[1242]. Le contrat ne peut dans la même logique être supérieur à une autre convention qu'à la condition que cet acte ne puisse lui déroger.

[1237] Sur la notion d'impérativité et sur son caractère polysémique v. C. GROULIER, « L'impératif dans la jurisprudence *Duvignères* : réflexion sur un "sésame contentieux" », *RFDA*, 2008, p. 941 et s. ; v. également la thèse de Monsieur R. CAPITANT, *op. cit*., en particulier l'opposition entre les règles impératives et supplétives, p. 69 et s.

[1238] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, *op. cit*., n° 455.

[1239] J.-P. GRIDEL, *Notions fondamentales de Droit et Droit français*, 2ème édition, Dalloz, 1994, p. 344 ; v. encore, implicitement, G. CORNU, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 338, p. 186, qui écrit que lorsque la question se pose, *« il y va de la validité du contrat litigieux »* ; F. PETIT, J.-C. MASCLET, *Introduction générale au droit, op. cit.*, p. 53.

[1240] P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit*., n° 41, p. 35.

[1241] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, *op. cit.*, n° 321, p. 297 il nous semble en effet que (même si c'est cette hypothèse qui retient particulièrement notre attention ici compte tenu de l'objet de notre recherche) une disposition supplétive peut être écartée par une manifestation de volonté qui ne soit pas conventionnelle. Tel est par exemple le cas d'une assemblée générale des copropriétaires qui par une modification du règlement choisirait de se réunir non, comme y invite la loi, dans la commune du lieu de situation de l'immeuble, mais dans une autre commune. L'éviction de la loi supplétive est dans ce cas de figure la conséquence d'un acte juridique unilatéral et non d'une convention. De manière générale, Monsieur C. GROULIER définit l'impératif dans l'acception retenue comme ce qui est non supplétif, c'est-à-dire, *« les normes dont les prescriptions [ne] peuvent [pas] être écartées par leurs destinataires au profit d'autres dispositions qu'ils définissent eux-mêmes », précité*, p. 942.

[1242] En ce sens, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Kelsen et la théorie générale du contrat », *in, Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, 2001, n° 2, p. 109, qui écrit que, *« le contrat est un acte juridique inférieur à la loi, du moins, à ses dispositions impératives »* v. également, H. KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 254, note de pas de page n° 33. Le traducteur écrit, *« le mot* Rechtsgeschäft *(…) couvre les actes juridiques faits par les particuliers(…) dont la première caractéristique est d'être d'un rang inférieur aux actes législatifs (du moins, à leurs dispositions impératives) »* ; À rapprocher de la thèse selon laquelle la règle supplétive se situe au dernier échelon de la normativité, C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, (préface G. VINEY), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 421, 2004, n° 114 à 130 p. 107 à 122, *spéc.* n° 128 à 130.

508. Les hypothèses dans lesquelles un contrat peut déterminer les conditions de validité d'un autre acte de même nature se trouvent inévitablement réduites par l'affirmation qui précède. Certes, quelques conventions sont dans une certaine mesure hors de portée des parties. Elles sont, en quelque sorte, frappées d'une immutabilité qui autorise à penser qu'elles puissent se comporter à l'égard d'une autre convention comme une norme constitutionnelle se comporte à l'égard de la loi (CHAPITRE PREMIER). En revanche, si l'on excepte ce cas de figure, le pouvoir de changer leur lien contractuel que les parties tiennent du Code civil semble, *a priori,* faire obstacle à la mise en ordre hiérarchique de deux conventions liant les mêmes parties. L'assertion, qui doit encore être vérifiée, conduit alors à admettre que l'existence d'un lien hiérarchique est conditionnée à la présence d'un tiers à la convention inférieure, puisque ce qui caractérise le tiers est précisément de *« ne [pouvoir] mettre fin à un contrat auquel il n'est pas partie, ni le modifier »*[1243] (CHAPITRE SECOND).

CHAPITRE PREMIER – L'IMMUTABILITÉ CONVENTIONNELLE DE LA NORME SUPÉRIEURE.

CHAPITRE SECOND – L'ALTÉRITÉ DE PARTIES.

[1243] J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ., précité,* n° 9.

CHAPITRE PREMIER – L'IMMUTABILITÉ CONVENTIONNELLE DE LA NORME SUPÉRIEURE.

509. Certaines des structures hiérarchiques que nous avons évoquées présentent une particularité. Pour des raisons qu'il ne nous appartient pas d'aborder ici, l'acte formé « *n'appartient plus à ceux de qui il émane* »[1244], ce qui se traduit alors par une certaine intangibilité de la convention initialement formée. Le contrat qui unit les parties et qui est d'ordinaire une norme conventionnellement supplétive à leur égard tend vers l'impératif. La validité d'un nouvel accord de volonté peut, dès lors, être conditionnée au respect de la première convention liant les mêmes parties. Cette impérativité conventionnelle peut être aussi bien absolue (SECTION I) que relative (SECTION II).

SECTION I – UNE IMMUTABILITÉ CONVENTIONNELLE ABSOLUE.

510. Dans quelques unes des structures pyramidales que nous avons étudiées, la convention supérieure tire le plus souvent sa supériorité hiérarchique de son immutabilité conventionnelle. Certains statuts de sociétés, comme le règlement de copropriété, ne peuvent en effet pas être modifiés par un accord de volonté des parties à ces actes.

511. La modification des statuts de la société – Les règles de modification des statuts sont en général strictement encadrées et soumises à un formalisme marqué, ce qui confère une certaine fixité à cette norme. Dans toutes les formes sociales, c'est toujours à la collectivité des associés qu'il échoit de modifier les statuts[1245]. Néanmoins, la forme de la décision de cette collectivité peut varier. À quelques exceptions près, c'est cependant souvent l'assemblée générale des associés qui est le seul organe compétent pour modifier les statuts. Tel est par exemple le cas en matière de société anonyme, en vertu de l'article L. 225-96 du code de commerce[1246]. Or, cet acte n'est pas une convention mais bien un acte juridique unilatéral

[1244] R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué selon l'ordre des articles du Code, Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, Tome I, Paris, C. Hingray, 1850, n° 16, p. 31.

[1245] Y. CHAPUT, *Rép. Dr. Société., Dalloz,* v° *Objet social*, n° 27.

[1246] *« L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs*

collectif. Un acte conventionnel ne peut donc modifier dans une société anonyme la constitution de la société.

512. Les statuts sont dans cette configuration une convention « conventionnellement impérative ». Les parties ne peuvent y déroger par un accord de volonté contraire. La Cour de cassation a ainsi censuré le règlement intérieur (conventionnel) d'une société anonyme instituant un droit de retrait des associés alors que les statuts ne le prévoyaient pas, et ce, alors même que toutes les parties aux statuts étaient également parties à l'acte extra-statutaire[1247]. Cette modification de fait de la « constitution » de la société entraîne systématiquement la nullité de la convention modificatrice. Ce qui est valable à l'égard des parties l'est d'ailleurs encore à l'égard des tiers. Tout acte conclu par d'autres que les associés qui aurait pour objet ou pour effet de modifier les statuts est pareillement atteint dans sa validité. Il suffit pour s'en assurer de se remémorer les développements consacrés à l'objet social[1248].

513. Le règlement de copropriété – Les mêmes remarques s'imposent à l'égard du règlement de copropriété. Cet acte ne peut être modifié, en vertu de l'article 26 de la loi du 10 juillet 1965, que par une décision de l'assemblée générale des copropriétaires prise à la majorité des deux tiers[1249], donc par un acte unilatéral collectif. Le respect de cette règle est impératif[1250]. Tout accord de volonté noué hors de ce cadre à l'unanimité des copropriétaires, fût-il recueilli dans un acte authentique, n'est pas de nature à modifier valablement la charte de la copropriété[1251]. Cet acte est conventionnellement impératif. C'est cette impérativité conventionnelle du règlement de copropriété qui permet techniquement d'expliquer que cette

---

dispositions ».

[1247] Civ. 1, 25 mai 2004, v. note F.-X. LUCAS, *RDC*, 2004, p. 1018.

[1248] Le respect de cette règle, qui n'est en principe imposé aux conventions de la société contractante que dans la mesure où cette dernière est une société à risque illimité, s'impose à toutes les conventions dès lors qu'elles ont pour objet ou pour effet de modifier voire de supprimer l'objet social puisque cela équivaut alors à une modification de fait des statuts. Or, une telle modification ne saurait être admise et entraîne invariablement la nullité de l'acte conventionnel modifiant les statuts. v. *supra* n° 203.

[1249] Voire à l'unanimité pour les modifications apportées aux clauses relatives aux droits et obligations des copropriétaires sur les parties privatives G. VIGNERON, *J.-Cl. Copropriété*, v° Règlement de copropriété, Etablissement, Modification, Force obligatoire, fasc. 77, n° 20.

[1250] G. VIGNERON, *Ibid.*, n° 52.

[1251] Civ. 3, 14 juin 2000, *Inédit, Loyers et copropriété*, 2000, comm. 239. La Cour de cassation censure dans cette décision une cour d'appel pour avoir retenu que *« les deux modificatifs* (établis par acte notarié) *ont été signés par l'unanimité des copropriétaires et n'avaient pas besoin d'être approuvés ou ratifiés par une assemblée générale pour être opposables à ses signataires ».*

norme conditionne la validité d'actes conventionnels conclus par l'ensemble des copropriétaires. Comme en matière de sociétés, la convention s'impose autant dans l'hypothèse dans laquelle les parties sont identiques que dans celle où elles sont, ne serait-ce que partiellement, différentes[1252].

514. Les deux exemples cités brillent par leur simplicité. La première convention ne pouvant être altérée que par un acte juridique unilatéral, son impérativité conventionnelle est évidente. L'impérativité de la convention appelée à occuper un rang hiérarchique supérieur à un autre acte de même nature est parfois moins absolue, elle ne s'impose pas moins pour autant.

SECTION II – UNE IMMUTABILITÉ CONVENTIONNELLE RELATIVE.

515. L'immutabilité des conventions matrimoniales – Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales est sans conteste l'illustration la plus commune d'une convention dont la modification échappe en principe aux parties. Pendant longtemps, le Code de 1804 a énoncé dans son article 1395 que *« les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage »*. La situation a depuis quelque peu évolué, puisque le législateur a introduit avec la loi du 13 juillet 1965[1253] la possibilité, deux ans après le mariage, de convenir d'un changement de régime matrimonial par acte authentique devant être homologué par un juge. Aujourd'hui, après une nouvelle intervention législative en date du 23 juin 2006, les époux peuvent modifier ou changer leur régime matrimonial par acte notarié en vertu de l'article 1297 alinéa premier du Code civil (l'homologation n'est alors requise qu'en présence d'enfants mineurs[1254] ou en cas d'opposition de personnes ayant été parties à la convention initiale, d'enfants majeurs ou des créanciers[1255]). Même s'il est

[1252] La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir déclaré nulle une convention, par laquelle deux copropriétaires seuls (sur plus de dix) avaient convenu de transférer la jouissance exclusive d'une partie commune d'un lot à un autre, pour la raison qu'aucun des titulaires d'un lot de copropriété *« n'a le pouvoir de modifier [les stipulations du règlement] par des conventions particulières »*, Civ. 3, 4 janvier 1990, *Inédit, Loyers et copropriété*, 1990, comm. 187.

[1253] Outre les possibilités d'apporter, avant la célébration du mariage, des changements au contrat de mariage dans des formes identiques au contrat lui même, en application de l'alinéa premier de l'article 1396 du Code civil.

[1254] Article 1397, alinéa 5.

[1255] Article 1397, alinéa 2, 3 et 4.

certainement en déclin[1256], le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales demeure[1257]. L'article 1396 du Code civil dans son troisième alinéa commence toujours par énoncer que *« le mariage célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial… »*.

516. La question de l'impérativité du contrat de mariage initial ne pose pas véritablement de problème dans l'éventualité dans laquelle les parties doivent faire homologuer leur convention par le juge. Elles n'ont alors pas, seules, le pouvoir de modifier la convention initiale. Cette dernière peut être sans trop de difficultés considérée comme étant impérative. La question se pose en revanche avec plus d'acuité lorsqu'une convention contraire sous la forme authentique suffit aux époux pour changer de régime matrimonial. Doit-on considérer que le contrat initial est encore impératif et apte à déterminer les conditions de validité d'une autre convention conclue entre les époux ? Une réponse positive s'impose. Il ne faut vraisemblablement pas concevoir la distinction entre l'impératif et le supplétif de manière trop *« radicale »*[1258]. Un auteur a démontré de manière très probante que la distinction évoquée *« n'obéit pas à un raisonnement binaire, forgé sur le mode du tout ou rien, dont les termes recouvriraient exactement l'opposition du permis et de l'interdit, de la liberté individuelle et de la contrainte normative. Lorsqu'elle n'est pas tout simplement neutralisée et dépassée, l'opposition du supplétif à l'impératif revêt une valeur relative, empruntant l'allure d'une palette aux nuances subtiles mais contrastées »*[1259]. Dans cet esprit, sans doute peut-on considérer que la convention matrimoniale que les parties peuvent modifier par un acte authentique sans homologation judiciaire demeure en partie impérative, dans la mesure où elle ne peut pas être modifiée par une convention qui ne revêtirait pas la forme exigée. Au-delà, toute convention conclue devant notaire (telle une vente immobilière ou une donation) n'est pas de nature à modifier valablement le contrat de mariage des époux dans la mesure où l'article 1397, alinéa premier, exige à peine de nullité que l'acte authentique modificatif contienne la liquidation du régime matrimonial modifié (si elle s'avère nécessaire). L'acte

[1256] N. PETRONI-MAUDIERE , *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, (préface B. VAREILLE) PULIM, 2004.

[1257] E. JEAMMIN-PETIT, *La libéralisation du changement de régime matrimonial*, *JCP G*., 2007, I, 108, n° 16 et 18.

[1258] F. TERRE, *Introduction générale au Droit, op. cit.,* n° 492, p. 418.

[1259] C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, (préface G. VINEY), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 421, 2004, n° 331, p. 299, plus largement v. n° 188 à 335 pp. 171 à 303.

rectificatif, même notarié, doit donc avoir expressément pour objet de modifier la convention matrimoniale. Un acte passé dans les formes prévues mais ayant seulement pour effet de modifier le régime matrimonial serait sans aucun doute frappé de nullité.

Si l'impérativité de la convention est relative, elle est cependant manifeste dans la mesure où la convention initiale ne peut pas être modifiée par un simple accord de volonté contraire. Le contrat de mariage initial tend vers l'impérativité. Les solutions retenues par le droit positif, lequel condamne les actes conclus par les époux entre eux ou avec des tiers[1260], ayant pour objet ou pour effet de modifier la convention matrimoniale, abondent en ce sens.

517. L'impérativité de la convention supérieure à l'égard des parties à la convention inférieure peut donc résulter, nous en avons donné quelques exemples, de l'immutabilité conventionnelle, plus ou moins marquée, de la première convention. Les parties dépourvues du pouvoir de modifier un acte sont alors impérativement liées. L'acte impératif peut s'imposer aux nouvelles conventions conclues par ces parties entre elles ou avec des tiers.

518. La présente éventualité n'est assurément pas la plus commune. L'impérativité de la convention supérieure se traduit plus couramment par la différence de parties aux deux conventions hiérarchisées.

[1260] F. TERRE P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 237, p. 172.

CHAPITRE SECOND – L'ALTÉRITÉ DE PARTIES.

519. *« Finalement, une hiérarchie peut-elle véritablement s'instaurer entre deux conventions alors que les parties conservent toujours la possibilité de se défaire du lien qu'elles ont elles-mêmes tissé ? »*. Cette interrogation, formulée par un Professeur d'Université au terme d'un échange informel alors que nous débutions notre recherche (imprégnés d'une vision très excessive de l'effet relatif des conventions, nous n'osions imaginer que deux conventions liant des parties différentes soient hiérarchisées), résume aujourd'hui encore dans une large mesure l'un des aspects conditionnant la mise en ordre hiérarchique de deux conventions. L'idée a depuis été affinée ; ce que nous pensions initialement être un critère de la hiérarchie n'en était qu'un signe, et nous avons fait le constat qu'une convention peut voir ses conditions de validité fixées par un acte conclu par des tiers. Quoi qu'il en soit l'intuition de ce Professeur était bonne. Le plus souvent la présence d'un voire plusieurs tiers à la première convention est nécessaire à l'établissement d'un lien hiérarchique (SECTION I), ce qui appelle inévitablement quelques précisions quant à la compatibilité de ce constat avec le principe de l'effet relatif des conventions (SECTION II).

SECTION I – L'INCOMPATIBILITÉ DU LIEN HIÉRARCHIQUE AVEC L'IDENTITÉ DE PARTIES.

520. Distinction des parties et des tiers – On ne saurait présenter la condition annoncée sans préciser brièvement ce que nous entendons ici par « tiers », cette notion étant empreinte d'un certain flou régulièrement souligné. La question a été, comme chacun sait, au cœur d'une controverse au cours des années 1990. Traditionnellement, les parties se définissent comme *« les personnes qui ont voulu conclure l'acte »*[1261], c'est-à-dire les « parties contractantes » comme les nomme l'article 1165 du Code civil (à ces parties, on assimilait de coutume les personnes représentées et les ayants cause universels et à titre universel). Seraient à l'inverse des tiers, dont la catégorie est définie par opposition à celle de partie, toutes les autres personnes. La doctrine retient alors quelquefois des sous-catégories de tiers, aux *penitus*

[1261] C. GUELFUCCI-THIEBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement du principe de l'effet relatif », *RTD civ.*, 1994, p. 277, spéc. n°7 à 9.

extranei seraient opposés des « faux tiers »[1262] ou des personnes occupant une situation « intermédiaire », dans la mesure où elles gravitent étroitement autour des parties[1263]. Après une première tentative de renouvellement de cette définition[1264], suivie de vives critiques[1265] et de contre-propositions[1266], Monsieur Ghestin proposa une seconde conception renouvelée de la distinction des parties et des tiers. De cette proposition il résulte que sont parties à une convention *« toutes les personnes qui, ayant conclu elles-mêmes ou par l'effet d'une représentation conventionnelle ou légale le contrat, y ayant adhéré lorsque la loi le permet, ou ayant été substituées aux parties contractantes par la transmission de leur situation contractuelle, autorisée ou imposée par la loi, sont liées, activement et passivement, par ses effets obligatoires et qui disposent des prérogatives caractéristiques de cette qualification, à savoir la faculté de modifier ou anéantir le contrat par la procédure contractuelle, c'est-à-dire un accord de volontés »*[1267]. La catégorie des tiers est, classiquement, définie en creux de la catégorie décrite. C'est cette dernière acception de la notion de « parties » et donc de « tiers » (que nous avons déjà adoptée tacitement au cours de ce travail), à laquelle nous nous tiendrons dans les développements qui suivent[1268]. Outre le fait qu'elle ait le mérite

[1262] V. également, sur le constat de l'émergence dans le contrat *« de personnes ne répondant pas directement à la notion classique de partie »* sans que ces personnes ne soient véritablement des tiers, C. CHARBONNEAU, F.-J. PANSIER, « Du renouveau de la notion de parties », *Defrénois*, 2000, p. 284.

[1263] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit*., n° 497, p. 512.

[1264] J. GHESTIN, « La distinction des parties et des tiers au contrat », *JCP G.*, 1992, I, n° 3628.

[1265] J.-L. AUBERT, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1993, p. 263.

[1266] C. GUELFUCCI-THIEBIERGE, *précité.*

[1267] J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction entre les parties et les tiers », *précité*, n° 26.

[1268] Il convient toutefois d'apporter une précision quant à la définition générale donnée par Monsieur GHESTIN. Si nous adhérons à presque toutes les propositions de l'éminent Professeur, et en particulier à la conclusion selon laquelle est une partie la personne qui a la faculté de modifier ou d'anéantir le contrat, nous pensons que cette possibilité ne peut se résumer comme le soutient l'auteur à la mise en œuvre de *« la procédure contractuelle, c'est-à-dire un accord de volonté »* (Notamment *Ibid.*, n° 9 et n° 26). Nous venons de le voir, la « modification » du contrat, qui emprunte normalement la voie conventionnelle, peut exceptionnellement résulter d'une autre manifestation de volonté, comme un acte juridique unilatéral. Si l'on dénie la qualité de partie à celui qui ne peut modifier la convention par le biais de la procédure conventionnelle, il faut alors nier la qualité de partie aux membres (non fondateurs) d'une association dont la modification des statuts impose une décision de l'assemblée générale des sociétaires. Assurément, cela n'est pas l'intention de Monsieur GHESTIN qui qualifie de parties à une convention *« les personnes ayant adhéré à une convention collective ou à une personne morale »* et qui considère que *« les acquéreurs d'actions d'une société anonyme, deviennent parties au contrat constitutif de cette dernière. À travers les organes représentatifs de la personne morale, par exemple l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme, ils pourront exercer leurs prérogatives de parties et modifier le contrat initial ou y mettre fin », (Ibid.*, n° 21*).* Sans doute est-il donc plus précis de considérer que sont parties à la convention (outre les autres éléments de la définition) ceux qui peuvent modifier ou anéantir le contrat par la procédure légalement exigée, c'est-à-dire le plus souvent la procédure contractuelle (un accord de volonté), ou

d'autoriser « l'actualisation » de la liste des parties et des tiers au contrat tout au long de l'existence de cet acte juridique[1269], cette proposition met à notre sens très justement l'accent sur un point décisif de la qualité de partie, la faculté qui y est ordinairement attachée de modifier le contrat par un accord de volonté.

521. C'est précisément en considération de cette prérogative qu'il nous paraît impossible de conditionner la validité d'un contrat à des éléments nés d'une convention liant les mêmes parties. Le droit dont jouissent les auteurs d'un acte de le modifier, et plus encore, la grande liberté avec laquelle ils peuvent apporter ces modifications, constituent des obstacles techniques à l'instauration d'un lien hiérarchique dans la situation décrite. À l'égard de ses auteurs[1270], la convention est alors une norme *« supplétive »*[1271] (§1). Cette conclusion condamne l'analyse en termes de hiérarchie des rapports que l'on présente pourtant communément comme étant noués par un lien de cette nature, ceux entre les contrats-cadres et les contrats d'application (§2).

§1. Les obstacles à la hiérarchisation de deux conventions liant les mêmes parties.

522. S'il est impossible d'admettre que lorsque deux conventions ont des parties identiques l'une détermine partiellement les conditions de validité d'une autre, c'est parce que les parties peuvent librement apporter les changements souhaités aux actes par lesquels elles sont liées (A). Outre cet argument là, d'un point de vue plus concret, il est également difficile de concevoir que des parties puissent par la production d'une nouvelle norme violer leur propre convention (B).

---

toute autre procédure exceptionnellement exigée.

[1269] Ce que rejettent certains soutiens de la thèse classique qui soulignent que la question est figée au moment de la formation de la convention, v. J.-L. AUBERT, *précité*, n° 55 : *« Il faut alors se convaincre de ce que l'article 1165 est un texte étroitement spécial. C'est le texte d'un moment, celui de la formation du contrat considéré. Son objet est strictement immédiat ».*

[1270] Par commodité de langage nous employons parfois ce terme « d'auteur ». Il sera alors utilisé comme un parfait synonyme de « partie ».

[1271] En ce sens, J. GATSI, *op. cit.*, n° 236, p. 148 qui relève à propos du contrat-cadre que les modalités prévues dans cet acte *« ne devront s'appliquer à un contrat d'application particulier qu'à défaut de manifestation de volonté contraire des contractants ».*

A. Liberté des parties de modifier leurs conventions.

523. Variétés des changements conventionnels envisageables – Deux conventions formées entre des parties identiques peuvent être unies par une identité d'objet ou participer à un même but. Les conventions peuvent être intimement liées au point d'être indivisibles[1272], l'existence d'un acte est alors parfois conditionnée au maintien de l'autre[1273]. Mais il ne s'agit pas là de hiérarchie. Cette notion suppose qu'un acte soit atteint non dans son existence mais bien dans sa validité, et ce, en raison d'un vice contemporain de la formation du contrat. Or, si les parties peuvent définir dans un acte les conditions d'un acte à venir[1274] rien ne les empêche, le moment venu, de former l'acte projeté à d'autres conditions que celles déterminées. Cette liberté est souvent réduite par la doctrine à l'alinéa second de l'article 1134 du Code civil, mais le changement des termes d'une relation contractuelle peut épouser bien d'autres formes que ce qu'il convient d'appeler le *mutuus dissensus*[1275]. Concrètement, les altérations apportées par les parties pourront être analysées selon les cas considérés comme une révocation mutuelle, une novation, une modification de la convention, une remise de dette ou pourquoi pas, une dation en paiement. Toute tentative de hiérarchisation des rapports contractuels des parties cède, selon nous, devant ces mécanismes. L'affirmation peut être étayée par quelques exemples.

524. Illustrations des altérations possibles – Imaginons l'hypothèse d'une chaîne de contrats translatifs de propriété ayant comme particularité de lier les deux mêmes parties. Dans un premier temps *primus* consent une vente d'un bien meuble à *secondus* puis, dans un second temps, *primus* consent à *secondus* une donation portant sur le même bien (plus précisément un don manuel d'un bien corporel[1276]). Si *secondus* n'était pas partie à la première convention, il y aurait assurément nullité de la donation pour la raison que le

[1272] Sur l'indivisibilité des conventions v. J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité entre les actes juridiques*, *op. cit.*

[1273] La résiliation d'un premier contrat entraînant, par exemple, la caducité de la seconde convention avec laquelle il est indivisiblement lié, v. Com. 5 juin 2007, *JCP G*, 2007, II, 10184, Note Y.-M. SERINET.

[1274] Elles peuvent par exemple valablement stipuler qu'une vente intervenue entre eux ne sera valable qu'à la condition de sa réitération par acte authentique v. Civ. 3, 12 octobre 1994, *Inédit, Defrénois*, 1995, p. 738, observations D. MAZEAUD.

[1275] R. VATINET, « Le mutuus dissensus », *RTD civ.* 1987, p. 252.

[1276] Ce qui évitera de troubler le raisonnement en raison du formalisme auquel est en principe soumise la donation en vertu de l'article 931 du Code civil. Le don manuel, dont le terrain d'élection est celui des biens meubles corporels, échappe à ce formalisme. Sur ces deux points, v. M. DAGOT, « Des donations non solennelles », *JCP G.*, 2000, I, 248 *in limine.*

donateur n'est pas propriétaire de la chose[1277]. Un lien de validité serait donc établi entre deux conventions. En revanche, l'identité de parties dans l'hypothèse formulée modifie la situation. La donation ne sera pas interprétée comme une violation de la convention supérieure mais, selon les circonstances, comme une remise de dette[1278], une convention révocatoire suivie d'une nouvelle convention ou encore comme une novation de l'une des obligations du contrat (si les parties ont par exemple souhaité conserver d'autres stipulations façonnant leur convention initiale, telle une clause d'inaliénabilité. Cette volonté distingue en effet la novation du *mutuus dissensus*[1279] qui efface pour sa part l'ensemble de la relation contractuelle, là où la novation ne porte que sur l'obligation[1280]). Quoi qu'il en soit, la manifestation de volonté nouvelle des parties permet de les délier des stipulations de leur première convention. Ceci est d'autant plus facile à admettre, et ce point est décisif, qu'une manifestation de volonté tacite suffit à former aussi bien une remise de dette[1281] qu'une novation[1282] ou une révocation mutuelle[1283], le droit civil ne consacrant pas, à l'inverse du droit administratif, le principe du parallélisme des formes[1284].

525. La même conclusion s'impose si l'on raisonne à propos d'une structure formée d'un

[1277] Si elle n'est proclamée par aucun texte, la nullité de donation de la chose d'autrui est néanmoins admise par analogie avec les articles 1599 et 1021 du Code civil v. en ce sens, Y. FLOUR, F.-J. PANSIER, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2008, n° 314-31.

[1278] Cet acte étant bien une convention, J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 2005, n° 1216, p. 1243.

[1279] R. VATINET, « Le mutuus dissensus », *précité*, n° 12, p. 260 et 261.

[1280] Même si un auteur a récemment soutenu que le contrat pouvait faire l'objet d'une novation, D. CHOLET, « La novation de contrat », *RTD civ.* 2006, p. 467 ; *contra*, pour une condamnation ferme et longuement développée, J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *op. cit.*, n° 845, p. 884 à889.

[1281] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *précité*, n° 1463, p. 1439.

[1282] *Ibid*., n° 1434, p. 1411.

[1283] R. VATINET, « Le mutuus dissensus », *précité*, n° 24, p. 270 et 27 ; cette souplesse se retrouve également en la matière sur le terrain de la preuve, la Cour de cassation refusant traditionnellement d'appliquer à la convention révocatoire les dispositions de l'article 1341 du Code civil. V. sur ce point, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 662, p. 706 et les arrêts cités.

[1284] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 476, p. 492, *« il ne semble pas qu'existe, à l'image du droit romain, un véritable parallélisme des formes » ;* R. VATINET, *précité*, n° 29, p. 274, *« le droit des contrats civils n'a pas érigé le parallélisme des formes en principe général »*, v. cependant, P.-Y. GAUTIER, « Où la Cour de cassation renoue avec le très ancien droit romain, en réintroduisant massivement le principe du parallélisme des formes dans la modification ou l'extinction des obligations contractuelles », *RTD civ*. 1996 p. 643 et « Le retour en force du parallélisme des formes (suite) : à propos de la modification d'un emprunt », *RTD civ.* 1998, p. 698 ; v. également le dernier projet connu de réforme du droit des obligations dont l'article 48 semble consacrer ce principe. V. ce projet sur le Blog de Monsieur HOUTCIEFF : http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet%20DACS%20modifié%20mai%202009-numéroté.pdf.

contrat principal et d'un sous-contrat. Nous l'avons vu, le contrat principal définit les conditions de forme et de fond du recours à la convention formée en sous-ordre. Si *primus*, après avoir conclu un contrat de bail avec *secundus*, contracte avec ce dernier un « sous-bail »[1285] portant sur une partie seulement du bien loué en violation d'une clause du contrat principal prohibant toute sous-location, il est inimaginable de voir la seconde convention frappée d'invalidité pour la raison qu'elle enfreint les conditions de validité du sous-contrat.

En premier lieu, les parties qui tirent de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil le pouvoir de révoquer leurs conventions, tirent également de ce même article *« le pouvoir de modifier l'obligation préexistante »*[1286]. Or, si l'on considère que la modification se définit *« comme l'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer en cours d'exécution un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie en maintenant le rapport contractuel »*[1287], alors il n'y a rien d'autre ici qu'une modification de la convention principale par le sous-contrat, modification autorisant la formation jusqu'alors prohibée d'un sous-contrat. Il y a donc un exercice régulier d'une faculté accordée par la loi, non violation d'une convention par une autre. Ici comme dans les autres « changements » apportés à une relation contractuelle, la modification peut être consentie de manière tacite[1288].

Au-delà de ce point, la sanction de l'invalidité du sous-contrat étant en principe

---

[1285] La qualification de sous-contrat est d'ailleurs rejetée dans cette hypothèse par Madame BONHOMME, v. *J.-Cl. Contrats et distribution, op. cit.,* n° 10 et 15.

[1286] A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Étude du Droit civil français*, (Préface TALLON D.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 166, 1980, n° 16, p. 5 et 6 ; en ce sens également et retenant une définition plus large de la notion de « modification », S. PONS, *« Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties » LPA*, 2008, n° 71, p. 4, spéc. n° 5.

[1287] A. GHOZI, *op. cit.*, n° 13, p. 4.

[1288] En ce sens, A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* qui écrit *« comme les parties sont déjà en relation, on admettra plus facilement que le silence de l'une sur l'offre de modification présentée par l'autre puisse valoir consentement tacite »*, n° 296, p. 229 ; v. *cependant,* A. GHOZI, *op. cit.*, n° 430 à 444, p. 175, à 181. L'auteur conclut *« qu'il convient de constater que l'acte modificatif n'est pas soumis au consensualisme pour des raisons diverses qui affectent soit sa validité, soit son efficacité »*, n° 444, p. 181. Pour l'auteur un écrit est nécessaire chaque fois que la nature des stipulations de la convention impose la solennité de l'acte modificatif, ce sur quoi la majorité de la doctrine s'accorde. L'auteur cite l'exemple d'une convention modificative qui ajouterait une hypothèque à un prêt en échange d'une modification du terme. Ici, évidemment, l'écrit est exigé par l'article 2416 du Code civil en vertu duquel *« l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié »*. Quand aucun texte n'exige un écrit à titre de validité, un écrit serait cependant toujours nécessaire à titre probatoire, en raison des dispositions de l'article 1341 du Code civil. Un auteur estime cependant, atténuant les propos qui précèdent qu'*« un écrit est requis sans doute pour la preuve de la modification, conformément à l'article 1341 du Code civil […mais] l'écrit n'est pas indispensable et le comportement des parties peut établir suffisamment la modification ; un courant de jurisprudence admet que la modification d'un contrat spécialement tacite, peut être établie par le comportement des parties et en particulier par des actes d'exécution »* v. G. ROUHETTE, *« La révision conventionnelle du contrat », RID comp.*, 2-1986, n° 14 p. 386.

l'inopposabilité du sous-contrat au contractant principal[1289], elle n'aurait dans ce cas de figure aucun sens. L'impossibilité de hiérarchiser deux conventions liant les mêmes parties apparaît encore.

526. L'analyse serait sans aucun doute similaire si *primus*, après avoir vendu un bien à *secondus* en stipulant une clause d'inaliénabilité, se portait acquéreur de ce bien dans une nouvelle vente en *« sens contraire »*[1290] formée avec *secondus*. S'il est possible d'hésiter sur la qualification à retenir, *mutuus dissensus* ou modification de la convention initiale accompagnée d'une convention nouvelle, il nous semble que la validité de la seconde convention formée est assurée dans la mesure où l'inaliénabilité conventionnelle stipulée peut parfaitement être levée par un nouvel accord de volonté, même tacite[1291].

527. Dès que les parties retrouvent la faculté de modifier par une simple convention un acte dont elles sont les auteurs, dès que la convention devient à nouveau supplétive à leur égard, l'idée de hiérarchie s'évapore. On peut le constater en matière de société civile[1292]. L'article 1854 du code de 1804[1293] autorise en effet les associés à modifier valablement les statuts dans un simple accord sous seing privé faisant foi de leur unanimité (la Cour de cassation a même un temps semblé admettre qu'un tel accord puisse être tacite[1294]). À l'égard des parties les statuts ne sont pas conventionnellement impératifs. La validité d'un pacte extra-statutaire, réunissant l'ensemble des associés, ne peut alors plus être conditionnée au respect des statuts

[1289] V. *supra*, n° 300 et s.

[1290] La formule est empruntée à P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK , *op. cit.*, n° 756, p. 375.

[1291] A. SERIAUX, *J. Cl. Civil, Code*, article 900-1 v° Libéralités, Dispositions générales, Clauses d'inaliénabilité, fasc. unique, n° 25. L'auteur évoque cette hypothèse dans le cas d'une donation, il nous semble que le raisonnement peut être valablement transposé à l'hypothèse dans laquelle l'inaliénabilité est stipulée à l'occasion d'un contrat de vente.

[1292] Comme en matière de SARL lorsque, en application de l'article L. 223-27 du Code de commerce, une disposition statuaire le prévoit.

[1293] *« Les décisions peuvent encore résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte »*

[1294] Civ. 1., 22 novembre 1994, *JCP E.*, 1995, p. 447, Observations J.-J. CAUSSIN et A. VIANDIER, dans lequel la Haute juridiction énonce que *« constatant que les prélèvements sur les bénéfices, opérés par M. X (...) de 1983 à 1986, l'avaient été d'un commun accord avec ses associés et retenant comme certaine l'intention des parties de s'en tenir à la répartition ainsi effectuée, la cour d'appel a justement décidé qu'il n'y avait pas lieu de revenir sur cette répartition, même si elle n'était pas conforme aux dispositions statutaires ». Contra*, Civ. 1., 21 mars 2000, *Bull. civ.*, I, 2000, n° 99, p. 66, *D.* 2000, p. 475, note Y. CHARTIER Arrêt qui casse au visa notamment de l'article 1854 la décision d'une cour d'appel qui avait retenu *« que la volonté contraire et unanime des associés peut être établie par tous moyens et se déduire du mode de fonctionnement de la société »*.

qui ne sont plus supérieurs aux accords formés par la totalité des associés[1295].

528. L'impossibilité de principe de hiérarchiser deux conventions dont les parties sont les mêmes est confirmée par l'étude de ces quelques illustrations trouvées en droit positif. Outre ce constat, l'idée même de violation de la norme supérieure, nécessaire à toute sanction, semble assez douteuse.

B. L'absence de violation possible de la norme supérieure par la norme inférieure.

529. L'impossibilité de violer une règle supplétive en y dérogeant valablement – Si deux conventions se hiérarchisent, si une convention est frappée de nullité ou d'inopposabilité lorsqu'elle viole les stipulations d'un autre acte de même nature, c'est parce qu'il est nécessaire de protéger la volonté d'une personne contre une atteinte se matérialisant par l'effet d'un acte juridique sur lequel elle n'a aucune emprise. La volonté et les intérêts du mandant sont protégés en frappant de nullité l'acte conclu en dépassement du pouvoir confié au mandataire ; la volonté et les intérêts de l'épouse sont protégés par l'invalidité de l'acte conclu par l'époux en violation des règles définies par le régime matrimonial conventionnel ; la volonté et les intérêts du contractant principal sont protégés par l'inopposabilité à son égard du sous-contrat conclu en violation du contrat principal. L'invalidité de l'acte est toujours une sanction de la violation[1296] de la convention supérieure par une autre convention et, presque invariablement, par un tiers. La nullité vient alors sanctionner, pour reprendre les termes d'un article célèbre, *« un contrat conclu en violation des droits contractuels d'autrui »*[1297].

530. Or, mises à part quelques hypothèses étudiées dans lesquelles les intérêts protégés dépassent ceux des parties[1298] (ou encore celle de vices du consentement), peut-on imaginer qu'une personne participe à la formation d'une convention en violation de ses propres droits, droits tenus d'un acte conclu avec le même partenaire ? Force est de constater qu'il est bien difficile d'envisager de répondre positivement à cette interrogation. S'il s'avère nécessaire de protéger un contractant *primus* des effets d'une convention à laquelle il n'a pu s'opposer parce

[1295] Si l'on met de côté les questions de publicité.

[1296] P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 382, p. 296 ; A. WEILL, F. TERRE, *op. cit.*, n° 285, p. 298.

[1297] B. STARCK « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *précité*.

[1298] V. *supra*, n° 509 et s.

qu'elle a été conclue par d'autres auteurs, *secundus* et *tertius*, cela apparaît inutile si *primus*, après avoir contracté avec *secundus*, contracte de nouveau avec ce dernier. Dans cette hypothèse, si une convention est formée sur un même objet (ou dans un même but) qu'une première mais en contradiction avec celle-ci, on aperçoit, plus que la violation d'une convention, le simple exercice de la liberté des parties de changer les termes de leurs relations. Les parties dérogent à une règle supplétive de volonté or, *« la dérogation à la règle supplétive ne peut jamais être tenue comme une violation de celle-ci »*[1299].

531. Pour toutes les raisons évoquées, et principalement parce que la grande liberté dont jouissent les parties pour modifier leurs conventions explique que ces actes soient supplétifs à leur égard, il n'est pas possible d'admettre que des relations hiérarchiques relient deux actes liant les mêmes auteurs. En dépit des opinions doctrinales souvent contraires, les relations entre les contrats-cadres et les contrats d'application ne nous semblent pas échapper à cette règle.

§2. L'absence de rapports hiérarchiques entre contrats-cadres et contrats d'application.

532. Bien qu'elle soit abondamment affirmée (A), la supériorité hiérarchique du contrat-cadre est condamnée par l'identité des parties unies par cette convention et par les contrats postérieurement conclus pour son exécution (B).

A. La supériorité présumée du contrat-cadre sur les contrats d'application.

533. Si la règle veut que la doctrine soit indifférente à l'idée que deux conventions puissent être liées hiérarchiquement, à l'instar des conventions collectives de travail, le contrat-cadre et les contrats d'application y font assurément exception. Le sentiment de la supériorité hiérarchique du contrat-cadre sur les contrats d'application est pour nombre de juristes presque naturel. La simple évocation de la problématique de notre thème de recherche a conduit l'immense majorité de nos interlocuteurs à immédiatement désigner cette structure comme preuve de l'existence des rapports de validité entre conventions. Si l'idée de hiérarchie en la matière est commune[1300] et fait presque l'unanimité[1301], elle ne se traduit ou ne se matérialise

[1299] C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, *op. cit.* n° 162, p. 146.

[1300] P. DIDIER, « À propos du contrat de concession : la station service », *D.* 1966, ch., p. 56 ; R. LEVACHER,

néanmoins pas toujours de manière très concrète. L'idée de supériorité entre ces deux conventions est souvent *« assez théorique »*[1302] et la doctrine ne s'attache pas toujours à démontrer « en quoi » le contrat-cadre serait hiérarchiquement supérieur aux contrats d'application. Lorsque cette supériorité est développée, elle l'est régulièrement de manière équivoque et l'on retrouve en la matière la confusion déjà dénoncée de l'utilisation simultanée de plusieurs des significations de l'expression « hiérarchie des normes ». En conséquence, les illustrations de la supériorité hiérarchique du contrat de base sur les contrats d'exécution sont aussi variées qu'hétéroclites. « Pêle-mêle », la domination du contrat-cadre résulterait de ce que ce dernier peut prévoir une clause de réserve de propriété ou une clause pénale applicable aux ventes à venir[1303], les modalités de transfert des risques dans les ventes successives[1304], les formes que devront respecter les parties pour la conclusion des contrats d'application[1305] ou les modalités d'exécution de ces dernières conventions[1306]. Cette supériorité résulterait encore du fait que la disparition du contrat-cadre entraine celle des contrats d'application[1307], alors que la disparition du contrat d'application serait sans effet sur l'existence du contrat-cadre[1308]. Enfin, mais la liste n'est sans doute pas exhaustive, le contrat-cadre lorsqu'il détermine les modalités de la fixation du prix des contrats d'application démontrerait encore qu'il occupe un rang supérieur aux conventions qu'il engendre.

534. En dépit de l'unanimité doctrinale qui se dessine, il nous semble que, dans le sens que nous retenons de la notion de hiérarchie des normes, un lien de cette nature n'existe pas entre

---

Thèse précitée, n° 107, p. 81 ; P. LE TOURNEAU, *J.-Cl. Contrats – Distribution*, v° Concession exclusive, Conditions de validité au regard du droit des contrats, fasc. 1025, n° 53 ; J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 221 à 292, p. 122 à 153 ; F. POLLAUD-DULIAN, A. RONZANO, *précité*, n° 39, p. 202 ; D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, *op. cit.*, n° 283, p. 179 ; A. SAYAG (direction), *Le contrat cadre*, Tome 1, *Exploration comparative*, Litec, Coll. Le droit des affaires, 1994, n° 132, p. 192 ; J. SCHMIDT, « Le prix du contrat de fourniture », *D.* 1985, ch., p. 177, (implicitement).

[1301] A. SAYAG, *précité*, n° 124, p. 87.

[1302] J. PERROUIN, *Thèse précitée*, n° 281, p. 148.

[1303] F. POLLAUD-DULIAN, A. RONZANO, *précité*, n° 40 à 42, p. 202 et 203.

[1304] *Ibid.* n° 39, p. 202.

[1305] J. SCHMIDT, *précité*, p. 177.

[1306] R. LEVACHER, *Thèse précitée*, n° 107, p. 81.

[1307] F. POLLAUD-DULIAN, A. RONZANO, *précité*, n° 44, p. 204 à 206.

[1308] P. DIDIER, « À propos du contrat de concession : la station service », *précité*, p. 59 ; P. LE TOURNEAU, *J.-Cl. Contrats – Distribution*, *précité*, n° 53 ; A. SAYAG, *précité*, n° 132, p. 92.

contrats-cadres et contrats d'application[1309].

B. La supériorité hiérarchique condamnée du contrat-cadre sur les contrats d'application.

535. Les « fausses »[1310] illustrations d'une hiérarchie des normes – Il existe une hiérarchie lorsque s'instaure un rapport de validité entre deux normes par lequel une norme, dite supérieure, détermine les conditions de la validité d'une autre norme, dite alors inférieure. Parce qu'elles ne sont pas des hypothèses permettant de vérifier qu'une convention détermine les conditions de la validité d'autres actes de même nature, nombre des manifestations de la supériorité du contrat-cadre sur les contrats d'application doivent être exclues de notre étude. C'est le cas des signes de la supériorité du contrat-cadre se manifestant sur le terrain de l'exécution ou des effets du contrat d'application, alors que la validité d'un acte juridique s'apprécie lors de sa formation. C'est encore le cas des illustrations qui, bien que placées sur le terrain de l'existence ou de la validité des conventions, sont insuffisantes à caractériser l'existence d'un lien de validité entre deux conventions.

536. Les manifestations de la supériorité supposée du contrat-cadre s'imposant sur le terrain de l'exécution du contrat sont légion. Tel est le cas de la clause de réserve de propriété. Il en est de même à propos des clauses pénales, des modalités d'exécution (quelles qu'elles soient, livraison, assurance *etc.*) ou encore du transfert des risques dans la vente. Toutes ces clauses,

[1309] Précisons qu'il ne s'agit bien entendu pas ici de nier l'existence d'un rapport hiérarchique en raison de l'unité que pourrait former la structure formée par une contrat-cadre et des contrats d'application. Nous nous rangeons à la thèse majoritaire en la matière qui admet l'autonomie des contrats d'application et la dualité de normes qui en résulte (v. cependant pour une tonalité sensiblement dissonante, J. RAYNARD, note sous Civ. 1, 25 novembre 2003, *JCP G*, II, 10046, qui constate que certaines décisions *« incitent à une perception unitaire (…) de ce contrat »* et mettent en évidence la *« mue qui s'opère de l'accord cadre nanti de ventes d'application au contrat de fourniture, contrat unique à exécution successive »*, en particulier n° 8). Il n'est pas non plus question de soutenir l'idée que le contrat-cadre soit inapte à déterminer les conditions de validité de toute autre convention. Cela pourrait au contraire être le cas si le contrat-cadre contenait une clause d'inaliénabilité ou un pacte de préférence (v. par exemple sur ce point, J. RAYNARD, « La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution », *JCP E*, 2005, *Cah. dr. entr*. n° 3, p. 34). Nous entendons simplement nier le fait que le contrat-cadre puisse définir les conditions de validité d'un contrat d'application conclu entre les mêmes parties (la chose pourrait être différente dans l'hypothèse, plus rare mais néanmoins courante, de contrats-cadres et des contrats d'application liant des parties différentes).

[1310] Le terme fait écho à celui retenu par Monsieur MORVAN pour rendre compte des relations entre conventions et accords collectifs de travail. L'auteur intitule le premier paragraphe de l'une de ses contributions *« fausse hiérarchie des normes, véritable conflits de normes »*, v. « Conventions et accords dérogatoires après la loi du 4 mai 2004 : de la théorie des flaques d'eau », *précité*, n° 45, p. 37. Le terme est excessif mais présente l'avantage de la simplicité et d'un caractère marquant. Il est cependant à relativiser. « Fausses » s'entend par rapport à la définition que nous avons retenue. Nous n'entendons bien évidemment porter aucun jugement de valeur sur le fait que telle ou telle acception de la hiérarchie des normes soit plus « vraie » qu'une autre.

si elles lient les parties en vertu de l'article 1134 du Code civil et s'imposent donc à elles en l'absence de manifestation de volonté contraire lors de la formation des contrats d'application, aménagent les effets ou l'exécution des contrats d'application. Elles ne visent pas à définir leurs conditions de formation. Ces stipulations, si elles peuvent éventuellement faire la preuve de l'existence de rapports hiérarchiques dans les autres acceptions que nous avons présentées de la notion de « hiérarchie des normes » sont, pour la raison évoquée, impuissantes à révéler l'existence d'un rapport de validité entre contrats-cadres et contrats d'application.

537. Une conclusion identique s'impose à propos des manifestations de la supériorité du contrat-cadre tenant à l'effet respectif de la nullité du contrat-cadre ou du contrat d'application sur l'autre convention de la structure. Au-delà du fait que la question semble être plus complexe que la formule par laquelle elle est parfois résumée[1311], si le débat est porté ici sur l'existence, voire la formation des deux conventions, les situations évoquées n'illustrent pas plus l'aptitude du contrat-cadre à déterminer les conditions de validité des contrats d'application. Le seul fait que la nullité des contrats d'application n'entraine pas la nullité du contrat-cadre ne permet en rien de montrer que cette convention détermine les conditions de validité des actes qu'elle engendre. La précision est évidente, il n'est pas besoin d'y prêter plus d'attention. Quant à l'effet de la nullité du contrat-cadre sur les conventions postérieures, il ne nous semble pas plus s'inscrire dans l'optique qui est la nôtre. L'existence du contrat-cadre est visiblement parfois pour la Cour de cassation une condition de la validité des contrats d'application, puisqu'à défaut de sa présence, ces derniers sont nuls. Cela étant, si la validité du contrat-cadre est une condition de la validité des contrats d'application, cela ne signifie pas que le contrat-cadre définisse les conditions de validité des conventions successives. Il « est » une condition de validité, il ne « détermine » pas les conditions de validité. La nullité de la convention d'application n'est pas la sanction d'une violation d'une

[1311] En ce qui concerne l'effet de la nullité du contrat-cadre, Monsieur LEVACHER soutient que celle-ci ne doit rejaillir sur les contrats d'application que dans la mesure où le contrat-cadre stipulait une obligation de contracter. À défaut, l'autonomie juridique du contrat d'application et sa conformité aux règles du droit commun des contrats suffit à en assurer la validité (*Thèse précitée*, n° 115, p. 86). Monsieur GATSI quant à lui soutient avec fermeté que *« les litiges relatifs au contrat-cadre et en particulier sa nullité ne devraient pas atteindre les contrats d'application déjà conclus »* et assure d'ailleurs que les arrêts de 1995 relatifs à la détermination du prix consacrent cette solution (*ouvrage précité*, n° 421 à 428 pp. 289 à 296, v. également tendant en ce sens, Com. 19 mars 1996, *JCP E*,, 1997, p. 617, en particulier n° 35, observations J. RAYNARD, ici, la Cour de cassation fait produire des effets aux contrats d'application en dépit de l'annulation du contrat-cadre ; v. encore, en ce sens, A. SAYAG, *précité*, n° 154 à 160 pp. 110 à 115) ; quant à l'effet de la nullité des contrats d'application, si la doctrine semble considérer qu'elle ne doit pas rejaillir sur le contrat-cadre, elle n'est pas toujours suivie sur ce point par la jurisprudence (v. P. DIDIER, « À propos du contrat de concession : la station service », *précité*, p. 59) et certains auteurs admettent qu'il peut en aller autrement lorsque les parties ont entendu lier indivisiblement l'ensemble des conventions de la structure (v. sur ce point, F. ARHAB « Les conséquences de la nullité (ou de la résolution) d'un contrat au sein des groupes de contrats », *RRJ*, 1999-1, n° 40, p. 194).

stipulation du contrat-cadre (auquel cas il y aurait un rapport de validité) ; ce n'est pas en référence aux stipulations du contrat-cadre que sera jugée la validité du contrat d'application, mais en référence à son existence même. La situation évoque plus l'absence de cause[1312], l'indivisibilité[1313] ou le rapport d'accessoire à principal[1314], que la hiérarchie.

538. L'influence du contrat-cadre sur la formation du contrat d'application – Plusieurs des marques de supériorité du contrat-cadre sur les contrats d'application qui sont généralement évoquées, ne s'inscrivent donc pas dans la perspective que nous avons retenue. Dans quelques hypothèses, l'étude des relations entre les deux conventions étudiées pourrait être de nature à laisser apparaître des liens de validité entre contrats-cadres et contrats d'application. Certains auteurs placent d'ailleurs ouvertement le débat sous l'angle du rapport de validité entre le contrat de base et les contrats d'exécution. Il est alors possible de lire sous la plume de certains d'entre eux que *« la spécificité du contrat cadre est de conditionner la validité et le contenu d'autres actes juridiques, comme l'article 1108 le fait à l'égard des conventions »*[1315]. Tel serait le cas lorsque le contrat-cadre impose les formes dans lesquelles devront être passés les contrats d'application, puisque l'on avance que « *les parties sont* [alors] *obligées de respecter les règles de* modo contrahendi *imposées par l'accord-cadre […]*

[1312] « *La convention-cadre étant la cause juridique* » du contrat d'application, v. P. DIDIER, « À propos du contrat de concession : La station service », *précité*, p. 56 ; A. SAYAG (direction), *précité*, n° 152, p. 109, La cause du contrat d'application *« se trouve en quelque sorte déjà établie dans le contrat initial »*.

[1313] *Contra*, J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques, op. cit.,* n° 67, p. 107 *« l'indivisibilité […]n'explique rien pour statuer sur la disparition des contrats d'application »*, l'auteur opte « plutôt » pour une manifestation du rapport d'accessoire à principal.

[1314] F. ARHAB, « Les conséquences de la nullité (ou de la résolution) d'un contrat au sein des groupes de contrats », *RRJ*, 1999-1, n° 37 p. 190 et 191, v. également à la même page l'idée développée brièvement par l'auteur, à laquelle elle n'adhère pas, selon laquelle l'annulation des contrats d'application subséquente à l'annulation du contrat-cadre méconnait la dualité de conventions normalement admise et réduit la figure du contrat-cadre à un contrat à exécution successive.

[1315] R. LEVACHER, *Thèse précitée, n°* 110, p.82. D'autres développements consacrés par l'auteur à la question illustrent l'équivoque que nous soulignons plus tôt. Monsieur LEVACHER mêle formation et exécution des conventions. Si certains des arguments qu'il invoque renvoient aux manifestations de la hiérarchie que nous avons exclues, il n'en demeure pas moins qu'il place en partie le débat sur les conditions (de forme et de fond) de la validité des contrats d'application notamment à la fin de l'extrait suivant : *« Le contrat cadre occupe une position hiérarchique supérieure aux contrats d'application en ce qu'il en détermine, au moins pour partie les modalités de formation et d'exécution. Il agit en ce sens comme la loi définissant les conditions de validité des conventions. Il occupe une position hiérarchique supérieure à celle des contrats d'application ensuite dans la mesure où la nullité ou la validité de ceux-ci ne produit pas d'effet sur sa validité propre[…] il s'impose [aux contractants] en vertu de sa force obligatoire, mais il conditionne également leur liberté en imposant certaines formes et un certain contenu dans leurs relations contractuelles à venir, et il conditionne par là même la validité d'autres actes juridiques » Ibid.*, n° 107, p. 81, v. encore dans le même sens, n° 112 et 113, p. 84.

pour assurer la validité des contrats d'application »[1316]. Cette validité pourrait également être conditionnée à des conditions de fond[1317] posées par le contrat-cadre, et l'on peut alors penser à la question de la détermination du prix. S'il est en effet acquis depuis un retentissant revirement de jurisprudence[1318] que la validité du contrat-cadre ne suppose plus que cet acte détermine le prix des contrats d'application, cette possibilité n'est pas pour autant exclue. En outre, à défaut du prix, le contrat-cadre détermine souvent les modalités qui permettront de déterminer ce prix – par une référence à un prix « fournisseur » ou « catalogue »[1319]. Sans déterminer directement le prix, le contrat-cadre apparaît alors comme une norme en référence de laquelle cette condition de validité de la vente sera établie.

539. L'argument est intéressant, et il est indéniable que c'est ici le stade de la formation des contrats d'application que vise le contrat-cadre. C'est également bien une condition de la validité du contrat d'application qui semble être déterminée par le contrat-cadre. Mais là encore, l'idée de hiérarchie doit céder devant la faculté reconnue aux parties de modifier à tout instant les conventions par lesquelles elles sont liées. Telle est la règle en matière de droit commun, il n'en va pas différemment en matière de contrats-cadres. La doctrine est unanime, les parties à une structure composée d'un contrat-cadre et d'un contrat d'application ne sont tenues par les stipulations de la première convention que dans la mesure où elles ne manifestent aucune volonté contraire dans les contrats d'application[1320]. Cela conduit d'ailleurs Monsieur Gatsi à écrire dans sa thèse sur le contrat-cadre que s'il existe une hiérarchie en la matière, cette dernière offre une particularité puisque *« si parmi les normes juridiques, les normes inférieures doivent respecter les normes supérieures, il en va*

[1316] O. FEVROT, « Contribution à une théorie des avant-contrats administratifs : l'exemple de l'accord cadre », *RDP*, 2008, p. 378; v. encore, J. SCHMIDT, « Le prix du contrat de fourniture », *précité* p. 177, *« Le contrat cadre oblige, toujours, à observer lors de l'éventuelle conclusion [des contrats d'application] (…) les modalités qu'il détermine par avance »* (même si ici l'auteur n'évoque pas explicitement les termes de nullité ou de validité).

[1317] V. R. LEVACHER, citation rapportée ci-dessus.

[1318] Ass. Plén., 1er décembre 1995, *Bull. civ.* AP, 1995, n° 7, 8 et 9, p. 13 à 16, v. entre autres, *JCP G.*, 1995, II, 22565, conclusions M. JEOL, et observations J. GHESTIN ; *D.* 1996, p. 13, note L. AYNES ; *Defrénois* 1996, p. 747, observations P. DELEBECQUE; *RTD civ.* 1996, p. 153, observations J. MESTRE ; *JCP G.*, 1996, II ; *JCP E*, 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; *JCP E.*, 1996, I, 523, n° 7, observations J.-M. MOUSSERON.

[1319] V. par exemple l'un des arrêts du 1er décembre 1995, *Bull. civ.* AP., 1995, n° 8.

[1320] J. GATSI, *op. cit.*, n° 172, p. 114, v. également, n° 236, p. 148 ; F. POLLAUD-DULIAN, A. RONZANO, *précité*, n° 42 et 43, p. 203 et 204 ; M. S. ZAKI, « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », *RID comp.*, 4/1986, n° 133, p. 1093, *« Nul ne doute que les parties peuvent d'un commun accord supprimer la clause de forme »*.

différemment du contrat-cadre. Les stipulations du contrat initial ne sont applicables entre les contractants que si une nouvelle manifestation de volonté ne vient pas les écarter au moment de la conclusion d'un contrat particulier »[1321]. Les exigences en matière formelle ne semblent pas être différentes de celles du droit commun. Une manifestation de volonté certaine, même tacite, suffit à délier les parties, l'exigence d'un écrit ne semble pas là non plus s'imposer[1322].

540. Nous l'avons souligné de manière générale à propos du contrat et cela s'avère également exact en matière de contrat-cadre, cette norme *« est une sorte de loi supplétive des parties »*[1323]. Or, une condition de validité ne peut être qu'impérative. Le contrat-cadre ne peut donc pas définir les conditions de validité des contrats d'application. Il n'est pas, si l'on s'en tient à la signification que nous avons retenue de ce terme, une norme hiérarchiquement supérieure aux contrats d'application.

541. La faculté dont jouissent les parties à une convention de pouvoir la modifier librement, fait donc obstacle à ce qu'elles puissent définir dans un acte les unissant les conditions auxquelles seront soumises des conventions conclues entre elles à l'avenir.

542. Parce que les tiers ne peuvent au contraire pas modifier une convention à laquelle ils ne sont pas parties, la présence d'un tiers est le plus souvent une condition de l'établissement d'un lien de validité entre deux conventions. Il est évidemment superflu de faire la démonstration de ce que deux conventions liant des parties différentes peuvent entretenir des relations hiérarchiques. L'essentiel de notre recherche a été directement ou indirectement consacré à l'étude de pyramides conventionnelles de ce type. En revanche, il serait difficilement compréhensible que l'on ne traite pas, ne serait-ce que brièvement, de la compatibilité de ce constat avec le principe énoncé à l'article 1165 du Code civil.

[1321] J. GATSI, *op. cit.*, n° 172, p. 114.

[1322] A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padoue, 1949, cité par M. S. ZAKI, n° 134, p. 1094 : *« Les parties peuvent par simple accord oral, déroger à une clause de forme même écrite et alors qu'il a été expressément stipulé que toute dérogation doit, elle-même, sous peine de nullité, respecter la forme convenue, celle-ci n'étant pas impérative, à la différence du formalisme légal »* (nous soulignons) ; F. POLLAUD-DULIAN, A. RONZANO, *précité*, n° 43, p. 204, à propos de la clause de réserve de propriété : *« il importe de préserver la possibilité […] d'une acceptation certaine bien que tacite »* ; *contra*, M. S. ZAKI, *précité*, n° 136, p. 1095 : *« Une norme écrite ne peut être abolie par une pratique de valeur moindre. Si les parties veulent écarter une clause de forme, elles doivent le faire savoir par écrit. Cela ne leur coûte rien et évite tant de malentendus !»*. L'auteur atténue cependant quelque peu ses propos par la suite en admettant qu'une modification ponctuelle peut être tacite, n° 137, p. 1095.

[1323] J. GATSI, *op. cit.*, n° 433, p. 297.

SECTION II – COMPATIBILITÉ DE L'ALTÉRITÉ DE PARTIES AVEC L'EFFET RELATIF DES CONVENTIONS.

543. Le principe de l'effet relatif des conventions est sans doute l'un de ceux qui ont fait couler le plus d'encre. Les articles[1324], les thèses[1325] ou les développements consacrés à la question dans les plus grands manuels ou traités de droit des obligations[1326], assèchent sans doute considérablement la matière. Tout ou presque a été dit sur le principe de l'effet relatif des conventions. Nos ambitions ne peuvent être en conséquence que bien modestes, elles se limitent à répondre à cette question : comment expliquer qu'une convention puisse déterminer les conditions de validité d'une autre convention, lorsque cette dernière lie un tiers au premier acte, sans que l'article 1165 du Code civil ne s'y oppose ?

544. *A priori,* on pourrait percevoir la hiérarchisation de deux conventions liant des parties différentes comme l'une des plus graves atteintes à l'effet relatif des conventions. À contre courant de ce sentiment, nous voudrions souligner que l'effet relatif ne nous semble en rien atteint par la hiérarchisation de deux conventions liant des auteurs différents (§1) et qu'à prêter attention à la question, force est d'admettre que le respect du principe énoncé à l'article 1165 est même parfois assuré par l'instauration d'un lien hiérarchique entre deux actes conventionnels (§2).

§1. L'absence d'atteinte à l'effet relatif des conventions par la hiérarchisation.

545. L'apparente atteinte à l'effet relatif – L'idée qu'une convention puisse être frappée de nullité ou d'inopposabilité pour la seule raison qu'elle est contraire aux stipulations d'une autre convention dont les parties sont différentes, peut incontestablement apparaître comme

[1324] R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.,* 1934, p. 525.

[1325] Chronologiquement, A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse Strasbourg, Dalloz, 1938 ; S. CALASTRENG, *La relativité des conventions*, Thèse Toulouse, 1939 ; J.-L. GOUTAL., *Essai sur le principe de l'effet relatif des conventions*, (préface H. BATIFFOL), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 171, 1981 ; v. encore, F. BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, (direction P. MALINVAUD), Thèse Paris II, 1979 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, *op. cit.* ; R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et en droit allemand*, (préface J. GHESTIN) LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 426, 2004 ; v. également, M. FONTAINE, J. GHESTIN, (Direction) *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 227, 1992.

[1326] V. les références citées *infra*, n° 548.

difficilement compatible avec la relativité des conventions. C'est d'ailleurs pour cette raison que Monsieur Perrouin faisait de l'identité de parties une condition de la hiérarchisation des conventions[1327]. Il n'est d'ailleurs presque pas une structure hiérarchique qui échappe aux observations, plus ou moins approfondies, en ce sens. Lorsque la mise en ordre hiérarchique est le fruit de dispositions législatives, le propos se limite souvent à souligner le caractère dérogatoire au principe de l'article 1165 de certains mécanismes évoqués. C'est le cas du mandat[1328] ou encore des chaînes translatives de propriété[1329] (le caractère réel du droit transféré suffit en la matière à couper court à tout véritable débat). Le propos est parfois plus construit, les atteintes ou dérogations à l'effet relatif ont abondamment été soulignées en matière de société, d'association ou de règlement de copropriété[1330]. Dans ces dernières hypothèses, plus que de s'opposer à la hiérarchisation des conventions, les prétendues dérogations à l'article 1165 du Code civil ont souvent conduit à la disqualification des actes concernés[1331].

546. Dans d'autres structures en revanche, dans lesquelles l'influence des stipulations contractuelles sur la validité d'autres actes liant des parties différentes est œuvre du prêteur, la règle tirée de l'adage *res inter alios acta*[1332] a parfois conduit le juge ou la doctrine à critiquer, pour cette raison, l'établissement d'un lien de validité entre deux conventions. Les victimes de la violation d'un pacte de préférence *« se sont* [assez classiquement[1333]] *heurtées au principe,*

[1327] *Adde*. les références citées en introduction, *supra*, n° 24.

[1328] v. à cet égard la remarque de BARTIN, *« faire naître en la personne d'un tiers les droits et les obligations résultant d'un acte auquel il n'a point concouru, sous la seule condition d'une entente préalable entre lui et l'un des contractants, c'est donner effet vis-à-vis de l'autre à une convention qui lui est étrangère, la convention du mandat : c'est faire manifestement une brèche au principe* res inter alios acta », cité par A. WEILL, *op cit*., n° 180, p. 316 et 317.

[1329] Civ., 22 juin 1864, *DP*, 1864, 1, p. 412, la Cour de cassation énonce que *« déclarer opposable aux tiers les titres réguliers de propriété, ce n'est aucunement prétendre qu'il ne peut résulter de ces titres une modification quelconque aux droits des tiers ; et qu'ainsi la règle de l'article 1165, qui ne donne effet aux conventions qu'entre les contractants, est ici sans application »*, p. 414. Plus généralement en matière de groupes de contrats (la question dépasse alors celle qui nous occupe ici) v. M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, *op. cit.* ; B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, *op. cit.*, notamment, n° 20, p. 10 et 54 à 61, p. 25 à 29.

[1330] Par exemple P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », *précité*, p. 640 *« Les contrats organisation échappent de plein droit à la règle de l'article 1165 »*.

[1331] V. *supra* n° 366 et s.

[1332] H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4ème édition, Litec, n° 393, p. 776.

[1333] P.-Y. GAUTIER, « Inefficacité du pacte de préférence : même la publicité foncière ne lui est d'aucun secours », *RTD civ.*, 1999, p. 644.

inhérent à tout contrat, de l'effet relatif »[1334], tout comme celles aspirant à faire respecter une convention d'inaliénabilité[1335].

547. L'absence d'atteinte à l'effet relatif des conventions – En dépit des quelques observations régulièrement formulées dans les débats relatifs à chacune des structures hiérarchiques que nous avons exposées, il faut affirmer que l'effet relatif des conventions n'est jamais heurté dans aucune des situations citées. Outre les justifications consistant à relever le caractère réel de certaines situations[1336], dont on pourrait sans peine faire abstraction, il suffit pour justifier les effets des conventions placées en position de supériorité hiérarchique de s'en tenir à la distinction systématisée par Weill entre l'effet relatif des conventions et l'opposabilité du contrat aux tiers[1337].

548. Cette distinction impose d'appréhender l'article 1165 du Code civil comme signifiant uniquement que seules les parties peuvent en principe devenir créancières ou débitrices par l'effet du contrat. Cela ne fait pas obstacle à ce que le contrat puisse valablement produire d'autres effets à l'égard des tiers auxquels il est opposable. La chose est connue, l'opinion est sans conteste celle que partage la doctrine contemporaine de manière presque unanime[1338/1339],

---

[1334] C. ZARIFIAN, « À la recherche de l'efficacité perdue des pactes de préférence extra-statutaire », *Gaz. Pal.*, 2004, p. 1623.

[1335] Civ. 1., 11 février 2003, *inédit*, n° de pourvoi, 01-10366, qui censure au visa de l'article 1165 du Code civil une cour d'appel qui avait retenu pour valider le commandement aux fins de saisie immobilière que le créancier saisissant *« est un tiers par rapport à l'acte de donation-partage et qu'en vertu de l'effet relatif des contrats, cet acte et la clause d'inaliénabilité du bien donné qu'il contient lui sont inopposables »*.

[1336] Au-delà des chaines de contrats translatifs de propriété, la doctrine majoritaire estime que l'indisponibilité conventionnelle présente un caractère réel. V. sur ce point, R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », n° 13.

[1337] Sur ce point précis, v. A. WEILL, *op. cit.*, n° 100 à 116 pp. 175 à 216 l'auteur conclut une section consacrée à la démonstration de cette distinction de la sorte : *« À condition de ne pas imposer l'effet obligatoire d'une convention à un tiers, on peut lui opposer toutes les conventions ; il est obligé d'en reconnaître l'existence de fait, et à l'inverse, il peut, si tel est son intérêt, invoquer cette convention en tant que fait, puisqu'il n'exige pas l'exécution à son profit d'une obligation issue du contrat »*, n° 116, p. 205 ; v. également adoptant quelques mois plus tard, une conclusion proche de celle de l'auteur précédant, S. CALASTRENG, *op. cit.*, en particulier le Titre second de la deuxième partie intitulé *« ébauche de l'opposabilité »*, p. 363 à 412, pour l'auteur, *« le principe naturel et socialement nécessaire est l'opposabilité absolue de toute situation valable. La convention et le droit réel sont opposables aux tiers. Les cas d'inopposabilité sont règlementés par la loi. Ce n'est que pour l'obligation, pour le droit personnel, que le principe fléchit et qu'il faut dire au contraire : le droit personnel est seulement opposable aux tiers qui en ont eu connaissance ; son opposabilité n'est que relative »*, p. 412

[1338] F. BERTRAND, *Thèse précitée*, n° 2, p. 5 ; J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 27-1 à 28, p. 51 à 53 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, op. cit.*, n° p. 504 ; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 678, p. 723 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK , *op. cit.*, n° 789 à 793, pp. 408, à 411 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit* n° 458 et s., p. 360 ; D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations,* Ellipses, Coll. Cours magistral, 2008, n° 231, p. 174 ; G. MARTY, P.

et elle pourrait d'ailleurs prochainement être celle exprimée par le Code civil[1340/1341].

549. Si l'on s'en tient à cette conception de l'effet relatif des conventions, aucune atteinte à ce principe ne semble résulter de l'invalidité d'une convention pour la raison qu'elle viole un autre acte de même nature formé par des auteurs distincts. Dans toutes les « pyramides » contractuelles mentionnées, l'invalidité de l'acte subordonné n'a jamais pour effet d'obliger contractuellement *tertius* envers *primus.* Les tiers ne sont jamais mis en position de débiteur ou de créancier contractuel par l'effet de l'invalidité de la convention inférieure. Le sous-contractant perd le bénéfice d'une créance (l'action en paiement ou le droit au renouvellement de son bail), mais n'est pas obligé contractuellement envers le contractant principal. En présence d'une convention d'inaliénabilité, la convention annulée dépouillera de la propriété d'une chose le tiers à la convention violée, mais ce dernier ne sera pas tenu d'une obligation contractuelle. La nullité d'une première convention ne fait en général (la chose pourrait être vérifiée à propos du mandat, des conventions matrimoniales et des conventions « pluri-dimensionnelles ») pas naître une obligation à l'égard du tiers à cet acte. Lorsqu'exceptionnellement le tiers est tenu d'une obligation du fait de l'invalidité de l'acte

---

RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 260, p. 271 et 272 ; B. STARCK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *précité*, n° 33 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit Civil, Les Obligations, op. cit.*, n° 1445 et s. , p. 501 et s. *;* R. SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique, op. cit.*, n° 150 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 483, p. 500 et n° 485 et s., p. 501 et s. ; A. WEILL, F. TERRE, *op. cit.*, n° 516, p. 540.

[1339] À vrai dire, seul le fondement de cette opposabilité fait encore réellement débat. Mise à part l'explication tenant à l'opposabilité des droits (réels notamment), le contrat serait pour certains auteurs opposable en tant que fait ou « fait social » (en ce sens, v. S. CALASTRENG, *op. cit.* : *« Toute convention légitime bénéficie d'une valeur absolue ; telle que les parties l'ont bâtie, les tiers sont contraints de l'accepter comme un* ***fait*** *extérieur à eux »*, p. 363 ; A. WEILL, *op. cit.*, n° 99 à 152, p. 172 à 279 ; *Contra*, soulignant de manière très convaincante les limites de cette thèse v. R. WINTGEN, *op. cit.*, en particulier, n° 90 à 128, pp. 85 à 121, l'auteur explique en somme qu'admettre que le contrat est un fait ne peut suffire à expliquer les raisons pour lesquelles il devrait être respecté dans la mesure où « *un fait ne peut produire que les effets qu'une règle de Droit y attache* », n° 128, p. 120. Pour cet auteur, il n'existerait pas à proprement parler de « principe de l'opposabilité du contrat » aux tiers, mais un ensemble de règles prenant en compte l'existence du contrat. Il y aurait un grand nombre d'effets hétérogènes et non une notion unitaire – par exemple, n° 167, p. 152 et 153) pour d'autres, auxquels nous nous rallions, le contrat serait opposable en ce qu'il est norme juridique, v. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *précité*, n° 48 à 53, p. 804 à 807.

[1340] Cette interprétation semble consacrée dans le dernier projet de réforme de droit des obligations qui dans son article 105 dispose que *« le contrat ne crée* ***d'obligations*** *qu'entre les parties contractantes »*. L'article 106 reconnaissant l'opposabilité du contrat au tiers. L'obligation remplacerait donc le terme impropre « d'effets » utilisé dans l'actuel Code civil, v. la dernière version du projet, mai 2009, sur le Blog du Professeur Houtcieff : http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet%20DACS%20modifié%20mai%202009-numéroté.pdf.

[1341] La précision n'est pas superflue pour autant dans la mesure où, comme le relevait il y a quelques années Monsieur GOUTAL et comme en attestent les exemples que nous venons de donner, si la distinction est acquise à la lecture des articles, monographies ou extraits de manuels consacrés spécifiquement à la question de l'effet relatif des conventions, elle est un peu plus confuse dans les travaux qui s'en éloignent, J.-L. GOUTAL., *op. cit.*, n° 32, p. 33.

(telle une obligation de restitution lorsque la convention a été exécutée), cette obligation n'est pas de nature contractuelle[1342]. L'effet que produit la norme supérieure n'est alors plus que le fruit de l'opposabilité du contrat aux tiers, de sa force obligatoire à l'égard des tiers.

550. L'effet relatif des conventions est donc sauf, il est même souvent préservé lorsqu'une convention détermine les conditions de validité d'une seconde.

§2. La préservation de l'effet relatif des conventions par la hiérarchisation.

551. Le respect de la lettre de l'article 1165 du Code civil – Si l'on prenait à la lettre une partie des dispositions de l'article 1165 du Code civil, *« les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers »*, à l'évidence cet article pourrait être le fondement de l'établissement d'un lien hiérarchique entre deux conventions. La remarque vaut pour l'ensemble des conventions conclues en violation des droits contractuels d'autrui. La vente (ou tout autre contrat translatif de propriété) de la chose d'autrui, est assurément une convention qui a un effet nuisible à l'égard d'un tiers (le véritable propriétaire)[1343] ; les conventions par lesquelles sont violées les stipulations d'un avant-contrat de vente s'exposent aux mêmes remarques, elles sont de la même manière des conventions qui nuisent à des personnes n'y étant pas parties[1344]. Les exemples pourraient être multipliés. Ces quelques remarques tiennent cependant presque plus du sophisme que du raisonnement juridique. La majeure partie de l'argumentation repose en effet sur une

[1342] En ce sens, entre autres, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité,*(préface J. GHESTIN), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 218, 1992, n° 658, p. 381 : « *Pour déceler la nature du fondement des restitutions, il convient de procéder par élimination. En effet,* ***ce n'est pas un fondement contractuel*** (c'est l'auteur qui utilise des caractères gras) *: en premier lieu, en raison de l'anéantissement du contrat originaire, qui le prive des effets juridiques attachés à la validité et l'empêche de servir de base aux restitutions ; en second lieu, en raison de l'absence de contrat synallagmatique renversé : l'expression évocatrice employée par certains auteurs laisse entendre que chaque partie doit restituer la sienne. Mais en réalité, la restitution n'est pas fondée sur la volonté de la partie débitrice, peu importe qu'elle soit ou non d'accord, elle se doit d'exécuter le jugement la condamnant à exécuter ».*

[1343] Analysant la vente de la chose d'autrui comme une atteinte à l'effet relatif des conventions v. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK , *op. cit.,* n° 790, p. 408 : *« Les parties ne peuvent convenir que d'un objet dont elles ont la maîtrise. La relativité de la convention elle-même est une question de puissance : ainsi, il est impossible de transférer un droit réel appartenant à autrui » ; contra,* soulignant l'absence d'atteinte à l'effet relatif des conventions en ce que le véritable propriétaire n'est pas engagé, S. PETIT, « La vente de la chose d'autrui », *D.* 2007, p. 3116, spéc. n° 4 *« le véritable propriétaire (…) n'a pas à se préoccuper d'une vente qui - selon le principe de l'effet relatif des contrats - ne l'oblige pas».*

[1344] V. dans le même sens la remarque de Monsieur MARTY, qui écrit pour récuser l'idée selon laquelle dans la promesse unilatérale de vente le promettant est tenu d'une obligation de ne pas faire, que *« considérer que le promettant est tenu d'une abstraction revient à paraphraser les articles 1134 et 1165. S'engager envers un contractant c'est nécessairement refuser de s'engager avec un autre », article précité,* n° 3, p. 6.

conception exagérément extensive des termes de l'article 1165 du Code civil. Il n'en demeure pas moins que, même réduit à l'analyse communément admise de ce principe, l'argument peut valablement prospérer dans plusieurs structures hiérarchiques.

552. L'effectivité de l'effet relatif des conventions par la hiérarchisation de deux conventions – La définition des conditions de validité d'une convention par une autre convention assure, dans un certain nombre de pyramides conventionnelles, l'effectivité du principe de l'effet relatif des conventions. Autrement dit, l'instauration d'un rapport de validité entre deux actes permet de faire en sorte qu'une personne ne soit pas engagée par une convention à laquelle elle n'est pas partie.

553. Le sous-contrat – Le système formé par la combinaison d'un contrat principal et d'un ou plusieurs sous-contrats est sans doute l'archétype du phénomène que nous voudrions souligner. L'émergence d'un sous-contrat a quasi-systématiquement pour conséquence de créer un lien direct entre le contractant principal et le sous-contractant. La chose se traduit essentiellement par la consécration légale[1345] ou prétorienne[1346], d'une action directe en paiement, mais dépasse cette simple hypothèse (le sous-contrat peut, en matière de sous-bail, conférer au sous preneur un droit au renouvellement du bail envers le contractant principal[1347]). Si certains auteurs jugent que l'on peut douter de la nature juridique de cette action[1348], il y a tout lieu de penser qu'elle est de nature contractuelle[1349]. L'atteinte à l'effet relatif des conventions par la création d'un lien contractuel entre les deux extrêmes d'une chaîne par diffraction est alors patente, chacun s'accorde sur ce point[1350] (la chose dépasse

[1345] Tel est le cas de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, consacrée à l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975.

[1346] Le juge a depuis plus d'un demi-siècle « bilatéralisé » au profit du sous-mandataire, l'action directe de l'alinéa second de l'article 1994 du Code civil, v. Civ. 27 déc. 1960, *D.* 1961, *juris.* p. 491, note J. BIGOT.

[1347] V. en matière de baux commerciaux, l'article L. 145-32 du Code de commerce (alinéa premier).

[1348] R. BONHOMME, *J. Cl. Contrats et distribution, op. cit.*, n° 61.

[1349] J. NERET, *op. cit.*, v. les développements consacrés par l'auteur à la question, n° 365 et s., p. 265, en particulier, n° 371 à 379, p. 267 à 272 intitulés : *« La préférence doit être donnée au caractère contractuel de l'action »*.

[1350] R. BONHOMME, *Ibid.*, n° 50 ; v. également, J. NERET, *op. cit.*, n° 267 et s., p. 199 et s. Ce constat, dont l'auteur souligne qu'il n'est pas compatible avec ledit principe, conduit d'ailleurs Monsieur NERET (après qu'il ait fait l'inventaire de toutes les justifications doctrinales avancées et noté qu'aucune d'entre elles ne s'avérait satisfaisante) à rejeter une analyse « individualiste » de la structure étudiée au bénéfice d'une conception globale mettant l'accent sur l'ensemble que constitue le contrat principal et le sous-contrat (v. en particulier n° 323 et s., p. 235 et s.).

d'ailleurs le cadre de l'action directe dans le sous-contrat[1351]).

554. Quoi qu'il en soit, l'invalidité d'une convention (le sous-contrat irrégulièrement conclu) en raison de sa contrariété avec un autre acte juridique de même nature (le contrat principal) ne contrarie pas, dans ce cas précis, les dispositions de l'article 1165 du Code civil. Mieux, elle en assure l'effectivité. En raison de l'inopposabilité (ou plus rarement de la nullité) de la convention en sous ordre irrégulièrement conclue, nul ne pourra être tenu d'une obligation résultant d'une convention à laquelle il n'est pas partie.

555. La représentation – La situation est sensiblement similaire à celle décrite à chaque fois qu'il y a représentation conventionnelle (voire même légale) d'une personne par une autre, dès lors qu'il y a un dépassement (ou absence) de pouvoir. Dans ces situations, une personne dont les consignes ont été dépassées, pourrait être tenue d'engagements nés d'une convention à laquelle elle n'est pas partie. L'assertion peut heurter. Il est en effet assez unanimement convenu que le mandant est partie à la convention conclue par son représentant avec son cocontractant[1352]. S'il ne s'agit évidemment pas de nier ici cette réalité, il convient cependant de souligner que si le mandant est partie à la convention conclue par un intermédiaire avec un tiers, c'est à la condition que cet intermédiaire ait eu le pouvoir de représenter le mandant et qu'il agisse dans la mesure du pouvoir qui lui a été transmis[1353]. Si le représentant agit sans pouvoir, les actes ainsi conclus *« sont à l'égard [du mandant]* res inter alios acta *»*[1354]. L'acte est réputé conclu par des tiers[1355]. La hiérarchisation de deux

[1351] En ce sens, C. JAMIN, *La notion d'action directe*, (préface J. GHESTIN), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 215, 1991, pour l'auteur, l'action directe est un mécanisme volontairement contraire à l'effet relatif des conventions, dont elle est *« un mécanisme correcteur (…) permettant [d'en] atténuer ou [d'en] annihiler, dans des situations considérées comme injustes, la rigueur »*, n° 301, p. 270 ; A. WEILL, *op. cit.*, n° 422, p 739 et 740.

[1352] P. LE TOURNEAU, *Rép. Civ. Dalloz*, v° *Mandat*, n° 331.

[1353] V. d'ailleurs les développements consacrés par trois auteurs à cette question à l'occasion de l'examen de la relativité des conventions qui écrivent : *« lorsqu'une convention est conclue pour autrui par une personne dépourvue de pouvoir d'agir pour une autre, ou bien celle-ci ratifie la convention**, elle se transforme alors en partie**, ou bien elle ne la ratifie pas, la convention est alors inefficace à son égard »*, P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK , *op. cit.*, n° 790, p. 408.

[1354] P. LE TOURNEAU, *Rép. Civ. Dalloz*, v° *Mandat*, n° 360.

[1355] Ce qui suppose d'admettre que le mandataire est partie à la convention conclue en violation du mandat. Sur ce point, v. N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, en particulier, v. n° 697, p. 323. Partant de la distinction entre la procédure contractuelle et la norme contractuelle systématisée par KELSEN, l'auteur propose d'élargir la distinction entre les parties et les tiers. Il propose alors d'admettre qu'existent trois catégories de parties différentes. À côté des parties tenues des « effets juridiques »

conventions assure, comme dans la situation précédente, l'effectivité du principe de l'effet relatif des conventions.

*

* *

du contrat (qui sont en somme les parties au sens classique du terme) et des parties à « l'émolument contractuel » (celles qui sont appelées à recueillir les bénéfices et les pertes du contrat – on reconnaît ici les parties accédant à cette qualité au cours de la vie de la convention), existeraient des « parties procédurales ». Si l'on admet cette définition de la notion de partie (qui nous semble pouvoir se marier avec celle déjà retenue – elle la complète, sans la contredire), il y a alors bien dans la situation décrite une convention conclue entre deux parties, à l'égard de la laquelle le mandant est tiers.

556. Conclusion du titre second – Parce qu'une condition de validité ne peut qu'être impérative, une hiérarchie ne peut s'instaurer entre deux actes conventionnels qu'à la condition que les parties à la convention inférieure ne puissent pas valablement déroger par une simple convention à la convention supérieure. À l'égard des parties à la seconde convention, la convention supérieure doit être impérative. En pratique cela réduit les hypothèses dans lesquelles deux conventions peuvent se hiérarchiser à deux situations.

557. Dans le premier cas de figure, l'impérativité de la convention tient à son immutabilité conventionnelle. Une hiérarchie est alors envisageable lorsque l'acte contractuel formé en premier ne peut pas être modifié (c'est l'hypothèse de la convention matrimoniale, normalement soumise au principe de l'immutabilité), ou lorsqu'il ne peut pas l'être par le biais d'un acte ayant une nature conventionnelle (la plupart des statuts de sociétés ou le règlement de copropriété ne peuvent être modifiés que par une délibération de l'assemblée générale, acte juridique unilatéral).

558. Le second cas de figure, qui est de loin le plus commun, est celui d'une différence de parties aux deux conventions. L'établissement d'une hiérarchie entre deux actes conventionnels est inimaginable (hors de l'hypothèse précédente) dans l'hypothèse où les parties aux deux actes sont les mêmes. Les possibilités que tiennent les parties de la loi (*mutuus dissensus*, novation, modification, dation en paiement, remise de dette *etc.*) de modifier valablement par une simple manifestation de volonté contraire (même tacite) les conventions formées entre elles, font obstacle à toute possibilité de hiérarchiser deux conventions les liant. Cette conclusion, en dépit des opinions doctrinales contraires, nous conduit à récuser l'existence de rapports hiérarchiques entre les contrats-cadres et les contrats d'application lorsque ces actes lient les mêmes parties. Lorsque les parties aux deux actes sont différentes, le tiers à un contrat n'ayant pas le pouvoir d'en modifier les termes, l'instauration d'une relation hiérarchique entre deux conventions est envisageable.

Si le constat peut *a priori* sembler heurter le principe de la relativité des conventions – nous venons de le voir – il n'en est rien. Il suffit pour l'admettre de s'en tenir à la vision moderne de ce principe qui consiste uniquement à considérer qu'une personne ne peut devenir débitrice ou créancière contractuelle par l'effet d'une convention à laquelle elle n'est pas partie. L'invalidité d'une convention pour violation d'un autre acte juridique de même nature liant des parties distinctes n'a effectivement jamais pour effet d'engager contractuellement

l'auteur de la convention inférieure qui n'est pas partie à la convention supérieure. Au contraire, l'établissement d'un lien hiérarchique entre deux conventions permet parfois de préserver le principe hérité de l'adage *res inter alios acta* en mettant l'un des contractants de la première convention à l'abri d'un engagement contractuel, telle une action directe née de l'existence d'un sous-contrat, ou des obligations nées d'une convention conclue par un mandataire au-delà du pouvoir qui lui était confié.

*

* *

559. Conclusion de la seconde partie – L'instauration d'un lien hiérarchique est soumise à deux catégories de conditions. Elle suppose d'abord la réunion de conditions préalables à la hiérarchisation, puis la réunion d'éléments constitutifs du lien hiérarchique.

560. Les conditions préalables à la hiérarchisation peuvent se résumer dans l'exigence de plusieurs normes à la nature conventionnelle.

La hiérarchie suppose donc l'existence de plusieurs conventions différentes qui doivent avoir de surcroît une existence simultanée. L'étude de la condition de pluralité de normes, outre le fait qu'elle permette de souligner quelques situations dans lesquelles l'existence de plusieurs conventions n'est pas évidente à établir, permet surtout de mettre en lumière le fait que l'établissement d'un rapport objectif entre conventions ne suppose pas nécessairement une relation directe. La supériorité hiérarchique d'une convention sur une autre peut en effet se manifester par le truchement d'un autre acte juridique conventionnel ou unilatéral (ce qui permet de souligner l'important rôle « normatif » du contrat).

Les normes en présence doivent encore toutes avoir une nature juridique conventionnelle. La précision est là encore, en dépit de son évidence, riche d'enseignements. Elle est également, de ce point de vue, suffisante. Contrairement à une opinion que l'on soutient parfois, et qui pourrait s'imposer en raison de la présentation classique des sources du Droit, l'établissement d'une relation hiérarchique est indifférent à la nature juridique (simple ou règlementaire/institutionnelle) des conventions en rapport les unes avec les autres. Une hiérarchie peut s'instaurer entre différentes conventions quelle que soit la « nature juridique » respective de chacun de ces actes. La place de chaque convention ne dépend pas de sa nature supposée. La chose s'explique assez aisément si l'on admet l'unité de la notion de convention. La doctrine contemporaine a souvent, ces dernières années, soutenu la nature contractuelle de la convention collective de travail ou de la société. Ces analyses peuvent sans mal être généralisées et étendues à toutes les conventions dont la nature juridique fait débat, au point qu'il est sans doute possible de considérer qu'il n'existe aucune convention à la nature juridique règlementaire ou institutionnelle. La preuve de l'existence de relations hiérarchiques entre conventions, en soulignant l'effet « normatif » de tous ces actes, en particulier à l'égard des tiers, conforte indéniablement ces analyses contractuelles.

La seconde des conditions préalables à l'existence d'une hiérarchie entre conventions est l'existence d'un lien subjectif, d'un point commun, entre les conventions unies par un lien de validité.

Concrètement cela se traduit par le fait que les actes hiérarchisés portent sur un même intérêt. Le plus souvent, cet intérêt commun réside dans l'identité d'objet de la prestation des deux conventions hiérarchisées (un même bien par exemple, objet de ventes successives). Plus rarement, c'est un « but » commun que poursuivent les deux conventions. Le terme but ne doit pas être ici entendu comme synonyme de cause. Il signifie que « l'objet de la convention » de l'acte supérieur est identique à la cause finale de l'acte inférieur.

L'identité au moins partielle de parties, dont un auteur[1356] a pu affirmer qu'elle était une condition de la hiérarchisation de plusieurs conventions, est en revanche indifférente. Deux actes n'ayant aucune partie en commun peuvent parfaitement entretenir des relations de validité l'un avec l'autre (tel est le cas des statuts et des conventions de la société contractante).

561. Les conditions préalables à la hiérarchisation de plusieurs conventions établies, des éléments constitutifs du lien hiérarchique sont enfin indispensables. Le premier élément, que nous avons écarté pour les raisons exposées, réside bien évidemment dans le fait que la convention supérieure ait une influence sur un élément considéré par le Droit objectif comme un élément conditionnant la validité de la convention inférieure. Le second, que nous avons seul étudié, impose que la convention supérieure soit « conventionnellement impérative » à l'égard des parties à l'acte inférieur. À l'évidence, une condition de validité ne peut qu'être impérative. Il ne peut exister un lien de validité entre conventions si les auteurs de la convention inférieure peuvent modifier l'acte supérieur. L'impérativité conventionnelle de la convention supérieure se retrouve dans deux hypothèses différentes.

Dans la première, l'impérativité de la convention supérieure ressort de l'immutabilité conventionnelle de la convention supérieure qui, soit ne peut pas être modifiée, soit ne peut pas l'être par le biais d'un acte juridique conventionnel (c'est le cas des conventions matrimoniales qui sont en principe immuables. C'est encore le cas du règlement de copropriété ou des statuts de la société qui ne peuvent la plupart du temps pas être modifiés par une convention).

Dans la seconde hypothèse, de loin la plus fréquente, l'impérativité de la convention supérieure est la conséquence de l'altérité de parties aux différents actes de la structure. Les

[1356] Sur ce point v. les propositions de Monsieur Perrouin, n° 447 et s.

parties à une convention tenant en principe de la loi la possibilité de modifier ce rapport en employant différentes techniques, cette convention est, à leur égard, supplétive de volonté. Le constat condamne dès lors l'hypothèse de rapports hiérarchiques dans une structure dans laquelle ces liens sont souvent évoqués ; celle entre les contrats-cadres et les contrats d'application.

Au contraire, la présence d'au moins un tiers à la convention inférieure permet d'envisager l'instauration d'un lien hiérarchique, puisque la qualité de tiers à un acte juridique suppose notamment l'inaptitude à le modifier. Ce constat n'est en rien incompatible avec le principe de l'effet relatif des conventions. L'établissement d'un lien hiérarchique entre deux contrats ne crée jamais une obligation conventionnelle à la charge d'un tiers. La règle énoncée à l'article 1165 du Code civil est d'ailleurs même parfois préservée. L'atteinte à la validité de la convention inférieure permet, en effet, d'éviter de mettre à la charge de l'une des parties à l'acte supérieur une obligation conventionnelle née de l'acte inférieur (telle une action directe dans le sous-contrat).

CONCLUSION GÉNÉRALE

562. « La hiérarchie des normes est partout » écrivions nous dès l'introduction de ce travail. Les relations inter-conventionnelles échappent-elle à cette affirmation ? *A priori*, un principe, l'effet relatif des conventions, un argument théorique, l'égalité juridique des conventions, et un dogme, celui de la place du contrat dans l'ordonnancement juridique semblaient inévitablement conduire à admettre que l'hypothèse était bien hasardeuse.

563. Le premier ne pouvait *a priori* être dressé comme un obstacle sans aucune analyse préalable des effets potentiels de la hiérarchisation de deux conventions, le second confond deux conceptions de la hiérarchie des normes, le troisième enfin, était infondé. On peut en conclure que le contrat est une norme juridique. Il est (ou, plus rigoureusement, il pose) une norme en ce qu'il dicte un modèle de ce que doit être un comportement humain. Cette norme est également juridique dans la mesure où elle est intégrée au système juridique, c'est-à-dire produite conformément aux règles de ce système. L'absence de généralité de cet acte, critère aujourd'hui dépassé, ne peut suffire à lui refuser la qualité de règle de Droit. La convention étant une norme juridique, dont les effets « normatifs » ne se limitent pas à la création d'un rapport d'obligation, il n'y avait aucune raison de refuser d'envisager qu'à l'instar d'autres normes, elle soit « conditionnante » de la validité d'autres règles de Droit, en particulier d'autres conventions.

Quelques exemples, loin d'être exhaustifs, ont permis de valider d'un point de vue empirique la démonstration théorique de l'hypothèse ainsi formulée. Les statuts de la société ou de l'association, en déterminant les pouvoirs des dirigeants de la personne morale, déterminent ainsi la validité des actes accomplis par ces organes. La convention matrimoniale, en déterminant l'appartenance d'un bien à une catégorie de biens (propres ou communs), détermine le titulaire des droits sur ce bien et/ou les pouvoirs respectifs des époux sur ce bien, ce qui, *in fine*, conditionne la validité des actes accomplis par les époux. Le mandat détermine également les conditions de validité de l'acte conventionnel conclu par le mandataire, tout comme l'avant-contrat de vente conditionne partiellement la validité de la vente conclue entre le promettant (ou le débiteur de la préférence) et un tiers. Dans toutes ces situations, et dans d'autres, deux conventions sont liées hiérarchiquement. La présence de rapports hiérarchiques entre conventions est commune en droit positif. Le phénomène n'est ni nouveau, ni limité à

un domaine technique. Il touche de vieux contrats et s'étend à toutes les branches du Droit.

564. L'hypothèse validée, il nous restait à cerner les circonstances dans lesquelles une relation de cette nature peut apparaître. Si l'on s'attache à l'essentiel, elles sont relativement peu nombreuses. Certains éléments sont indifférents. Tel est le cas de la nature juridique des conventions hiérarchisées. Les actes réputés règlementaires ou institutionnels ne sont pas nécessairement supérieurs à des conventions à la nature juridique simple, sans doute pour la raison, que nous avons développée, qu'il n'existe aucune convention à la nature juridique « pluri-dimensionnelle ». Peu importe aussi que les conventions hiérarchisées soient en relation directe les unes avec les autres. Un lien hiérarchique peut parfaitement relier deux actes alors qu'un troisième, conventionnel ou unilatéral, est interposé entre eux.

Deux seules conditions s'imposent véritablement de manière impérative. La première consiste bien évidemment en ce que la convention placée en position de supériorité hiérarchique détermine un élément qui est considéré par le Droit (la loi ou le juge) comme une condition de validité de l'acte subordonné (le plus souvent, la convention supérieure attribue un pouvoir ou détermine la titularité de droits). Cette condition résulte d'un choix de politique juridique, non de théorie juridique. La seconde réside dans l'impérativité de la convention supérieure. Une condition de validité ne pouvant qu'être impérative, il ne peut y avoir de hiérarchie entre deux conventions que si la première ne peut être modifiée conventionnellement par les parties à la seconde, ce qui implique que cet acte soit dans une certaine mesure immuable, ou formé par des tiers (lesquels ne peuvent par définition pas modifier un acte auquel ils ne sont pas partie).

565. L'établissement d'un lien hiérarchique entre conventions est donc possible, il est même une réalité assez commune en droit positif.

D'un point de vue théorique, ce point nous paraît important. Il est une illustration supplémentaire, et non des moindres, de la normativité du contrat que la doctrine souligne de manière croissante depuis plusieurs années. L'analyse normativiste de la convention sort inévitablement renforcée de notre étude. Elle est la seule à lui offrir le cadre théorique de son épanouissement. De ce point de vue, nos conclusions ne sont sans doute qu'une manifestation supplémentaire de la « normativité » du contrat, en particulier de ses effets non obligationnels. Le contrat peut avoir pour effet de déterminer les conditions de validité d'un autre contrat et

même, plus largement, d'un autre acte juridique. Il peut être la norme fondamentale d'une véritable « pyramide de normes », ce qui le fait s'éloigner catégoriquement de l'image d'un acte d'exécution du droit, dont la place dans la hiérarchie des normes serait située à l'étage le plus bas. Cette vision du contrat, au-delà de l'aspect souligné, permet également de rendre à la catégorie conventionnelle une certaine homogénéité. À la lueur de nos conclusions, et d'autres points que nous avons évoqués, la spécificité des conventions dont les effets règlementaires sont régulièrement soulignés apparaît bien peu évidente.

566. Du point de vue pratique, les répercussions concrètes de nos recherches nous semblent ouvrir un certain nombre de perspectives.

Si l'encadrement de la validité des conventions conclues par les mêmes parties nous semble en l'état actuel du droit impossible, l'accent mis sur les facteurs techniques de cette incapacité des parties à hiérarchiser leurs actes permet d'envisager une issue différente à moyen terme. Le principe du parallélisme des formes, que certains auteurs ont vu émerger dans la jurisprudence, et qui pourrait être consacré dans une prochaine réforme du Code civil, offrirait aux parties une très grande souplesse dans l'organisation de leurs rapports contractuels qu'elles pourraient alors véritablement hiérarchiser. La convention supérieure ne pouvant être modifiée que sous certaines formes, elle serait en partie impérative et conditionnerait, à proprement parler, la validité des conventions à venir entre les parties. Sans doute les relations contractuelles y gagneraient-elles en prévisibilité.

Mais c'est dans les relations des parties avec les tiers que les perspectives ouvertes par nos conclusions nous semblent les plus intéressantes. Notre travail nous a permis de souligner, outre l'absence d'obstacles théoriques à l'instauration d'un lien de validité entre deux conventions, que les conditions dans lesquelles un lien de cette nature peut être établi sont assez peu nombreuses. L'instauration d'un lien de validité entre deux conventions est une chose, théoriquement et concrètement, assez banale. Dans ces conditions, sans doute est-il envisageable d'étendre l'invalidité des contrats portant atteinte aux droits contractuels d'autrui. Il n'est bien évidemment pas question de prétendre frapper d'invalidité toute convention entrant en contradiction avec une autre réputée supérieure. La chose n'aurait aucun sens. Il est en effet parfois préférable que le Droit, comme en matière de conventions collectives de travail, laisse aux contractants le plus de liberté possible. En revanche, lorsque le Droit, et plus particulièrement le juge, fait le choix de soumettre une convention au respect

d'une autre, sans doute serait-il possible de considérer que la seule violation d'une convention par une autre suffit à fonder la nullité de la convention illicitement formée. Cette position présente deux avantages. Elle permet de faire l'économie de la quête toujours incertaine[1357] d'un fondement pour trouver *a posteriori* une explication à la solution adoptée par les juges. Elle permet encore de se défaire des contraintes imposées par le régime du fondement retenu qui peut conduire à des solutions bien inopportunes, comme en matière de pacte de préférence, où le recours à la fraude impose de rapporter une preuve que l'on a pu qualifier de diabolique. Admettre que le contrat est une norme comme une autre que chacun doit dès lors respecter[1358], et qui peut d'un point de vue théorique parfaitement déterminer les conditions de validité d'une autre convention, suffit à nos yeux à justifier l'absence de validité de la convention conclue en violation des droits contractuels d'autrui, à condition, bien évidemment, que cette norme soit comme toute norme connue ou publiée[1359]. Telles sont les solutions retenues en matière de promesse de vente, de mandat, de copropriété, de vente (d'immeubles), telle pourrait être la solution retenue en matière de pacte de préférence. Le choix n'est pas un choix de théorie ou de technique juridique, tout est question de politique juridique. Cela ne nous appartient plus…

[1357] La doctrine discute toujours du fondement de la nullité de ces conventions d'indisponibilité plus d'un siècle après la consécration de la solution.

[1358] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *« ces normes qui, en raison de leur origine privée, n'ont en principe qu'un effet personnel limité, n'en sont pas moins, en ce qu'elles procèdent d'une habilitation légale, obligatoires pour tout le monde »*, n° 53.

[1359] Insistant sur ce caractère commun de la règle de Droit, v. X. LABBEE, *Les critères de la norme juridique*, PUL, Coll. Manuels, 1994, p. 13.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS & COURS

ANTONMATTEI P.-H., RAYNARD J.
- *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2008

ANCEL B., LEQUETTE Y.
- *Les grands arrêts de la jurisprudence française du droit international privé*, 5ème édition, Dalloz, 2006

ATIAS C.
- *Le contentieux contractuel*, 4ème édition, Librairie de L'Université d'Aix-en-Provence, 2008
- *Droit civil, les biens*, 10ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2009

AUBERT J.-L., SAVAUX E.
- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 13ème édition, Sirey, Coll. Sirey Université, 2010

AUBRY C., RAU C.
- *Cours de droit civil français*, 2ème édition, Tome I, Méline, Cans et Comp., Bruxelles, 1850
- *Cours de droit civil français*, 2ème édition, Tome II, Méline, Cans et Comp., Bruxelles, 1850
- *Cours de droit civil français*, 3ème édition, Tome IV, Paris, Cosse et Marchal, 1860

BEIGNIER B., BLERY C.
- *Manuel d'introduction au Droit*, PUF, Coll. Manuels, Droit fondamental, 2004

BENABENT A.
- *Droit civil, Les contrats civils et commerciaux*, 8ème édition, Montchrestien, Coll. Précis Domat, 2008
- *Droit civil, Les obligations*, 12ème édition, Montchrestien, Coll. Précis Domat, 2010

BERGEL J.-L.
- *Théorie générale du Droit*, 4ème édition, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2004

BERGEL J.-L., BRUSCHI M. CIMAMONTI S.
- *Les biens*, 2ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 2010

BROCHER C.
- *Cours de droit international privé selon les principes consacrés par le droit positif français*, Tome II, Paris et Genève, 1883

BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V.
- *Droit civil, Introduction*, 16ème édition, Sirey, Coll. Sirey Université, 2009

CABRILLAC R.
- *Introduction générale au droit*, 8ème édition, Dalloz, Coll. Cours, 2009

CAMERLYNCK G.-H., LYON-CAEN G.
- *Droit du travail*, 9ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 1978

CAPITANT R.
- *Introduction à l'étude de l'illicite: L'impératif juridique*, Dalloz, 1928

CARBONNIER J.
- *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème édition, LGDJ, 2001
- *Droit civil, Introduction*, 1ère édition, Quadrige, PUF, 2004
- *Droit civil, Les biens, les obligations,* PUF, Coll. Quadrige, 2004

CARRE DE MALBERG R.
- *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* T. I, Sirey, 1920-1922, Réédition CNRS, 1962

COEURET A., GAURIAU B., MINE M.
- *Droit du travail,* 2ème édition, Sirey, Coll. Sirey Université, 2009

COLOMER A.
- *Droit civil, Régimes matrimoniaux,* 12ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2005

CORNU G.
- *Les régimes matrimoniaux,* 9ème édition, 1997, PUF, Coll. Thémis
- (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 8ème édition, PUF, Quadrige, 2007
- *Droit civil, Introduction au droit*, 13ème édition, Montchrestien, Coll. Précis Domat, 2007

COLLART-DUTILLEUL F., DELBECQUE P.
- *Contrats civils et commerciaux,* 8ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2007

COURBE P.
- *Introduction générale au droit*, 11ème édition, Dalloz, Coll. Mémentos, 2009

COUTURIER G.
- *Traité de droit du travail, Tome 2, les relations collectives de travail*, 1ère édition, PUF, Coll. Droit fondamentaux, 2001

COZIAN M, VIANDIER A., DEBOISSY F.
- *Droit des sociétés,* 23ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2010

DEMOGUE R.
- *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations,* Paris, Rousseau, 1911

DEMOLOMBE C.
- *Cours de code civil,* TOME VII, *Des successions*, STIENON J., BRUXELLES, 1858

DEROUSSIN D.
- *Histoire du droit des obligations,* Economica, Coll. Corpus, 2007

DOMAT J.
- *Loix civiles dans leur ordre naturel*, seconde édition, Tome I, Paris, Aubouïn, Emery, Clouzier, 1697

DOUCHY-OUDOT M.
- *Droit civil, Première année*, 5ème édition, Dalloz, Coll. Hypercours, 2009

DUGUIT L.
- *Manuel de droit constitutionnel*, 4ème édition, Paris, E. De Boccard, 1923
- *Traité de droit constitutionnel, La règle de droit, le problème de l'État*, 3ème édition, Tome I, Paris, E. De Boccard, 1927
- *L'État, le droit objectif, la loi positive*, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2003

DURANTON A.
- *Cours de Droit français suivant le code civil*, quatrième édition, Tome XVIII, Thorel et Guilbert, 1844

DRUFFIN-BRICCA S., HENRY L.-C.
-*Introduction générale au droit*, Gualino, Coll. Manuels, 2007

ENCINAS DE MUNAGORRI R.
- *Introduction générale au droit, Champs Université*, Flammarion, Coll. Champs, 2006

FABRE-MAGNAN M.
- *Introduction générale au droit*, PUF, Coll. Licence, 2009
- *Les obligations, Tome I, Contrat et engagement unilatéral*, 2ème édition, PUF, Coll. Thémis Droit, 2010

FAGES B.
- *Droit des obligations*, 2ème édition, LGDJ, Coll. Manuels, 2009

FAVOREU L. (sous la direction de)
- *Droit constitutionnel*, 12ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2009, n° 80, p. 62

FLOUR J., CHAMPENOIS G.
- *Les régimes matrimoniaux*, 2ème édition, Armand Colin, 2001, n° 169, 157

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E.
- *Droit civil, Les obligations, Tome I, L'acte juridique*, 14ème édition, Sirey, Coll. Sirey Université, 2010

GAUDEMET E.
- (publié par GAUDEMET J. et DESBOIS H.), *Théorie générale des obligations*, réédition de l'édition de 1937, Sirey, 1965

GÉNY F.
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2ème édition, Tome I, LGDJ, 1919

GHESTIN J.
- *La formation du contrat*, 3ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 1993

GHESTIN J., BILLIAU M., LOISEAU G.
- *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 2005

GHESTIN J., GOUBEAUX G.
- *Introduction générale*, 3ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 1990

GHESTIN J., GOUBEAUX G., FABRE-MAGNAN M.
- *Introduction générale*, 4ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 1994

GHESTIN J., JAMIN C., BILLIAU M.
- *Les effets du contrat,* 3ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 2001

GIVORD F, GIVERDON C., CAPOULADE P.
- *La copropriété*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2010-2011

GRIDEL J.-P.
- *Notions fondamentales de Droit et Droit français*, 2ème édition, Dalloz, 1994

GRIMALDI M.
- *Droit civil, libéralité partage d'ascendants*, Litec, Coll. Manuels, 2000
- (Direction) *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2008

GUYON Y.
- *Les sociétés : Aménagement statutaires et conventions entre associés*, 5ème édition, LGDJ, Coll. Traité des contrats, 2002
- *Droit des affaires*, Tome I, 12ème édition, Economica, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 2003

HALPERIN J.-L.
- *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Coll. Quadrige, 2001

HAURIOU M.
- *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorant es sciences politiques*, 2ème édition, Recueil Sirey, 1916
- *Précis de droit constitutionnel*, 2ème édition, Sirey, 1929, p. 348

HUET J.
- *Les principaux contrats spéciaux*, 2ème édition, LGDJ, Coll. Traité de droit civil, 2001

JEANSEN E.
- *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail,* (préface TEYSSIE B.) Economica, Coll. Recherches juridiques, 2008

JESTAZ P.
- *Les sources du droit*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2005

KISCHINEWSKY-BROQUISSE E.
- *La copropriété des immeubles bâtis*, 4ème édition, LITEC, 1989
- *La copropriété des immeubles bâtis*, supplément à la 4ème édition, Litec, 1994

LABBEE X.
- *Les critères de la norme juridique*, PUL, Coll. Manuels, 1994
- *Introduction générale au droit, Pour une approche éthique*, PU du Septentrion, 2006

LAITHIER Y.-M.
- *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, (préface MUIR WATT H.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 419, 2004

LAURENT F.
-*Droit civil international*, Tome II, Bruylant Ch. & Cie, Bruxelles, 1880

LAROMBIERE L.
- *Théorie et pratique des obligations*, T I, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1885
- *Théorie et pratique des obligations*, Tome VII, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1885

LARROUMET C.
- *Droit civil, Tome I, Introduction à l'étude du droit privé* ,5ème édition, Economica, Coll. Droit civil, 2006
- *Droit civil, Tome III, Les obligations, le contrat, 1ère partie, Conditions de formation,* 6ème édition, Economica, Coll. Droit civil, 2007

LE GOFF J.
- *Petit traité de droit du travail* : *Droit du travail et société,* Tome II, *Les relations collectives de travail*, PUR, 2002

LONG M, WEIL P, BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B.
- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA),* 17ème édition, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2009

MAINGUY D.
- *Introduction générale au droit*, 5ème édition, Litec, Coll. Objectif Droit, 2010

MAINGUY D., RESPAUD J.-L.
- *Droit des obligations*, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2008

MALAURIE P.
- *Les successions les libéralités*, 3ème édition, Defrénois, Coll. Droit civil, 2008

MALAURIE P., AYNES L.
- *Les biens,* 4ème édition, Defrénois, Coll. Droit civil, 2010

MALAURIE P., AYNES L.
- *Les régimes matrimoniaux,* 2ème édition, Defrénois, Coll. Droit civil, 2007

MALAURIE P., AYNES L., GAUTIER P.-Y.
- *Les contrats spéciaux*, Defrénois, Coll. Droit civil, 2009
- *Contrat spéciaux,* 14ème édition, Cujas, 2001, n° 115, p. 104

MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P.
- *Les obligations*, 4ème édition, Defrénois, Coll. Droit civil, 2009

MALAURIE P., MORVAN P.
- *Introduction générale*, 3ème édition, Defrénois, Coll. Droit civil, 2009

MALINVAUD P.
- *Introduction à l'étude du droit,* 12ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2008

MALINVAUD P., FENOUILLET D.
- *Droit des obligations,* 11ème édition, Litec, Coll. Manuels, 2010

MATHIEU-IZORCHE M.-L.
- *Le raisonnement juridique,* PUF, Coll. Thémis Droit privé, 2001

MARTY G., RAYNAUD P.
- *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Sirey, 1978
- *Droit civil, Les obligations*, 2ème édition, Tome 1, *Les sources,* Sirey, 1988

MAZEAUD A.
- *Droit du travail,* 6ème édition, Montchrestien, Coll. Précis Domat, 2008

MAZEAUD H., MAZEAUD L., MAZEAUD J. et CHABAS F.
- *Obligations, théorie générale*, Tome II, 9ème édition, Montchrestien, Coll. Leçons de droit civil, 1998, n° 116, p. 103, *« les rédacteurs du Code civil ont adopté le principe de l'autonomie de la volonté »*

MERCADAL B.
- *Droit des transports terrestres et aérien*, Dalloz, Coll. Précis, 1996

MERLE P.
- *Droit commercial, sociétés commerciales*, 13ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2009, n° 52, p. 80

MESCHERIAKOFF A.-S., FRANGI M., KDHIR M.
- *Droit des associations*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996

PELISSIER J., SUPIOT A., JEAMMAUD A.
- *Droit du travail,* 20ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2000
- *Droit du travail,* 24ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2008

PETIT B.
- *Introduction générale au droit*, 7ème édition, PU Grenoble, 2008

PETIT F., MASCLET J.-C.
- *Introduction générale au droit*, 2ème édition, SUP. FOUCHER, Coll. LMD Parcours juridiques, 2010

PORCHY-SIMON S.
- *Droit civil, 2ème année, Les obligations,* 6ème édition, Dalloz, Coll. HyperCours, 2010

POTHIER R.-J.
- *Traité du contrat de société,* in, *Œuvres complètes de Pothier*, Tome VII, PARIS, Thomine et Fortic, 1821
- Œuvres de POTHIER (par BUGNET), Tome V, les contrats de bienfaisance, 2ème édition, 1861, Cosse et Marchal H. Plon

PUIG P.
-*Contrats spéciaux*, 3ème édition, Dalloz, Coll. HyperCours, 2009

RIALS S. et ALLAND D. (direction)
-*Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003

RIPERT G. et ROBLOT R., par GERMAIN M.
- *Traité de droit commercial, t. 1, vol. 2, Les sociétés commerciales*, 18ème édition, LGDJ, 2002

RIVERO J., SAVATIER J.
- Droit du travail, 12ème édition, PUF, Coll. Thémis, 1993

ROLAND H., BOYER L.
- *Introduction au droit*, 6ème édition, Litec, Coll. Traité, 2003

SAVATIER R.
- *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 1979

SERIAUX A.
- *Droit des obligations*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1992
- *Droit des obligations*, 2ème édition, PUF, Coll. Droit fondamental, 1998
- *Manuel de droit des obligations*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2006

SOURIOUX J.-L.
- *Introduction au droit*, 2ème édition, PUF, Coll. Droit fondamental, 1989

STARCK B., ROLAND H., BOYER L.
- *Droit civil, les obligations, Tome II, Le contrat*, 6ème édition, Litec, 1998

TERRE F.
- *Introduction générale au droit*, 8ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2009

TERRE F., SIMLER P.
- *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 5ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2008
- *Droit civil, Les biens*, 8ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2010

TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y.
- *Droit civil, Les obligations*, 9ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2005
- *Droit civil, Les obligations*, 10ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 2009

TOULLIER C.-B.-M.
- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Tome 1, 4ème édition, Paris, Warree, 1824
- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Tome VI, 4ème édition, Paris, Warree, 1824
- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Nouvelle édition, Tome VI, Bruxelles, 1838

TROPLONG R.
- *Le droit civil expliqué selon l'ordre des articles du Code, Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, Tome I, Paris, C. Hingray, 1850

WEIL A. et TERRE F.
- *Droit civil, Les obligations*, 4ème édition, Dalloz, Coll. Précis, 1986

ZENATI-CASTAING F., REVET T.
- *Les biens*, 3ème édition, PUF, Coll. Droit fondamental, 2008

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES & FASCICULES.

ACCOLAS E.
- *Nécessité de refonte de l'ensemble de nos Codes et notamment le Code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, Librairie Centrale, Paris, 1866

ALIPRANTIS N.
- *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, (Préface SINAY H.), LGDJ, Coll. Bibliothèque d'ouvrages de droit social, Tome 22, 1980

ATIAS C.
- *Rép. Dr. Imm., Dalloz, v°* Copropriété des immeubles bâtis

AUBERT DE VINCELLES C.
- *Rép. Civ. Dalloz,* v° *Bail*

BACACHE-GIBEILI M.
- *Groupes de contrats et relativité des conventions*, (Préface Y. LEQUETTE), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 268, 1996

BASTIAN D.
- *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Thèse Paris, Sirey, 1929

BENABENT A.
- *J. Cl. Contrats et distribution*, v° Sous-traitance, sous-traitance de marché de personnes privées, fasc. 1450

BESNARD GOUDET R.
- *J.-Cl. Sociétés Traité*, v° Objet social - Notion et influence sur la condition juridique de la société, fasc. 9-10

BERTRAND F.
- *L'opposabilité du contrat aux tiers*, (direction MALINVAUD), Thèse, Paris II, 1979

BEUDANT C.
- *Le Droit individuel et l'Etat, introduction à l'étude du Droit,* 3ème édition, Rousseau, 1920 p. 146

BLANC-JOUVAN G.
- *J.-Cl. Travail, Traité*, v° Clause de non-concurrence, Fasc. 18-25,

BONHOMME R.
- *J.-Cl. Contrats et distribution,* v° Sous contrat et co-contrat – Adjonction et conjonction de contractants, fasc. 105

BRAMI C.
- *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français, Essai d'analyse systémique*, (Direction CALVES G.), *Thèse,* Cergy-Pontoise, 2008

BROCHER C.
- *Cours de droit international privé selon les principes consacrés par le droit positif français,* Tome II, Paris et Genève, 1883

CABRILLAC R.
- *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, (préface CATALA P.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 213, 1990
- *Les codifications*, PUF, Coll. Droit, éthique, société, 2002

CALASTRENG S.
- *La relativité des conventions*, Thèse Toulouse, 1939

CAPITANT R.
- *Introduction à l'étude de l'illicite: L'impératif juridique*, Dalloz, 1928

CAR J.-C.
- *Les lois organiques de l'article 46 de la constitution du 4 octobre 1958,* Economica, 1999

CHALARON Y.
- *J.-Cl., Travail Traité*, Fasc. 1-36, v. Négociation et accords collectifs, Rapports avec les autres sources du droit, 2000

CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D. (Direction)
- *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008

CLERC L.
- *La validité des contrats administratifs*, (direction PINI J.), Thèse, Avignon, 2007

COLLART-DUTILLEUL F,
- *Les contrats préparatoires de la vente d'immeuble*, Sirey, Coll. Immobilier Droit et Gestion, 1988

CONSEIL D'ETAT
- Rapport public 2008, Volume II, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, Coll. Etudes et documents du Conseil d'Etat, 2008

DAUXERRE N.
- *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, (préface TEYSSIE B.), PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2005

DAVID S., JAULT A.
- *Rép. Civ., Dalloz,* v° *Participation aux acquêts*

DE BECHILLON D.
- *Qu'est-ce qu'une règle de droit,* Odile Jacob, 1997

DE VAREILLES-SOMMIÈRES P., FENOUILLET D. (Direction)
- *La contractualisation de la famille*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 2002

DUCLOS J.
- *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 179, 1984

DURANTON G.
- *Rép. Dr. Com., Dalloz, v° Agent immobilier*

DISSAUX N.,
- *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, (préface JAMIN C.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 485, 2007

DUMOND-LEFRAND M.-P.
- *J.-Cl. Contrats et distribution*, v° Commission, Régime, fasc. 830
- *Rép. Dr. immobilier, Dalloz,* v° *Baux commerciaux*
- *L'opération de commission*, (Préface MOUSSERON J.-M.) Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2000

FENET P.-A.
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. I, Videcoq, 1836
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. II, Videcoq, 1836
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome VI, Videcoq, 1836
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* Tome IX, Videcoq, 1836
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIV, Videcoq, 1836

FONTAINE M., GHESTIN J.
- (Direction) *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 227, 1992

GAILLARD E.
- *Le pouvoir de droit privé*, Economica, Coll. Droit civil, 1985

GATSI J.
- *Le contrat-cadre*, (préface BEHAR-TOUCHAIS M.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 273, 1996

GHESTIN J.
- *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006

GHOZI A.
- *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Étude du Droit civil français*, (Préface TALLON D.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 166, 1980

GOUNOT E.
- *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* Rousseau, 1912

GOUT O.
- *Le juge et l'annulation du contrat,* (préface ANCEL P.) PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 1999

GOUTAL J.-L.
- *Essai sur le principe de l'effet relatif des conventions,* (préface BATIFFOL H.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 171, 1981

GUIGNARD L.
- *Sous-traitance et transport,* (préface MERCADAL B.) Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2001

HAUSER J.
- Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 117, 1971

HEUZE V.
- « La règlementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes », Joly éditions, 1990

HONORAT J.
- *Rép. Dr. Sociétés, Dalloz,* v° *Nullités*

MAZEAUD D., JAMIN C. (Direction)
- *La nouvelle crise du contrat,* Dalloz-Sirey, Coll. Thèmes et commentaires, 2003

JAPIOT R.
- *Des nullités en matière d'actes juridiques,* Thèse Dijon, 1909

KELSEN H.
- *Théorie générale des normes,* PUF, Coll. Léviathan, 1996
- *Théorie pure du droit,* Bruylant, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 1999

LABBEE X.
- *Les rapports juridiques dans le couple sont-il contractuels ?,* (Préface HAUSER J.), Septentrion PU, 1996

LAMBOLEY A.
- *J.-Cl. Civil Code,* article 1497, v° *Communauté conventionnelle, généralité,* fasc. Unique

LAFOND J. et STEMMER B.
-*Code de la copropriété,* Litec, Coll. Juriscode, 2006

LARROUMET C.
- *Droit civil, Tome III, Les obligations, le contrat, 1ère partie, Conditions de formation,* 6ème édition, Economica, Coll. Droit civil, 2007

LEVACHER R.
- *La règle contractuelle dans l'ordre juridique, contribution à l'analyse normative du contrat*, (Direction ENCINAS DE MUNAGORRI R.), Thèse, Nantes, 2007

LE TOURNEAU P.
- *Rép. Civ. Dalloz*, v° *Mandat*
- *Rép. Civ. Dalloz*, v° *Contrat de transport*
- *J.-Cl. Contrats-Distribution*, v° Concession exclusive, Conditions de validité au regard du droit des contrats, fasc. 1025

LOKIEC P.
- *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, (préf. A. LYON-CAEN), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 408, 2004

LUCAS-PUGET A.-S.
- *Essai sur la notion d'objet du contrat,* (préface FABRE-MAGNAN M.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 441, 2005

MALLET-BRICOUT B.
- *La substitution de mandataire*, (préface LARROUMET C.), Panthéon-Assas, Coll. Droit privé, 2000

MARTIN DE LA MOUTTE J.
- *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse Toulouse, 1949

MAYER P.
- *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973

MEKKI M.
- *J.-Cl. Civil Code*, articles 1991 à 2002, v° Mandat, Obligations du mandant, Effets entre les parties, Effets à l'égard des tiers, fasc. 20

MERCADAL B.
- *Rép. Dr. Commercial, Dalloz*, v° *Commissionnaire de transport*

MORIN M.-L.
- *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, (préface DESPAX M.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit social, Tome 27, 1994

NEAU-LEDUC P.
- *La règlementation de droit privé*, Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome 38, 1998

NERET J.
- *Le sous-contrat*, (préface CATALA P.), LGDJ, Coll. Bibliothèque que droit privé, Tome 163, 1979

OURLIAC P., DE MALAFOSSE J.
- *Histoire du droit privé, Tome I, Les Obligations*, 2ème édition, PUF, Coll. Thémis, 1969

OVERSTAKE J.-F.
- *Essai de classification des contrats spéciaux,* (préface BRETHE DE LA GRESSAYE J.) LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 91, 1969

PASTRE-BOYER A.-L.
- *L'acte juridique collectif en droit privé français, contribution à la classification des actes juridiques,* (préface CABRILLAC R.), PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2006

PEANO D.
- *J.-Cl. Administratif,* v° Recours pour excès de pouvoir, fasc. 1150

PERES-DOURDOU C.
- *La règle supplétive,* (préface VINEY G.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 421, 2004

PERROUIN J.
- *La hiérarchie des conventions en droit privé,* (Direction ROZES L.), *Thèse Toulouse,* 2000

PETEL P.
- *Le contrat de mandat,* Dalloz, Coll. connaissance du droit, 1994, p. 2

PETIT B.
- *J.-Cl. Civil Code,* article 1109, v° Contrats et obligations, Consentement, Fasc. unique

PETIT F.
- *La notion de représentation dans les relations collectives de travail,* (préface RODIERE P.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 291, 2000

PIEDELIEVRE S.
- *J.-Cl., Civil Code,* articles 1569 à 1581, v° Participation aux acquêts, Fasc. Unique

PLANIOL M.
- *Traité élémentaire de droit civil,* T. 1, 11ème édition, LGDJ, 1928

PORACCHIA D.
- *La réception juridique des montages conçus par les professionnels,* (préface J. MESTRE), PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 1998

PRIETO C.
-*La société contractante,* (préface MESTRE J.), PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 1994

PUYO Y.
- *Essai sur le contrat et l'institution, Les relations entre les groupements institutionnels et le contrat en droit privé,* (Direction BEIGNIER B.) Thèse, Toulouse, 2006,

QUEMENT C.
- *J.-Cl., Bail à loyer,* v° Bail commercial, sous-location, fasc. n° 1460

RABU G.
- *L'organisation du sport par le contrat, Essai sur la notion d'ordre juridique sportif*, (direction PORACCHIA D., RIZZO F.), Thèse, Aix-Marseille III, 2008

RANOUIL V.
- *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980

RENARD G.
- *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique,* Sirey, 1930

RODIERE P.
- *La convention collective de travail en droit international privé, Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Litec, Coll. Institut des relations internationales, 1987

ROLAND H., BOYER L.
- Adages du droit français, 4ème édition, Litec

ROMANO S.
- *L'ordre juridique*, Dalloz-Sirey, 2002

ROUHETTE G.
- *Contribution à l'analyse critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965

ROUJOU DE BOUBBEE G.
- *Essai sur l'acte juridique collectif*, (direction MARTY G.), LGDJ, 1961

SANA-CHAILLE DE NERE S.
- *J.-Cl., Civil Code*, art 1304 à 1314, v° Contrats et obligations, Nullité ou rescision des conventions, fasc. 10

SAINT-ALARY-HOUIN C., MONSÈRIÉ-BON M.-H.
- *J-Cl., Procédures collectives,* v° Redressement et liquidation judiciaires, Nullités de droit et nullité facultatives, fasc. 2502

SAYAG A. (Direction)
- *Le contrat cadre*, Tome 1, *Exploration comparative*, Litec, Coll. Le droit des affaires, 1994

SERIAUX A.
- « Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du Droit », *Droits*, 10, 1989, p. 85

SCHILLER S.
- *Rép. Dr. Sociétés, Dalloz*, v° *Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*

SCHÜTZ R.-N.
- *Rép. Civ. Dalloz*, v° *Inaliénabilité*

SEUBE J.-B.
- *L'indivisibilité et les actes juridiques*, (Préface CABRILLAC M.), Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome 40, 1999

SERIAUX A.
- *J.-Cl. Civil, Code*, article 900-1, v° Libéralités, Dispositions générales, Clauses d'inaliénabilité, fasc. unique

SIMLER P.
- *La nullité partielle des actes juridiques,* LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 101, 1969

SOURIAC M.-A.
- *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise, Thèse,* Paris I, 1986

SUMMER MAINE H.
- *Ancient Law: Its connection with the early history of society and its relation to modern idea,* (traduction Courcelle et Seneuil), Paris, Durand et Pedone, 1874

TCHEN V.
- *J.-Cl. Administratif,* v° *Domaines de la loi et du règlement,* fasc. n° 106

TERRE F. (direction)
-*Pour une réforme du droit des contrats,* Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009

TEYSSIE B.
- *Les groupes de contrats*, (préface MOUSSERON J.-M.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 139, 1975

THELLIER DE PONCHEVILLE B.
- « La condition préalable de l'infraction », (préface VARINARD A.), PUAM, Coll. Institut de Sciences Pénales et de Criminologie, 2010

THIEBIERGE C. (Direction)
- La force normative, naissance d'un concept, LGDJ, Coll. Hors Collection, 2009

TIMSIT G.
- *Thèmes et systèmes de droit,* 1ère édition, PUF, 1986

TOSI I.
- *Acte translatif et titularité des droits*, (préface IZORCHE-MATHIEU M.-L.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 471, 2006

VACHET G.
- *Les conflits entre conventions collectives en droit français, Thèse,* Lyon III, 1977

VAN DE KERCHOVE M. et OST F.
- *Le système juridique, entre ordre et désordre,* 1ère édition, PUF, 1988

VELARDOCCHIO-FLORES D.
- *Les accords extra-statutaires entre associés*, (Préface MESTRE J.) PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 1993

VERMELLE G.
- *Rép. Droit Imm. Dalloz*, v° *Baux d'habitation et mixtes (Rapports locatifs individuels : loi du 6 juillet 1989)*

VIAL-PEDROLETTI B.
- *J.-Cl., Bail d'habitation,* v° Locations régies par le droit commun du louage (Code civil), Droits du locataire, cession et sous-location, fasc. 236

VIOLET F.
- *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, (préface J. SCHMIDT-SZALEWSKI), PUAM, Coll. institut de droit des affaires, 2003

VIGNERON G.
- *J.-Cl. Copropriété*, v° Statut de la copropriété, Eléments constitutifs de la copropriété, parties communes et parties privatives, fasc. 62
- *J.-Cl. Copropriété*, v° Droits et obligations des copropriétaires, parties communes, attribution de droits d'usage privatif, fasc. 67
- *J.-Cl. Copropriété*, v° Aliénation de lots, Constitution de droit réels, fasc. 68-10
- *J.-Cl. Copropriété*, v° Location de lots, fasc. 68-20
- *J.-Cl. Copropriété*, v° Règlement de copropriété, généralités, champ d'application, fasc. 76
- *J.-Cl. Copropriété*, v° Règlement de copropriété, Etablissement, Modification, Force obligatoire, fasc. 77
- *J.-Cl. Copropriété*, Assemblées générales, voies de recours contre les décisions d'assemblée, Procédure, fasc. 87-20

WEILL A.
- *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse Strasbourg, Dalloz, 1938

WOEHRLING J.-M.
- *J.-Cl. Alsace-Moselle*, v° Perspectives sur le droit local, fasc.30

YILDIRIM G.
- *Rép. Civ., Dalloz*, v° *Communauté légale (2° Gestion des biens)*

III. ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS & MÉLANGES.

ALIBERT F., DEBEAURAIN A., DEBEAURAIN J., FAU G., PORTE R. et RYF J.-P.
- « Le règlement de copropriété », *Ann. Loyers*, 1971, p. 521

ALPA G.
- « Le contrat « individuel » et sa définition », *RID comp.*, 2-1988, p. 327

ALT-MAES F.
- « La contractualisation du droit pénal, mythe ou réalité ?», *RSC* 2002, p. 501

ANCEL M.-E.
- « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », *in, Code civil et modèles, Des modèles du code au code comme modèle*, (Direction T. REVET), LGDJ, Coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005, p. 285

ANCEL P.
- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771
- « Faut-il faire avec ? », *RDC* 2007, p. 538
- « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ?», *in, La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 307

ANONYME
« La hiérarchie des normes », *SSL*, 27 septembre 2004, supp. n° 1183, p. 27

ALIPRANTIS N.
- « Conflits entre conventions collectives de niveaux différents : Etude comparative », *RIDC*, 1987, p. 7

AMSELEK P.
- « Réflexions critiques autour de la conception Kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, p. 5
- « Norme et loi », *APD*, 1980, p. 89
- « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *APD*, 1983, t. 28, p. 271
- « L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN », *APD*, 1987-2, p. 305
- « Le droit, Technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 10, 1989, p. 7
- « Une fausse idée claire: La hiérarchie des normes juridiques », *in, Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, Coll. Etudes, Mélanges, Travaux 2007, p. 983

ARHAB F.
- « Les conséquences de la nullité (ou de la résolution) d'un contrat au sein des groupes de contrats », *RRJ*, 1999-1, p. 167

ARMAND-PREVOST M., RICHARD D.
- « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », JCP 1979, I, 2952

ATIAS C.
- « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p. 137
- « La réforme du statut de la copropriété des immeubles bâtis par la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 », *AJDI*, 2009, p. 284

AUBERT J.-L.
- « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1993, p. 263

AYNES L.
- « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 17, 2004, p. 120

BATIFFOL H.
- « La crise du contrat et sa portée », *APD*, 1968, p. 13

BEAUGENDRE S.
- « Le bailleur et la sous-location irrégulière », *AJDI*, 2004 p. 631

BENARD C.-M.
- « Représentation d'une association et pouvoir du président en matière de licenciement », *BJS*, n° 3, 2004, p. 422

BERAUD R.
- « L'indisponibilité juridique », *D.* 1952, chron., p. 189

BERTEL J.-P.
- « Liberté contractuelle et sociétés – Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés », *RTD com*, 1996, p. 595
- « le débat sur la nature de la société », *in, Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'A. SAYAG*, Litec, Coll. Le droit des affaires, 1997, p. 131

BEZARD P.
- « Face-à-face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise », *LPA*, 2004, n° 31, p. 45

BLAISE H.
- « Les conventions de travail », in : *Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, (Direction CADIET L.), Economica, Coll. Travaux et recherches, 1987, p. 49

BLATTER J.-P.
- « Baux commerciaux : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle, mars 2003 - mars 2004 », *AJDI*, 2004 p. 942

BOBBIO N.
- *« Kelsen et les sources du droit », APD*, 1982, p. 135
- « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *in, Essais de théorie du droit*, Bruylant, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 1998, p. 159

BOCQUILLON F.
- « Vrai fausse idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes », *Études offertes à P. ORTSCHEIDT*, PU Strasbourg, 2003, p. 25

BONNARD R.
- « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolph Merkl », *RDP* 1928 p. 669

BORENFREUND G.
- « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.*, 2004, p. 606

BOULOC B.,
- « L'objectif de sécurité dans la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. Sociétés* 1996 p. 437

BOY L.
- « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 119

BRENET F.
- « La théorie du contrat administratif, évolutions récentes », *AJDA* 2003, p. 923

BRETHE DE LA GRESSAYE J.
- « La convention collective de travail est-elle un contrat ? », *in* : *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 101

BURDEAU G.
- *« Essai sur l'évolution de la notion de loi », APD,* 1939, p. 7

BUTSTRAEN L.
- « La confirmation jurisprudentielle de la nature contractuelle de l'association », *LPA*, 1998, n° 35, p. 4
- « L'association contrat ou institution. L'association contrat et institution », *Gaz. Pal.*, 18 Décembre 2001, n° 352, p. 12

CAPOULADE P.
- « Copropriété et structures foncières dans la jurisprudence de la Cour de Cassation », *Administrer,* n° 274, janvier 1996, p. 4

CATALA P. (direction)
- *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription,* La documentation française, 2006

CERE J.-P., REMILLIEUX P.
- « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française », *AJ Pénal*, 2003, p. 45

CABRILLAC M.
- « Remarques sur la théorie du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *in*, Mélanges dédiés à G. MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235

CHALARON Y.
- « L'application de la disposition la plus favorable » *in : Les transformations du droit du travail, études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243
- « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.*, 1998, p. 355

CHAMPAUD C.
- « Le contrat de société existe-t-il encore ? », *in : Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives,* (Direction CADIET L.), Economica, Coll. Travaux et recherches, 1987, p. 125

CHANTEPIE G.
- « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 2009, n° 3, p.1233

CHAPUS R.
- « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, Ch., p. 22

CHAPUT Y.
- « La liberté et les statuts », *Rev. Sociétés*, 1989

CHARBONNEAU C., PANSIER F.-J.
- « Du renouveau de la notion de parties », *Defrénois*, 2000, p. 284

CHARTIER Y.
- « L'association, contrat dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *in : Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 195

CHAZAL J.-P.
- « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa premier du Code civil », *RTD civ.*, 2001, p. 265
- « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC*, 2003, n° 1, p. 27
- « L'autonomie de la volonté et la libre recherche scientifique », *RDC*, 07/04, p. 621

CHENEDE F.
- « Charles Toullier, les sources de l'obligation », *RDC*, 2010, n° 3 p. 1015 et s

CHEVALLIER J.
- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 3-1998, p. 659
- « Conclusion », *in, Contrat ou institution : Un enjeu de société*, (Direction BASDEVANT-GAUDEMET B.), LGDJ, Coll. Système droit, 2004, p. 183

CHEVILLARD A.
- « La notion de disposition la plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363

CHOLET D.
- « La distinction des parties et des tiers appliquée aux associées », *D.* 2004, p. 1141
- « La novation de contrat », *RTD civ* 2006, p.467

CISSE A.
- « Justice transactionnelle et justice pénale », *RSC* 2001, p. 509

CLAUDEL E.
- « Le droit civil des affaires. Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires, Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ? », *RTD com.*, 1999, p. 291

COIN G.
- « Politique contractuelle : l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.*, 1996, n° 1, p. 3

COLLART-DUTILLEUL F.
- « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », *in*, La nouvelle crise du contrat (direction JAMIN C. et MAZEAUD D.), Coll. Actes, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003, p. 225

CORNU G.
- « L'évolution du droit des contrats en France », *in, Journées de la société de législation comparée* 1979, p. 447

CORVEST H.
- « L'inaliénabilité conventionnelle », *Defrénois*, 1979, 32126

COURET A.
- *« Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance », D.* 1995, p. 163
- « La structure juridique des entreprises (corporate governance) », *RIDE,* 2/2002 (t. XVI), p. 339

DAGOT M.
- « Des donations non solennelles », *JCP G,* 2000, I, 248

DANIEL J.
- « Le devoir de mise en garde du banquier », *LPA* 2008, n° 35, p. 5

DE BECHILLON D.
- « Le contrat comme norme dans le droit positif public », *RFDA*, 1992, 1, p. 15
- « Sur la conception française de la hiérarchie des normes, Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, 1994, 32, p. 81

DEBOISSY F.
- « Rapport français, Le contrat de société », *in, Le contrat*, travaux de l'association H. Capitant, Tome LV, Société de législation comparée, p. 119

DE LA MARNIERRE E.-S.
- «Clause pénale : indemnité forfaitaire, dédit et pouvoir du juge de modérer ou augmenter », *D.* 1990, p. 390

DELEBECQUE P.
- « Responsabilité contractuelle, Responsabilité délictuelle : Brèves remarques », *RDC* 2007, p. 556

DELPECH X.
- « Difficultés probatoires dans la mise en œuvre de l'action directe du transporteur », *D.* 2006 p. 2529

DERRUPPE J.
- « Les baux ruraux et les sous-locations prohibées », *Rev. Dr. imm.,* 1993 p. 281

DESPAX M.
- « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », *Dr soc.* 1988, p. 8

DIDIER P.
- « A propos du contrat de concession : La station service », *D.* 1966, ch., p. 55
- « Le consentement sans l'échange : Contrat de société », *RJ com*, novembre 1995, p. 74
- « Brèves notes sur le contrat organisation », *in, L'avenir dur Droit, Mélanges en hommage à François Terré,* Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 635

DOUCET J.-P.
- « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal*., 1972, II, Doct., 726

DUCOULOUX-FAVARD C.,
- « Trente années d'influence du droit communautaire sur le droit français des sociétés », *Rev. Sociétés,* 1995 p. 649

DUPEYROUX H.
- « Sur la généralité de la loi », in, *Mélanges Raymond Carré de Malberg,* Fac-sim. de l'édition, Sirey 1933, 1977, p. 135

DURAND P.
- « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTD civ*., 1939, p. 353
- « Pouvoir syndical et puissance publique : A propos de la loi d 23 décembre 1946 sur les conventions collectives », *D.* 1947, Chron., p. 41

ENCINAS DE MUNAGORRI R.
- « Kelsen et la théorie générale du contrat », *in : Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2001, p. 109
- « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs », *RTD civ*, 2004, p. 594

EISENMANN C.
- « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », in, *Mélanges Raymond Carré de Malberg,* Fac-sim. de l'édition, Sirey 1933, 1977, p. 190

EYRIGNAC L.
- « Etendue de l'action estimatoire et déséquilibre entre les prestations contractuelles », *D.* 2006, p. 1213

FABRE-MAGNAN M.
- « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 85
- « Les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté n'ont pas valeur constitutionnelle », *JCP G.* 1997, I, 4039
- « Introduction », *in, La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant,* Tome IV, 1999, LGDJ, 2000, p. 1

FALAISE M.
- « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre inopposabilité et nullité)», *LPA*, 1997, n° 103, p. 5

FAVARIO T.
- « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. Sociétés*, 2008, p. 53

FAUGEROLAS L. et MARTIN D.
- « Les pactes d'actionnaires », *JCP G*, 1989, I, 3412

FAVENNEC-HERY F.
- « La date certaine des actes sous sein privé », *RTD civ*., 1992, p. 1

FEVRIER J.-M.
- « Remarques sur la notion de norme permissive », *D.* 1998, p. 271

FEVROT O.
- « Contribution à une théorie des avant-contrats administratifs: L'exemple de l'accord cadre », *RDP*, 2008, p. 363

FERRY C.
- « Portée des clauses d'inaliénabilité ayant pour objet des actions », *Dr. des sociétés*, n° 7, Juillet 2010, étude 12

FLORES G., MESTRE J.
- « Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société », *LPA*, 14 mai 1986, p. 25

FREMONT P.
- « De la force obligatoire des règlements de copropriété et de leurs modifications éventuelles », *Administrer*, 1998, p. 13

FROSSARD S.
- « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions de champ d'application plus large », *Dr. soc.* 2000, p. 617

GAUTIER P.-Y.
- « Où la Cour de cassation renoue avec le très ancien droit romain, en réintroduisant massivement le principe du parallélisme des formes dans la modification ou l'extinction des obligations contractuelles », *RTD civ*. 1996 p. 643
- « Le retour en force du parallélisme des formes (suite) : A propos de la modification d'un emprunt », *RTD civ.* 1998, p. 698
- « Inefficacité du pacte de préférence : même la publicité foncière ne lui est d'aucun secours », *RTD civ.*, 1999, p. 644
- « Opposabilité du contrat par les tiers : pas d'arrêts trop « doctrinaux » », *RDC* 2007, p. 558

GAIN M.-O.
- « Le droit de préemption de la Safer et les ventes indivisibles », *JCP N* 2002, p. 1396

GERMAIN M.
- « Rapport général, le contrat de société », *in, Le contrat*, travaux de l'association H. Capitant, Tome LV, Société de législation comparée, p. 25

GERMAIN M., VATINET R.
- « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », *in : Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 397

GHESTIN J.
- « *L'utile et le juste* dans les contrats », *D.* 1982, ch. p. 1
- « La nation de contrat », *D.* 1990, Ch., p. 147
- « La distinction des parties et des tiers au contrat », *JCP G.*, 1992, I, n° 3628
- « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1994, p. 777
- « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, Rapport de synthèse », in, *La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant,* Tome IV, 1999, LGDJ, 2000, p. 223
- « les données positives du droit », *RTD civ.* 2002, p. 11

GIRARD P.-A., PROHASZKA J.-P.
- « La protection de l'acquéreur immobilier au regard de la situation hypothécaire », *JCP N.*, 2003, p. 1320

GRANET F.
- « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », *in*, *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA,* Litec 2001, p. 41

GRANGE J.
- « Les conventions et accords collectifs de groupe », *SSL*, supp. n° 1183, 27 septembre 2004, p. 73

GRIMALDI C.
- « Toute faute contractuelle est un faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ! », *RDC* 2007, p. 563

GROULIER C.
- « L'impératif dans la jurisprudence *Duvignères* : réflexion sur un « sésame contentieux » », *RFDA* 2008, p. 941

GRZEGORCZYK C.
- « Le concept de bien juridique : l'impossible définition? », *APD*, 1979 p. 259

GUELFUCCI-THIEBIERGE C.
- « De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement du principe de l'effet relatif », *RTD civ.*, 1994, p. 275

HART H.L.A.
- « L'importance des définitions en droit », *in*, *Le positivisme juridique*, LGDJ, Coll. LA pensée juridique, 1992, p. 90

HASSLER T.
- « l'intérêt commun », *RTD com* 1984, p. 581

HAURIOU M.
- « L'institution et le droit statutaire », Recueil de législation de Toulouse, Deuxième série, T. II, Édouard Privat, 1906, p. 134
- « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in : *Aux sources du Droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, 1933, p. 91

HECART C.
- « L'action directe du voiturier : sagacité ou maladresse ? », *D.* 2006, p. 1821

HOLLEAUX A.
- « Vers un ordre juridique conventionnel », *Bulletin de l'IIAP*, 1974, p. 680
- « La fin des règles générales », *Bulletin de l'IIAP*, 1976, p. 419

HOUTCIEFF. D.
- « La sanction des règles de formation du contrat », *in, Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 223

HOVASSE H.
- « Les cautionnement donnés par les sociétés et l'objet social », *Dr. et patrimoine*, 4/2001, p. 76

JACQUES P.
- « Einstein à la Cour de cassation : la relativité de la théorie », *RDC* 2007, p. 569

JAMIN C.
- « L'oubli et la science, Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIXème et XXème siècles », *RTD civ.*, 1994, p. 815
- « Une brève histoire politique des interprétations des l'article 1134 du code civil », *D.* 2002, Ch. p. 901

JEAMMAUD A.
- « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199
- « Le principe de faveur : Enquête sur une règle émergente » *Dr. soc.* 1999, p. 115

JEAMMAUD A., LE FRIANT M., LYON-CAEN A.
- « L'ordonnancement des relations de travail », *D.* 1998, p. 359

JEAMMIN-PETIT E.
- *La libéralisation du changement de régime matrimonial*, *JCP G*, 2007, I, 108

JOSSERAND L.
- « L'essor moderne du concept contractuel », *in, Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, Sirey, 1934 p. 333

JUDE J.-M.
- « Le règlement par carte bancaire et par chèque : unité ou dualité ? (au juriste de lire les cartes), *D.* 2003, p. 2675

JULIEN-LAFERRIERE F.
- « Contractualisation *versus* institutionnalisation de l'action publique », *in, Contrat ou institution : Un enjeu de société,* (Direction BASDEVANT-GAUDEMET B.), LGDJ, Coll. Système droit, 2004, p.47

KALINOWSKI G.
- « Trois notions du droit », *Droits*, 10, 1989, p. 45

KELSEN H.
- « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33
- « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », RFDC, 1990, p. 17

KENFACK H.
- « Actualité du droit de la sous-location », *AJDI*, 2007, p. 812

LAFOND J.
- « La copropriété, contrat ou institution ? », *Administrer*, Mars 1977, p. 2
- « De la jurisprudence à la pratique notariale », *JCP N*, 2006, p. 1223

LAULOM S. et MERLEY N.
- « La fabrication du principe de faveur », *Revue de droit du travail*, 2009, p. 219

LALOU H.
- « 1382 contre 1165, ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard d'un tiers », *DH*, 1928, chron., p. 69

LANGLOIS P.,
- « Droit civil et contrat collectif de travail », *Dr. soc.*, 1988, p. 395
- « Approche critique des principales dispositions du projet de loi I», *SSL*, 19 janvier 2004, n° 1152, p. 6
- « Approche critique des principales dispositions du projet de loi II», *SSL*, 26 janvier 2004, n° 1153, p. 9

LAPEYRE C.
- « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques », *BJS*, 2004, p. 21

LE CANNU P.
- « Le règlement intérieur des sociétés », *BJS*, 1986, n° 7-8, p. 723

LE GOFF J.
- « La naissance des conventions collectives », *Droits*, 12, 1990, p. 67

LE NABASQUE H.
- « L'EURL ne serait-elle qu'un…leurre », *BJS.*, 1993, n° 12, p. 1250

LE TOURNEAU P.
-« De l'évolution du mandat », *D.* 1992, Ch., p. 157

LEVENEUR L.
- « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA*, 1998, p. 676

LIBCHABER R.
- « La société contrat spécial », in, *Prospectives du Droit économique, Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 281

LOKIEC P.
- « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293

LOMBOIS C.
- « Commentaire de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis I », *D.* 1966, législation, p. 93
- « Commentaire de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis II », *D.* 1966, législation, p. 425

LOT J.
- « Les rapports juridiques syndicat de copropriété/locataires », *Administrer*, juillet 1979, p. 9

LOUIS-LUCAS P.
- « Les conventions collectives de travail », *RTD civ.*, 1919, p. 65
- « La loi », *D.* 1964, Chron., p. 197

MAINGUY D.
- *« L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », RTD Civ.* 2004 p. 1
- « Annulation et substitution : les deux mamelles de la préférence ? », *D.* 2006, p. 1861

MALAURIE P.
- *« La pensée juridique du droit au XX*^{ème} *siècle », JCP G* 2001, I, 283

MALLET-BRICOUT B.
- « Contribution à l'étude de la théorie de la représentation : La substitution de mandataire », *LPA*, 21 décembre 1999, n° 253, p. 13

MANTELET J.-P.
- « Louage immobilier et statut de la copropriété », *Administrer*, février 1994, p. 2

MAROT Y.
- « La loi du 1er juillet 1901 sur les associations : Un principe de liberté ou un principe de démocratie ? L'association : un contrat ou une personne juridique », *D.* 2001, p. 3106

MARTIAL-BRAZ N.
- « Fausse note dans la symphonie de l'assurance-vie : quand la Cour de cassation joue le désaccord à l'égard du législateur sur les conséquences de l'acceptation du bénéficiaire » *LPA*, 2008, n° 98, p. 13

MARTIN X.
- « De l'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Revue d'histoire des droits français et étranger*, 1982, 589

MARTY G.
- « De la place des conventions dans l'ordonnancement juridique », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1951, p. 75

MARTY R.
- « De l'indisponibilité conventionnelle des biens I », *LPA*, 2000, n° 232, p. 4
- « De l'indisponibilité conventionnelle des biens II », *LPA*, 2000, n° 233, p. 8

MEKKI M.
- *« Le discours du contrat : Quand dire, ce n'est pas toujours faire », RDC*, 2006, n° 2, p. 297
- « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, n° 3, p. 679

MESTRE J.
- « La société est bien encore un contrat …» *in : Mélanges à la mémoire de C. Mouly*, t. II, Litec 1998, p. 131
- « La spécificité juridique des contrats conclus par les sociétés », *Revue Lamy droit civil*, 2004, n°1, p. 41

MATHIEU-IZORCHE M.-L.
- *« Une troisième personne bien singulière ou 2 + 1 = tout autre chose », RTD civ.*, 2003, p. 51

MAY J.-C.
- « La société, contrat ou institution », *in, Contrat ou institution : Un enjeu de société*, (Direction BASDEVANT-GAUDEMET B.), LGDJ, Coll. Système droit, 2004, p. 122

MAZEAUD D.
- Observations sous, Civ. 3, 12 octobre 1994, *Inédit, Defrénois*, 1995, p. 738

MAZEAUD P.
- « La loi n'est pas un rite incantatoire », *JCP G.* 2005, actu. 70

MEKKI M.
- « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* 2010, n° 1, p. 349

MICHALAUSKAS M.
- « La nature juridique de l'association », *in, Contrat ou institution : Un enjeu de société*, (Direction BASDEVANT-GAUDEMET B.), LGDJ, Coll. Système droit, 2004, p. 151

MILLARD E.,
- « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 30/31, 1995, p. 390
- « Qu'est-ce qu'une norme juridique », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 21, 2006 p. 87

MONIN M.
- « 1989, Réflexions à l'occasion d'un anniversaire : Trente ans de hiérarchie des normes »., *D.* 1990, p. 27

MONJAL P.-Y.
- « La conférence intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires », *RTD Eur*., 1996, n° 4, p. 687

MONTANERI G.
- « Règles et techniques de la définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne : La synecdoque française », *RID comp.*, 1984, p. 7

MONTEILLET I.
- « L'influence à l'égard des juridictions ordinaires des réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions », Gaz. Pal., 01 juin 2002 n° 152, p. 3

MORAND M.
- « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », *Revue de droit du travail*, 2007, p. 144

MORIN G.
- « La vente entre époux », *Defrénois* 1991, n° 20, p. 1089

MORIN M.-L., TEYSSIER F.
- « L'accord-cadre », *Dr. soc.*, 1988, n° 11, p. 741

MORVAN P.
- « Conventions et accords dérogatoires après la loi du 4 mai 2004 : De la théorie des flaques d'eau », *in* : *Le nouveau droit de la négociation collective*, (Direction TEYSSIE B.), Editions Panthéon-Assas, série « Colloques », 2004, p. 37

NUEUR J.-J.
- « Le contrat institution : Essai sur les modes de formation du contrat en droit privé », *LPA*, 19 juin 1995, n° 73, p. 4

NGUYEN XUAN CHANH
- « Le sort des actes irrégulièrement accomplis au nom d'une société commerciale », *D.* 1978, Ch., p. 69

OGIER-BERNAUD V.
- « Le conseil Constitutionnel et l'embarrassant « principe de faveur »», *RFDC*, 2003, n° 55, p. 567

OLIVIER J.-M.
- « Les conflits de source en droit du travail » *in, Les sources du droit du travail*, (dir. TEYSSIE B.), PUF, Coll. Droit, éthique, société, 1998, p. 201

OSMAN F.
- « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois*, 1993, n°2, p. 65

PARLEANI G.
- « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés*, 1991, p. 1

PAILLUSSEAU J.
- « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP G*,, 1984, I, 3148
- « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.*, 1993, p. 705

PELIKANOVA I.
- « Le droit privé dans les ex-pays communistes », *D.* 2007, p. 1408

PELISSIER J.
- « Existe-t-il un principe de faveur, en droit du travail ? » *in : Mélanges dédiés au Président M. DESPAX*, PU De sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 389

PETIT B.
- « Les transports », *JCP E.*, 1999, p. 712

PETIT F.
- « L'ordre public dérogatoire », *RJS*, 4/07, Chronique, p. 1

PETIT S.
- « La vente de la chose d'autrui », *D.* 2007, p. 3116

PERITCH J.
- « La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés », *RTD civ.*, 1929, p. 5

PFERSMANN O.
- « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *RFDC*, 1997, p. 481
- « Hiérarchie des normes » *in*, *Dictionnaire de la culture juridique*, (Direction RIALS S., ALLAND D.), PUF, Quadrige, 2003, p 779

PIAZZON T.
- « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTD civ*. 2009

PICARD J.
- « L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs : Nullité/inopposabilité », *Dr. sociétés*, 1998, p. 4

PIQUET S.
- « L'indivisibilité des contrats », *D.* 1996, p. 141

POLLAUD-DULIAN F.
- « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ* 2001, p. 487

POLLAUD-DULLIAN F. et RONZANO A.
- « Le contrat cadre, par delà les paradoxes », *RTD com.*, 1996, p. 179

PONS S.
- *« Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties » LPA*, 2008, n° 71, p. 4

PORACCHIA D.
- « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », *Rev. Sociétés*., 2000, p. 223
- « Aux confins du contrat, l'ordre juridique sportif », Les cahiers de droit du sport, n° 11, 2008, doctr. p. 17

PORTALIS J.-E.-M.
- *Discours préliminaire du premier projet de Code civil, in*, FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, 1836, T. I, p. 463

POTENTIER P.
- « L'association, personne ou contrat ? Propos d'après congrès », *Defrénois*, 1996, n° 22, p. 1323
- « La liberté de rédaction du contrat d'association ; Ombre et lumière », *LPA*, 1996, n° 50, p. 20

PUIG P.
- « La hiérarchie des normes : Du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749
- « Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative », in, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 284

PUTMAN E.
- « Kant et la théorie du contrat », *RRJ*, 1996-3, n° 7, p. 685

RADE C.
- « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 1 – L'impasse », *D*. 1999, p. 313
- « Droit du travail et conventions collectives », *RDC*, 2004, n° 4, p. 1001

RANDOUX D.
- *« Vers un droit commun des groupements »*, *JCP G* 1996, I, p. 471

RAY J.-E.
- « Les curieux accords dits majoritaires dans la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.*, 2004, n° 6, p. 590

RAYNARD J.
- « La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution », *JCP E*, 2005, *Cah. dr. entr*. n° 3, p. 34

REIGNE P.
- « Les clauses limitant ou restreignant la démocratie dans les associations », *Rev. Société,* 1990, p. 377

REVET T.
- « Le « contrat-règles »», *in, Libre Droit, Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, Coll. Etudes, mélanges, travaux, 2008, p. 919
- « objectivisation et subjectivisation du contrat. Quelle valeur juridique? », *in, La nouvelle crise du contrat*, Dalloz-Sirey, Coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 83

RIPERT G.
- « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in, Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, Sirey, 1934, p. 347

RIZZO F.
-« Le principe de l'intangibilité des engagements des associés », *RTD com* 2000, p. 27

ROCARD M.
- « Le malaise français en matière de contractualisation », *in, Approche critique de la contractualisation*, (direction CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D.), LGDJ, Coll. Droit et société, 2007, p. 179

RODIERE P.
- « La loi du 4 mai 2004 sur la dialogue social : Une réforme en devenir », *SSL*, 27 septembre 2007, n° 1183, p. 6

RODIERE R.,
- **«** Des commissionnaires de transport successifs **»**, *D.* 1958, Chron., p. 217

ROUAST A.
- « La nature et l'efficacité de la convention collective de travail », *DS*, 1960

ROUHETTE G.
- *« La révision conventionnelle du contrat »*, *RID comp.*, 2-1986, p. 369
- « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *in, Les contrat aujourd'hui: comparaison franco-anglaise*, (direction TALLON D., HARRIS D.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 196,1987, p. 27
- « La définition du contrat et la méthode juridique française », *Droits*, 12, 1990, p. 59

ROUX J.-M.
- « L'opposabilité du règlement de copropriété au locataire », *La Revue des Loyers*, 2004, p. 392

SAMUEL X.
- *Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel*, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/reserves.pdf, 2007, p. 13

SAUNIER S.
« L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA* 2007, p. 609

SAVATIER R.
- « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.*, 1934, p. 525

SCHMIDT D.
- « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme : Prolégomènes », *BJS*, 2000, n° 1, p. 9

SCHMIDT J.
- « Le prix du contrat de fourniture », *D.* 1985, ch., p. 176

SEILLER B.
- « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004 p. 963

SEUBE J.-B.
- « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », *Journal des Sociétés*, avril 2008, p. 38

SIMLER P.
- « Les clauses d'inaliénabilité », *D.* 1971, Légis., p. 416-1

SIMON G.
- *« Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », Droit*s, 12, 1990, p. 97

SIRI A.
- « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat, de 1804 à l'heure présente », *RRJ*, 2008-3, p. 1339

SOURIAC M.-A.
- « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.*, 2004, n° 6, p. 579

SOURIOUX J.-L.
- « Un qualificatif peut-en cacher un autre », *RDC* 2007, p. 583

STEIN S.
- « La sécurisation des accords de branche – Commentaire de l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 », *SSL*, 27 septembre 2007, n° 1183, p. 64

STARCK B.
- « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP G*, 1954, I, 1180

STOFFEL-MUNCK P.
- « La relativité de la faute contractuelle », *RDC* 2007, p. 587

STORCK J.-P.
- « La validité des conventions extra-statutaires », *D.* 1989, Ch., p. 267

SUPIOT A.
- « La relativité du contrat en question. Conclusion générale », *in, La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant,* Tome IV, 1999, LGDJ, 2000, p. 183

TAURAN T.
- « Remarques sur la complexité actuelle des normes juridiques : L'exemple du droit du travail », *RRJ*, 2003-2, vol. I, p. 933

TEILLIAIS G.
- « La sous-location de locaux commerciaux », *Defrénois*, 1997

TERRE F.
- « La "crise" de la loi », *APD*, 1980, p. 17
- « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », *RJ com*, numéro spécial, novembre 1991, p. 9

TERNEYRE P.
- « Les rapports hiérarchiques entre constitution, loi et contrat en droit positif français », *in, Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, Coll. Etudes, Mélanges, Travaux, 2007, p. 1435

THUILLIER H.
- « Contribution à la théorie des sources en droit du travail. La réception des sources : un ordre statutaire », *JCP G*. 1974, I, 2649

THULLIER B.
- « Revirement de jurisprudence : une chambre mixte admet la substitution du bénéficiaire du pacte violé », *JCP N*., n° 29, 21 Juillet 2006, 1256

TIMSIT G.
- « Système », *in*, *Dictionnaire de la culture juridique*, (Direction RIALS S., ALLAND D.), PUF, Quadrige, 2003, p. 1442
- « Les métaphores dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XXXVIII-117 | 2000, mis en ligne le 17 décembre 2009, consulté le 24 septembre 2010. URL : http://ress.revues.org/712

TISSANDIER H.
- « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. soc.*, 1997, p. 1045
- « L'articulation des niveaux de négociation : Des principes en mutation », *SSL*, 27 septembre 2007, n° 1183, p. 57

TOSI J.-P.
- « Le manquement contractuel dérelativisé », *in*, *Ruptures, mouvements et continuité du droit (Autour de Michelle Gobert)*, Economica, 2004, p. 479

TROPER M.
- « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RDP* 1978, p. 1523
- « Système juridique et État », *APD* 1986, p. 29
- « Souveraineté de l'État et hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle: En guise d'introduction: La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif», *Les cahiers du conseil constitutionnel*, n° 9/2000, p. 137
- «Séparation des pouvoirs», *in*, Dictionnaire électronique Montesquieu [En ligne], mis à jour le : 14/02/2008, URL : http://dictionnaire-montesquieu.ens-lsh.fr/index.php?id=286

VACHET G.
- « La réforme de la négociation collective », *JCP E.*, 2004, p. 1245

VASSEUR M.
- « Un nouvel essor du concept contractuel », *RTD civ*. 1964, p. 5 ;

VATINET R.
- « Le mutuus dissensus », *RTD civ.* 1987 p. 252

VERNENGO R.
- « Le droit est-il un système », *APD*, 1991, p. 253

VIANDIER A.
- *« Le règlement intérieur du conseil d'administration des sociétés cotées »*, RJDA 12/2003, p. 1003

VIOLET F.
- « Rupture de manière délibérée et de mauvaise foi de pourparlers », *JCP E,*, 2001, p. 422

WICKER G.
- « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC* 2007, p. 593

WINTGEN R.
- « « Tout fait quelconque de l'homme… » : Le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du code civil, *RDC* 2007, p. 609

ZARIFIAN C.
- « À la recherche de l'efficacité perdue des pactes de préférence extra-statutaire », *Gaz. Pal.*, Doctr., 2004, p. 1622

ZAKI M. S.
- « Le formalisme conventionnel, illustration de la notion de contrat-cadre », *RID comp*., 1986, p. 1043

IV. NOTES, OBSERVATIONS, & CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE.

ALFANDARI E., JEANTIN M.
- Observations sous Civ. 1, 6 mars 1979, *RTD com*., 1979, p. 753

ATIAS C.
- Note sous, Civ. 3ème, 26 mai 1988, *Bull. civ.* III, n° 98 p. 55 ; *D.* 1989, p. 421
- Note sous, Civ. 3, 9 juin 1993, *D.* 1994, p. 127

AYNES L.
- Observations sous, Civ. 3, 15 décembre 1993, *D.* 1995, p. 87
- Observations sous Civ. 3, 4 janv. 1995, *D.* 1995, *Somm.* p. 236
- Note sous, Ass. Plén., 1 décembre 1995, *D.* 1996, p. 13

BARBIERI J.-F.
- Note sous, Com. 26 janvier 1993, *Rev. Sociétés*, 1993, p. 396,
- Note sous, CA Versailles, ch. com. réunies, 13 février 2001, *BJS*, 1er août 2001 n° 8-9, p. 868
- Note sous, Civ. 3, 19 juillet 2000, *Rev. Sociétés*, 2000, p. 737
- Note sous, Civ. 1, 31 octobre 2007, *BJS* 2008, n° 5, p. 450
- Note sous, Com. 8 décembre 2009, *Dr. rural*, n° 383, 2010, comm. 65

BECHADE J.
- Note sous, Civ. 3ème, 28 février 1969, JCP G 1970, n° 16220

BENABENT A.
- Note sous, Ch. Mixte, 13 mars 1981, *Bull. civ* Mixte., n° 3, *D.* 1981, p. 309

BENAC-SCHMIDT F.
- Note sous, Civ. 3, 15 décembre 1993, *D.* 1994, p. 507

BOUCHE N. et BOURRIER C.
- « La sanction des clauses contractuelles contraire à une convention collective », *D.* 1999, p. 159

BOULOC B.
- Note sous, Civ. 1ère, 2 décembre 1992, *RTD com.* 1993, p. 567

BOUYSSOU F., TEISSEYRE C.
- Note sous, Civ. 3, 23 septembre 2009, *AJDA* 2010, p. 685

BIGOT J.
- Note sous, Civ. 27 déc. 1960, *D.* 1961, *juris*. p. 491

BILLAU M.
- Commentaire sous, Ass. Plén. du 6 octobre 2006, JCP G., 2006, II, 10181

BRUN P.
- « Conditions de l'annulation d'une vente conclue en violation d'un pacte de préférence : les exigences démesurées de la Cour de cassation », Observations, sous, Civ. 3, 10 février 1999, *D.* 2000 p. 278

CABANNES J.
- Conclusions sous, Ass. Plén. 28 mai 1982, *D.* 1983, p. 117

CAPOULADE P.
- *« Action oblique et copropriété : conditions dans lesquelles un syndicat des copropriétaires peut poursuivre l'expulsion d'un locataire »*, Observations sous, Civ. 3e, 20 décembre 1994, *D.* 1997, p. 245
- Note sous, Civ 3, 7 avril. 2004, *Administrer*, juin 2005, p. 28
- Note sous, Civ. 3, 4 juillet 2007, *AJDI*, 2008, p. 488

CAPOULADE P. et GIVORD C.
- Note sous, Civ. 3, 4 janv. 1991, *Société Pierre et vacances et autres c/ Larroqué et autres*, *Rev. Dr. imm.* 1991 p. 248

CAPOULADE P., GIVERDON C.
- Note sous, Civ. 3, 4 janvier 1991, *Rev. Dr. imm*. 1992, p. 248
- Note sous, Civ. 3, 9 juin 1993, *Rev. Dr. Imm*., 1993, p. 429
- Note sous, Civ. 3, 25 janvier 1995, *Rev. Dr. Imm*., 1995, p. 370

CARBONNIER J.
- Note sous, Ch. réunies, 7 mars 1960, *Bull. civ., Ch. réunies*, n° 1, *RTD civ*. 1960, p. 494

CAUSSIN J.-J. et VIANDIER A.
- Observations sous, Civ. 1, 22 novembre 1994, *JCP E.*, 1995, p. 447

CHAPUT Y.
- Note sous, Com., 18 juillet 1989, *Rev. Sociétés*, 1990, p. 601
- Note sous, Com., 1 février 1994, *Rev. Sociétés*, 1994 p. 697

CHARTIER Y.
- Note sous, Civ. 1, 2 décembre 1975, *JCP G*, 1976, II, 18390
- Civ. 1., 21 mars 2000, *D.* 2000, p. 475

COHET-CORDEY F.
- Note sous, Civ. 3, 23 septembre 2009, *AJDI* 2010, p. 578

COLLART-DUTILLEUL F.
- Note sous, Civ. 3, 10 février 1999, *Rev. Dr. imm.* 1999, p. 316
- « Le pacte de préférence : entre retour à l'ordre et nouveau désordre », note sous Ch. mixte, 26 mai 2006, *RDC*, 2006, n° 4, p. 1131

COURET A.
- Note sous, Civ. 1, 1 février 2000, *BJS*., 2000, p. 501
- Note sous, Com. 14 juin 2000, *BJS*, 2000, p. 1054

DAGORNE-LABBE Y.
- Note sous Civ. 3, 10 février 1999, *JCP G*.1999, II, n° 10191

DE LA MARNIERRE E.-S.
- Note sous, 26 octobre 1982, *Gaz. Pal*. 1983, 2, p. 661

DE LA VAISSIERE F.
- Observations sous, Civ. 3, 31 mai 2006, *Bull. civ. III*, n° 136 p. 112, *AJDI* 2006, p. 830

DELEBECQUE P.
- Observations sous, Ass. Plén., 1 décembre 1995, *Defrénois* 1996, p. 747
- *« Sanction de la violation d'un pacte de préférence »,* Note sous Ch. mixte, 26 mai 2006, *JCP E.*, n° 38, 21 Septembre 2006, 2378

DELPECH X.
- Observations sous, Com. 13 juin 2006, *D*. 2006, p. 1740

DEUMIER P.
- Observations sous, CC, 21 avril 2005, décision n° 2005-512 DC, *RTD civ*. 2005, p. 564

DIDIER P.
- « L'organe compétent lors de la cession de l'actif d'une société », note sous Com. 24 juin 1997, *Rev. Sociétés*, 1997 p. 792

DUMOND-LEFRAND M.-P.
- Observations sous, Civ. 3, 27 septembre 2006, *AJDI*, 2007, p. 197

FABRE-MAGNAN M.
- « Les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté n'ont pas valeur constitutionnelle », comm. Sous, CC, Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *JCP G*, 1997, I, 4039

FAGES B.
- Note sous, Com. 20 février 2007, *RTD civ.* 2007, p. 562
- Note sous, Civ. 3, 23 septembre 2009, *RTD civ.* 2009, p. 717

FAVOREU L.
- « Constitutionnalité de la loi créant les plans d'épargne-retraite », commentaire sous, CC Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *D.* 1999 p. 234

FOURNIER A.
- Note sous, Civ. 3, 16 mars 1994, *D.* 1994, p. 486

FRANK E.
- Note sous, Civ. 3, 4 mars 1971, *D.* 1971, juris, p. 358

GAILLARD E.
- Note sous, Ass. Plén. 28 mai 1982, *D.* 1983, juris, p. 349

GAUTIER P.-Y.
- Observations sous, Civ. 3, 4 janvier 1991, *RTD civ*. 1992, p. 138
- Observations sous, Civ. 3, 10 février 1999, *RTD civ*. 1999, p. 856
- « Violation du pacte de préférence : De la relativité de la division des obligations de faire et de ne pas faire, ou comment d'une commodité, on a fait un principe », observations sous Civ. 1, 10 juillet 2002, *RTD Civ.* 2003 p. 107
- **«** La théorie du mandat apparent inversée : le supposé mandataire peut l'opposer au tiers, sans qualité pour invoquer la nullité de l'acte », observations sous, Civ. 1, 2 nov. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 138
- « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », commentaire sous, ch. Mixte, 26 mai 2006, *D.* 2006 p. 1861
- Observations sous Com. 26 mars 2008, *RTD civ.*, 2008, p. 689
- Observations sous, Civ. 3, 23 septembre 2009, *RTD civ.* 2010, p. 127
- Observations sous, Civ. 3, 10 mars 2010, *RTD civ*. 2010, p. 343

GHESTIN J.
- Note sous, Civ. 3, 15 avril 1980, *D*. 1981, IR, p. 314
- Observations sous, Ass. Plén., 1 décembre 1995, *JCP G.*, 1995, II, 22565

GIVERDON C.
- Observations sous, CA Versailles, 18 octobre 1983, *D.* 1984, IR 382
- Observations sous, CA Paris, 27 avril 1984, *D.* 1984, IR 385
- « Hommage rendu à la volonté exprimée dans le règlement de copropriété », observations sous, Civ. 3e, 4 juin 1998 *Patrick Simon c/ Syndicat des copropriétaires. 12, rue Oswaldo-Cruz 75016 Paris*, *Rev. Dr. Imm.* 1998 p. 416
- Civ. 3, 6 mars 2002, *Bull. civ. III*, n° 56 p. 48, *AJDI* 2002, p. 614

GIVERDON C., LAFOND J., BOUYEURE J.-R.
- Note sous, Civ. 3, 22 mai 1990, *D.* 1991, p. 81

GIVORD C.
- Observations sous CA Grenoble, 13 oct. 1965, *D.* 1966, jur., p. 168

GUILLOT E.-J.,
- Commentaire sous, Civ. 3ème 4 janvier 1990, *Administrer*, octobre 1990, p. 50

GUYON Y.
- Observation sous, Civ. 1, 13 juin 1995, *Rev. Société* 1996, p. 75

HALLOUIN J.-C.
- Note sous Civ. 1, 8 octobre 1996, *D.* 1997, p. 232

HAMON L.
- Note sous CC, 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC, *D.* 1983, p. 169

HOUBRON H.
- « L'exécution forcée du pacte de préférence », *LPA*, 18 septembre 2006 n° 186, p. 12

JEANTIN M.
- *« Coopérative. Durée de l'engagement des coopérateurs »,* note sous : Civ. 1, 13 juin 1995, *RTD com.* 1996, p. 80

JEOL M.
- Conclusions sous, Ass. Plén., 1 décembre 1995, *JCP G.*, 1995, II, 22565

JOURDAIN P.
- Observations sous, Civ. 1, 8 mars 1988, *JCP* 1988, II, 21070 et *RTD civ.* 1988, p. 760
- Observations sous, Civ. 1, 21 juin 1988, *JCP* 1988, II, 21125
- « Responsabilité pour violation d'un pacte de préférence : la Cour de cassation condamne la substitution de contractants », Note sous, Civ. 3, 30 avril 1997, *RTD Civ*. 1997 p. 673
- Note sous, Ass. Plén. du 6 octobre 2006, *RTD civ.* 2007, p. 123

KENFACK H.
- « Droit des transports, Juillet 2005- Juin 2006 », observations sous, Com. 13 juin 2006, *D.* 2007, p. 111

KUHN C.
- Civ. 1, 31 octobre, *LPA* 2008, n° 189, p. 6

LAITHIER Y.-M.
- Note sous, Civ. 1, 31 octobre 2007, *RDC* 2008, n° 2, p. 248

LARROUMET C.
- Note sous, Civ. 1, 21 juin 1988, *D.* 1989, p. 5
- Note sous, Ass.plén., 29 mars 1991, *D.* 1991, Jur. p. 324

LECUYER H.
- Note sous , CA Paris, sect. A, 6 décembre 2005, *BJS*, 01 avril 2006, n° 4, p. 521

LE GUIDEC R.
- Note sous, Civ. 1, 6 juillet 1976, *JCP G.*, 1978, II, 18845

LEOST R.
- Commentaire sous, Civ. 3, 25 janvier 1995, *AJDI* 1995, p. 868

LEVENEUR L.
- Note sous, Ass. Plén., 1 décembre 1995, *JCP G.*, 1996, II ; *JCP E*, 1996, II, 776
- **«** La violation du pacte de préférence peut être sanctionnée par la substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur de mauvaise foi », Note sous Ch. mixte, 26 mai 2006, JCP G., 2006, II 10142
- Note sous, Ass. Plén. du 6 octobre 2006, *Contrats concu. conso.*, 2007, comm. 63
- Note sous Civ. 3, 23 septembre 2009, *Contrats, concu. conso*., n° 1, 2010, comm. 2

LIBCHABER R.
- Note sous, Civ. 3, 23 septembre 2009, *Defrénois* 2010, n° 1, p. 104

LUCAS F.-X.
- Note sous, Civ. 1, 25 mai 2004, *RDC*, 2004, p. 1018

MAGNIN F.
- Note sous, Paris 23ème Ch. A., 3 novembre 1982, *D*. 1985, somm. p. 24

MALINVAUD P.
- Observations sous, Ass. Plén. du 6 octobre 2006, *Rev. dr. imm.* 2006, p. 504

MATHIEU B.
- « Une convention collective ne peut réglementer le droit de grève : encore un progrès dans l'application de la Constitution par le juge social », note sous, soc., 7 juin 1995, *D.* 1996, p. 75
- Note sous, CC, 21 avril 2005, décision n° 2005-512 DC, *JCP G.* 2005, actu., n° 250

MAZEAUD D.
- *« La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat »*, Note sous Civ. 3, 30 avril 1997, *D.* 1997, p. 475
- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, n°1, p. 295
- « Exécution forcée en nature des avant-contrats », *RDC* 2006, n° 4, p. 1080

MESTRE J.
- Observations sous, Ass. Plén., 1 décembre 1995, *RTD civ.* 1996, p. 153
- Observations sous, Civ. 3, 10 février 1999, *RTD civ*. 1999, p. 616

MESTRE J., FAGES B.
- Observations sous, Civ. 1, 13 février 2001, *RTD civ*. 2002, p. 92
- Observations sous, CA Lyon, 26 avril 2006, *RTD civ*. 2007, p. 339

MOLFESSIS N.
- « La loi de la course », *RTD civ*. 1998, p. 778

MORETTI P.
- Note sous, Com. 12 janvier 1988, *LPA* 1988, n° 107, p. 2

MORIN G.
- Note sous, Civ. 1, 28 juin 1983, *D.* 1984. 254

MORTIER R.
- Note sous, Civ. 1, 31 octobre 2007, *JCP N*. 2008, n° 5, 1064
- Commentaire sous Civ. 1, 23 janvier 2008, *Dr. Sociétés*, 2008, n°7, comm. 145

MONSÉRIÉ-BON M.-H.
- Observations sous, Civ. 3, 8 novembre 2000, *RTD com.*, 2001, p. 162

MOUSSERON J.-M.
- Observations sous, Ass. Plén. 1 décembre 1995, *JCP E.*, 1996, I, 523, n° 7

OGIER-BERNAUD V., SEVERINO C.
- Observations sous, CC, 21 avril 2005, décision n° 2005-512 DC, *D.* 2006, p. 826

PANSIER F.-J.
- Observations sous, Soc. 21 mars 2007, *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 2007, n°192, p. 282

PAULIN A.
- « Et le phénix renaît de ses cendres ! (À propos du pacte de préférence) », *LPA*, 11 janvier 2007 n° 9, p. 13

PENNEAU J.
- Note sous, Civ. 3, 26 janvier 1972, *D*. 1975

PILLET G.
- Note sous, Civ. 3, 23 septembre 2009, *JCP G*, 2009, 479

PLANCQUEEL A.
- Civ. 3, 8 juillet 1975, *Bull. civ*. III, n° 249, Gaz Pal. 1975, 2, 781

RAFFI R.
- « Réflexions sur le renouvellement de la sous-location commerciale et sur les relations entre bailleur, locataire principal et sous-locataire », Note sous, Civ. 3, 27 septembre 2006, *LPA*, 31 juillet 2007 n° 152, p. 20, n° 2

RANDOUX D.
- Note sous, Com., 8 janvier 1991, *Rev. Sociétés*, 1991, p. 772
- Note sous, Civ. 1ère 5 février 1991, *Rev. Sociétés*, 1991, p. 773

RAYNARD J.
- Observations sous, Com. 19 mars 1996, *JCP E*,, 1997, p. 617
- Note sous Civ. 1, 25 novembre 2003, *JCP G*, 2004, II, 10046

REVET T.
- Note sous, Civ. 1, 31 octobre 2007, *RTD civ*. 2008, p. 126

RIPERT G.
- Note sous, Ch. Réunies, 13 février 1930, *DP*, 1930, I, 57
- Note sous, Ch. Réunies, 2 décembre 1941, *DC*, 1942, p. 25

ROUX J.-M.
- « L'opposabilité du règlement de copropriété au locataire », Note sous, civ. 3, 3 mars 2004, *Rev. Des Loyers*, 2004, p. 392

SABETE W.
- Comm. sous, CC, 21 avril 2005, décision n° 2005-512 DC, *RFDA* 2005, p. 930

SAINTOURENS B.
- Note sous, Civ. 1, 13 février 2001, *Rev. Sociétés*, 2001, p. 834

SALEILLES R.
- Note sous Civ., 16 juin 1896, *DP*, 1897, I, p. 43

SAVATIER R.
- Note sous, Ch. réunies, 7 mars 1960, *Bull. civ., Ch. réunies*, n° 1, *D.* 1960, p. 349

SCHILLER S.
- Note sous, Civ. 1, 31 octobre 2007, *Rev. Sociétés*, 2008, p. 321

SCHOETTL J.-E.
- Note sous, CC, 21 avril 2005, décision n° 2005-512 DC, *LPA* 2005, n° 100, p. 3

SERRA Y.
- Note sous, Soc. 10 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2491

SERINET Y.-M.
- Note sous, Com. 5 juin 2007, *JCP G*, 2007, II, 10184

SIMLER P.
- Note sous, Civ. 1, 5 novembre 1985, *JCP N*., 1986, II, 247

SOULEAU H.
- « Le lieu de réunion d'une assemblée générale est la commune de situation de l'immeuble à défaut de stipulation du règlement de copropriété », Note sous, Civ. 3, 22 mai 1990, *D.* 1991, p. 142

STORCK M.
- Note sous, Com., 2 décembre 1997, *JCP G.*, 1998, II 10160

THIOYE M.
- « Nullité de la vente conclue sur la base d'un mandat irrégulier », comm. sous, Civ. 3, 8 avril 2009, *AJDI*, 2009, p. 890

THOMAT-RAYNAUD A.-L
- Commentaire sous, Civ. 1, 31 octobre 2007, *D.* 2008, p. 963

THULLIER B.
- Commentaire sous**,** Civ. 1, 31 octobre 2007, *Defrénois* 2008, n° 13, p. 1485
- Commentaire sous, Civ. 1, 23 janvier 2008, *Defrénois*, 2000, n° 13, p. 1485

TOMASIN D.
- « Application de la réglementation à un agent commercial mandant pour une société d'économie mixte », Observations sous, Paris 4e ch. A, 15 nov. 1994, *Fontaine c/ SIDEC, Rev. Dr. Imm.*, 1995 p. 124

TOSI J.-P.
- « L'action directe en paiement de l'article L. 132-8 du Code de commerce : trois avancées », note sous Com. 28 janvier 2004, *D.* 2004, p. 944
- « Interdiction de sous-traiter et divisibilité du contrat de transport », *D.* 2006 p. 1967

TOURNAFOND O.
- « La révocation d'une promesse unilatérale de vente, obligation de faire », observations sous, Civ. 3, 15 décembre 1993, *D.* 1994 p. 230

VERMELLE G.
- Commentaire sous, Civ. 1ère, 2 décembre 1992, *Defrénois*, 1993, n° 18, p. 1070

VINEY G.
- Note sous, Ass. Plén. du 6 octobre 2006, *D.* 2006, p. 2825

V. Ouvrages non juridiques – Dictionnaires

ACADEMIE FRANCAISE
- *Dictionnaire de l'académie Française*, 9ème édition

ARISTOTE
- *Politique, in, La morale et la politique d'Aristote,* Tome II, Firmin Didot, Paris, 1824
- *Politique*, (traduction par BARTHELEMY SAINT-HILAIRE J.), 3ème édition, Ladrange, 1874
- *Les politiques*, (traduction, inédite, de PELLEGRIN P.), 2ème édition, Flammarion, 1993
- *Éthique à Nicomaque,* Librairie philosophique Jean Vrin, 1994

AUROUX S.
- (Direction), *Les notions philosophiques, dictionnaire*, Tome II, PUF, p. 1767

COMTE A.
- *Discours sur l'esprit positif*, Carillan-Goeury et Vr. Dalmon, 1844, p. 17

DURKHEIM E.
- *De la division du travail social*, PUF, Coll. Quadrige, 2ème édition, 1991

LITTRÉ P.-E.
- *Dictionnaire de la langue française*

MONTESQUIEU C.-L.
- *De l'esprit des lois,* in, Œuvres complètes de Montesquieu, Tome I, Paris, Lefèvre éditeur, 1839

PLATON
- Œuvres complètes, (traduction CHAMBÉRY E.), Tome V, *Le politique,* Garni, 1950

PORTALIS J.-E.-M.
- *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIème siècle,* 3ème édition, Tome I, Moutardier, Paris, 1834

REY A. (Direction)
- *Dictionnaire historique de la langue française,* Dictionnaire le Robert, 2006, v° *Norme*

REY-DEBOVE J., REY A. (Direction)
- *Le nouveau petit Robert de la langue française*, 2010

ROUSSEAU J.-J.
- *Du contrat social, in, Œuvres complètes de J.-J. Rousseau,* Paris, Dalibon, 1826, Tome VI

SIMHA S.
- *« norme* » in, *Dictionnaire des concepts philosophiques*, Larousse & Cnrs éditions

SIEYÈS E.-J.
- *Essai sur les privilèges,* 1788

WALDECK-ROUSSEAU P.,
- *Associations et congrégations*, http://classiques.uqac.ca/

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Autonomie de la volonté : 113 s.

– Code civil : 129
– Conception absolue : 116
– Liberté contractuelle : 139
– Naissance : 116
– Philosophie : 139
– Valeur constitutionnelle : 134

Acte règle

– Acte-condition : 24
– Acte collectif (distinction) : 367, 373
– Acte subjectif : 24
– Contrat (distinction) : 367 s., 401
– Copropriété : 207

Acte unilatéral : 3

– Collectif 432 et s.
– Décision : 429
– Individuel : 428
– Règlement intérieur : 175

Action directe

– Inopposabilité : 302 s.
– Sous-contrat : 302, 553

Assemblée générale

– Copropriété : 216, 513
– Nullité : 432 s.
– Qualification : 432
– Société : 196, 511

Association : 24, 173, 174

– Nature juridique : 339 s.
– Mandat : 259, 330
– Objet : 488 et s.
– Parties : 520
– Personnalité morale : 461 s.

Avant–contrat : 261 s**.**

B

Bail : 293 s.
– Sous-bail (sanction) 303

But :
– Définition : 492
– Identité : 491 et s.

C

Cause
– Subjective : 491 s.

Chaîne

– Contractuelle
– Et coexistence des Conventions : 413 s.
– Hétérogène : 423 s.
– Homogène : 420 s.
– Non contractuelle : 428 s.

Conseil constitutionnel

– Autonomie de la volonté : 134
– Généralité de la loi : 110
– Réserve d'interprétation : 325

Contrat

– Définition : 5
– Convention (distinction) : 6
– Critère
– Accord de volonté : 5, 393

– Intérêts opposés : 393

– De mariage (v. conventions matrimoniale)
– Force obligatoire (v. ces mots)
– Unité de la notion: 378 s.

Contrat-cadre :

– Supériorité hiérarchique (Contrat d'application)
– Affirmation de la supériorité : 22, 25, 533
– Négation de la supériorité : 535

Convention(s)

– Contrat (distinction) : 6
– Pluralité : 338 s.
–coexistence : 413 s.
– Pluri–dimensionnelles
– Supériorité hiérarchique : 347 s.
– Uni–dimensionnelles
– Supériorité hiérarchique : 354
– Unité de la notion : 378 s.

Conventions collectives de travail : 312 s.

– Dualisme : 373 s.
– Supériorité hiérarchique 312 s.
– Et principe de faveur : 15, 313, 316 s.
– Contrat de travail (sur) : 500
– Entre conventions collectives
– Affirmation de : 316 s., 320 s.
– Absence de : 317 s.
– Nature juridique : 364 et s.
– Thèse contractuelle : 365, 378 s.
– Thèse mixte : 373 s.
– Thèse règlementaire : 367 s.

Conventions matrimoniales : 223 s.

– Apport en société : 351
– Communauté
– Conventionnelle : 227 s.
– Universelle : 230
– Gestion des biens : 235 s.
– Communs : 241
– Propres : 238

– Nature juridique
– Thèse contractuelle : 365, 378 s.
– Thèse mixte : 374
– Pouvoirs : 224, 235
– Participation aux acquêts : 232 s.
– Séparation de biens : 231 s.

Copropriété des immeubles bâtis

– Assemblée générale (v. ce mot)
– Bail : 210 s.
– Droit de jouissance exclusive : 216
– Division des lots : 213
– Mutation des lots : 212
– Pacte de préférence : 212, 220
– Parties communes et privatives : 215
– Règlement (v. ce mot)
– Syndic : 259, 288, 429, 436, 437

D

Donation : 330, 420, 524

– Chaîne de contrat : 423

Droit objectif

– Contrat
– Conception classique du contrat : 38
– Normativité du contrat : 40 s.
– Acte-règle 24, 342, 367 s., 401,
– Institution, 343

Duguit : 24, 343, 366, 401, 406,

E

Effet relatif des conventions : 2, 397, 452 s., 468, **543 s.**

– hiérarchie (compatibilité) : 24, 32 s., 452, 468, **543 s.**
– Et conventions collectives : 369, 383, **390, 391**
– Règlement de Copropriété : 398 s.
– Société et Association : 369, 397
– Protection : 551 s.

F

Force obligatoire du contrat

– Fondement : **114 s.**
– Tiers : 2, 547

G

Généralité du Droit : **77 s.**

– Affirmation : 79 s.
– Aristote : 87
– Condamnation : 84 s.
– Conseil constitutionnel : 110

Groupe de contrats : 3, 414, 420 s., 442, 482

H

Habilitation

– Objet des normes éthiques : 56 s.
– Objet de la convention : 69

Hauriou

– Institution : 343, 370 s.

Hiérarchie

– Définition : 8 et s.
– Force dérogatoire : 10 s.
– abrogation : 11, 12
– concrétisation ou *Derogatio* : 13 s.
– Indirecte : 418 s.
– Polysémie : 8
– Principe de faveur : 15, 313, 316 s.
– Rapport de production : 16
– Simplifiée : 9

I

Immutabilité : **509 s.**

– Conventionnelle :
–Règlement de copropriété : 513
– Statuts : 511, 512
– Des conventions matrimoniales : 244, 515 et s.

Impératif : **507 s.**

– Supplétif : 516, 522 s.
–Relativité de la distinction : 516

Impérativité

– Convention matrimoniale : 244, 515 s.
– Règlement de copropriété : 513
– Statuts de personnes morales : 515 s.

Inaliénabilité (convention de) : 181, 221, **276 s.,** 526, 549

– Etendue : 278 s., **280**
– Sanction : 163, 282

Inopposabilité : **157 s.**

– Cause (de l') : 158 s.
– Champ d'application : 160 s.
– Définition : 157
– Effets : 169 s.
– Nullité : 157 et s.
– principe de faveur : 313
– Sanction
Sous-contrat : 300

Institution : 370 s.

– Contrat (distinction) : 370 s.
– Droit objectif : 373
– Règlement de copropriété : 371, 372
– Société : 371, 372, 378

K

Kelsen : 16, 26, 53, 88, 139, 418

L

Loi

– Balkanisation : 94 s.
– De la majorité (v. ce mot)
– Conception matérielle : 46, 82, 343
– Conception organique : 8, 99
– Généralité (v. ce mot)
– Fondement de la force obligatoire du contrat (v. force obligatoire)
– Personnalisation : 99 s.

M

Mandat : **248 s.**

– Sous-mandat : 290, 294, 305
– Supériorité hiérarchique : 248 s.
– Convention collective : 321, 361
–Convention matrimoniale : 359

Majorité

– Principe majoritaire 371, 401

Modèle

– Règle de droit comme : **43 s.**
– Convention comme modèle : **59 s.**
– Et généralité de la règle de Droit : 107

Modification du contrat : 12, **523 s.**

Mutuus dissensus : 17, **523 s.**

N

Norme (au non juridique) : 41 s.

– Contrat : 58
– Directive : 50 s.
– Etymologie : 43, 44
– Ethique : 53
– Juridique :
– Juridicité : 112 s.
– Généralité : 77 s.
– Modèle : 43 s.
– Objet : 56
– Origine : 43 s.
– Recognitive (ou scientifiques): 50

Nullité

– Annulabilité : 155
– Inopposabilité (distinction) : 157 s.
– Restitutions : 549

O

Objet :

– Contenu du contrat : 477, 479
– Des normes : 56
– De l'obligation : 475
– De la prestation : 475, 478, 480 s.
– Du contrat : 475, 491 s.

Opposabilité du contrat : 2, 416, 543 s.

Opposabilité de la spécialité statutaire : 199 s.

Ordre juridique partiel : 418 s. (note de bas de page).

P

Pacte de préférence : 167, **263 s.**

– Sanction : 272 s., 566

Pactes extra–statutaires : **176 s.**

– Illustration : 178 s.
– Soumission aux statuts : 184 s.

Parties

– Différence de : 447 s., **519 s.**
– Tiers (distinction) : 520 s.
– Société : 520 s.

Pouvoir

– Condition de validité des actes juridiques : 502
– Définition : 504 (note de bas de page)
– Disciplinaire : 369, 401

Pluralisme juridique : 19, **418 s.** (note de bas de page)

Promesse unilatérale de vente : **268 s.**

– Sanction : 274

Principe de faveur

– Notion : 315 (note de bas de page)
– Hiérarchie des normes (distinction) : 15, 313, 316 s.

R

Règle de Droit

– Généralité : **77 s.**
– Norme juridique (distinction) : 37 (note de bas de page)
– Spécificité (juridicité) : 112 s.

Règlement

– Copropriété (v. ce mot)
– Droit public : 102, 153 (note de bas de page)
– Intérieur des sociétés : 114, 180, 187, 512

Règlement de copropriété : **207 s.**

– Nature juridique : 364 s., **375**
– Opposabilité aux tiers : 398 s.
– Publicité : 221 (note de bas de page)

S

Société : **175 s.**

– Objet social : 189 s.
– Dépassement : 194
– Modification : 196
– Objet du contrat : 488 s.
– Nature juridique : 364 s., **376**
– Personnalité morale : 461 s.
– Parties : 520
– Statuts
- Modification : 196, 511, 512

Sources du Droit

– Contrat : 38, **343 s.**

Sous-contrat : **286 s.**

Supplétivité : 507, 516

T

Tiers
– Parties (distinction) : 520 s.

V

Validité
– Conformité (distinction)
– Convention
– Nullité
– Inopposabilité
– Norme

Vente

– De la chose d'autrui : 211, 273, 330, 551
– Chaîne de vente : 413 s., 420 s.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE 7
INTRODUCTION 9
I. Objet de la recherche. 4
II. Enjeux de la recherche. 15

PREMIÈRE PARTIE – L'EXISTENCE DE HIÉRARCHIES DE NORMES CONVENTIONNELLES 24

TITRE PREMIER – LA POSSIBILITÉ DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS. 26

CHAPITRE PREMIER – LA CONVENTION EST UNE NORME. 31

Section I – Définition de la norme. 31
§1. La notion de norme. 32
§2. Variétés de normes. 35
A. Les normes juridiques sont des normes directives. 35
B. Les normes juridiques sont des normes éthiques. 36
Section II – Adéquation de la convention avec la définition de la norme 39
§1. Un modèle de comportement de ce qui doit être. 39
§2. Des objets identiques à ceux des normes éthiques. 41

CHAPITRE SECOND – LA CONVENTION EST UNE NORME JURIDIQUE. 45

Section I – Indifférence du caractère individuel de la convention. 46
§1. La généralité : Une qualité supposée de la règle de Droit. 47
§2. La généralité: Une qualité condamnée de la règle de Droit. 51
A. Des fondements friables de la généralité de la loi. 52
1. Une assise philosophique incertaine. 52
2. Une assimilation fausse du Droit à une loi nécessairement générale. 59
a. La loi n'est pas générale. 59
b. Tout le Droit n'est pas loi. 63

B. Une absence d'obstacles au caractère individuel d'une norme juridique. 65
Section II – Intégration de la convention à l'ordre juridique. 68
§1. Une intégration incompatible avec l'autonomie de la volonté. 70
A. La conception absolue de l'autonomie de la volonté. 71
B. Un obstacle à la juridicité de la convention. 75
§2. L'autonomie de la volonté : un obstacle fictif à la juridicité de la convention. . 77
A. Une assise historique douteuse. 77
B. Une absence certaine en droit positif. 80
1. Absence de l'autonomie de la volonté comme principe juridique dans le droit positif. 80
2. Le Droit. Fondement juridique de la force obligatoire du contrat 90

TITRE SECOND – LA RÉALITÉ DES RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS. 98

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – DÉFINITION DE LA « VALIDITÉ » D'UNE CONVENTION. .. 101
§1. La nullité est une absence de validité. 101
§2. L'inopposabilité est une absence de validité. 102
A. Identité de la cause de la sanction avec la nullité. 103
1. Identité chronologique de la cause de la sanction. 103
2. L'absence de critère distinctif quant à la cause de la sanction. 104
a. D'un point de vue théorique. 104
b. D'un point de vue pratique. 106
B. Quasi-identité de l'effet de la sanction. 109

CHAPITRE PREMIER – LA PRÉSENCE INATTENDUE DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS 112
Section I – Les hiérarchies fondées sur une « convention organisation ». 113
§1. Les statuts de sociétés. 114
A. Supériorité hiérarchique des statuts à l'égard des conventions extra-statutaires. 115
1. Stipulations références. 115
a. Les conventions entre associés. 115
b. Des conventions soumises aux stipulations statutaires. 118

2. Des références conditionnant la validité des conventions entre associés... 119
B. Supériorité hiérarchique des statuts à l'égard des conventions de la société contractante. ... 120
1. Stipulations références. ... 120
a. Contenu de l'objet social. ... 120
b. Des stipulations imposées à la société contractante. ... 121
i. Dépassement de l'objet social. ... 121
ii. Modification de l'objet social. ... 122
2. Des références conditionnant la validité des conventions de la société contractante. ... 123
§2. Le règlement de copropriété. ... 126
A. Stipulations références. ... 127
1. Stipulations restreignant les prérogatives des propriétaires. ... 127
a. En matière de baux. ... 127
b. En matière de mutation des lots. ... 128
2. Définition des parties privatives et des droits de « jouissance exclusive ». 130
B. Des références conditionnant la validité des conventions portant sur les lots de copropriété. ... 131
§3. Les conventions matrimoniales. ... 134
A. Stipulations références. ... 135
1. Aménagements conventionnels de la composition des masses. ... 135
2. Aménagements conventionnels de la gestion des biens. ... 138
B. Des références conditionnant la validité des conventions ayant pour objet les biens des époux. ... 139
1. Conventions portant sur des biens propres (ou personnels). ... 139
2. Conventions portant sur des biens communs. ... 141
Section II – Les hiérarchies fondées sur une « convention échange ». ... 144
§1. Le mandat. ... 145
A. Stipulations références. ... 145
1. L'objet du pouvoir. ... 145
2. La durée du pouvoir. ... 146
B. Des références conditionnant la validité des conventions conclues en application du mandat. ... 147
§2. Les avant-contrats de vente. ... 149

A. Stipulations références. 149
1. Stipulations du pacte de préférence. 150
2. Stipulations de la promesse unilatérale de vente. 152
B. Des références conditionnant la validité des ventes conclues en contravention de l'avant-contrat. 154
1. En matière de pactes de préférence. 154
2. En matière de promesses unilatérales de vente. 155
§3. Les conventions d'indisponibilité. 156
A. Stipulations références. 157
1. L'interdiction de disposer. 157
2. Étendue de l'interdiction de disposer. 158
B. Des références conditionnant la validité des conventions portant sur le bien indisponible. 159
§4. Les « contrats principaux » (le sous-contrat). 160
A. Stipulations références. 161
1. Recours au sous-contrat. 163
2. Modalités de recours au sous-contrat. 165
B. Des références conditionnant la validité du sous-contrat. 166
1. Irrégularité du dépassement des limites conventionnelles. 167
2. Invalidité du dépassement des limites conventionnelles. 167

CHAPITRE SECOND – L'ABSENCE INATTENDUE DE RAPPORTS HIÉRARCHIQUES ENTRE CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS DE TRAVAIL. 173

§1. L'absence de principe de relations hiérarchiques entre conventions et accords collectifs de travail. 175
A. Stipulations références. 177
B. Des références ne conditionnant pas la validité des conventions « inférieures ». 178
§2. La présence exceptionnelle de relations hiérarchiques entre conventions et accords collectifs de travail. 181

SECONDE PARTIE – LES CONDITIONS DE LA HIÉRARCHISATION DES NORMES CONVENTIONNELLES. 189

TITRE PREMIER – LES « CONDITIONS PRÉALABLES » À L'ÉTABLISSEMENT D'UN LIEN HIÉRARCHIQUE. 191

CHAPITRE PREMIER – UNE PLURALITÉ DE CONVENTIONS. 192

Section I – La nature conventionnelle des normes. 192

§1. Indifférence de la « nature juridique » des conventions hiérarchisées. 193

A. Supériorité d'une norme « pluri-dimensionnelle ». 196

1. Sur une norme « uni-dimensionnelle ». 196

2. Sur une norme « pluri-dimensionnelle ». 197

B. Supériorité d'une norme « uni-dimensionnelle ». 198

1. Sur une norme « uni-dimensionnelle ». 199

2. Sur une norme « pluri-dimensionnelle ». 199

§2. L'unité de la notion de convention. 201

A. Les diversités apparentes de la nature juridique des conventions. 202

1. Les tentatives d'analyses « uni-dimensionnelles » (règlementaires et institutionnelles). 203

2. Le succès des analyses pluri-dimensionnelles. 207

B. L'unité émergeante de la nature juridique des conventions. 210

1. Les nouvelles analyses contractuelles. 212

a. Les thèses de Messieurs Perrouin et Levacher. 212

i. La thèse de Monsieur Perrouin. 212

ii. La thèse de Monsieur Levacher. 214

b. L'extension de la thèse de Monsieur Levacher. 217

i. Des critères d'insertion et un régime juridique contractuel. 217

ii. Des effets originaux contractuels. 219

2. Des analyses confortées par l'existence de relations hiérarchiques entre conventions. 225

Section II – La pluralité de normes. 227

§1. Une pluralité de conventions. 228

§2. L'indifférence d'un rapport direct entre conventions. 233
A. Interposition d'un acte conventionnel. 233
1. Interposition d'une même convention. 234
2. Interposition d'une convention différente. 235
B. Interposition d'un acte juridique unilatéral. 236
1. Interposition d'un acte unilatéral individuel. 236
2. Interposition d'un acte juridique unilatéral collectif. 238

CHAPITRE SECOND – UN LIEN ENTRE CONVENTIONS. 243
Section I – L'indifférence de la communauté de parties. 243
§1. La nécessité affirmée de la communauté de parties. 244
A. Constat et fondement proposé de la communauté de parties. 244
1. Fréquence de la communauté de parties. 244
2. Fondement de la communauté de parties. 246
B. Exceptions à la communauté de parties. 247
§2. La nécessité contestée de la communauté de parties. 248
A. L'existence de hiérarchies entre conventions sans communauté de parties. . 248
1. Les conventions de la personne morale. 249
2. Les conventions collectives de travail. 251
B. Le fondement contestable de la communauté de parties. 252
Section II – Un « intérêt commun ». 253
§1. Une identité d'objet. 254
A. Diversité de la notion d'objet. 254
B. Identité de l'objet de la prestation. 257
§2. Une identité de « but ». 261

TITRE SECOND – LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU LIEN HIÉRARCHIQUE. 266

CHAPITRE PREMIER – L'IMMUTABILITÉ CONVENTIONNELLE DE LA NORME SUPÉRIEURE 273
Section I – Une immutabilité conventionnelle absolue. 273
Section II – Une immutabilité conventionnelle relative. 275

CHAPITRE SECOND – L'ALTÉRITÉ DE PARTIES. 278
Section I – L'incompatibilité du lien hiérarchique avec l'identité de parties. 278
§1. Les obstacles à la hiérarchisation de deux conventions liant les mêmes parties. 280
A. Liberté des parties de modifier leurs conventions. 281
B. L'absence de violation possible de la norme supérieure par la norme inférieure. 285
§2. L'absence de rapports hiérarchiques entre contrats-cadres et contrats d'application. 286
A. La supériorité présumée du contrat-cadre sur les contrats d'application. 286
B. La supériorité hiérarchique condamnée du contrat-cadre sur les contrats d'application. 288
Section II – Compatibilité de l'altérité de parties avec l'effet relatif des conventions. 293
§1. L'absence d'atteinte à l'effet relatif des conventions par la hiérarchisation. 293
§2. La préservation de l'effet relatif des conventions par la hiérarchisation. 297
CONCLUSION GÉNÉRALE 306
BIBLIOGRAPHIE 311
INDEX ALPHABÉTIQUE 356
TABLE DES MATIÈRE 361

Vu et permis d'imprimer

Avignon, le

Le Président de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Emmanuel ÉTHIS