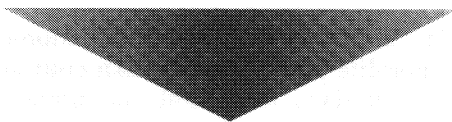


# Unilatéralité et consentement

Marie-Anne FRISON-ROCHE

*Professeur à l'Université Paris-Dauphine (Paris IX)*



1. Le droit des obligations tire sa puissance notamment du nombre restreint des notions dont il a besoin pour fonctionner pleinement. C'est cette économie de moyens, cette élégance qui fait ainsi la force des articles 1382 ou 1134 du Code civil. Or, l'évolution du droit des obligations a entraîné la multiplication des notions dont il faut désormais dans le même temps faire usage pour produire les solutions, ce qui diminue arithmétiquement l'efficacité du droit.

2. Sans même se poser ici la question de savoir si ce mouvement est inévitable, reflet de la complexité ou recul de l'abstraction du droit, abstraction dont l'aptitude à réduire à quelques concepts la totalité d'un réel diminue, on doit en tout cas donner acte que ce phénomène touche toutes les articulations du droit des obligations, y compris dans ses concepts de base. Ainsi, longtemps la formation du contrat s'était contentée de deux manifestations juridiques : l'offre et l'acceptation, dont la rencontre forme le contrat par l'échange des consentements. En cinq mots, le contrat est formé.

Dans ce polyèdre, l'acceptation est le moment décisif, l'acte de clôture des négociations, l'émission de volonté qui décide de l'alchimie contractuelle, comme le montre le point désormais acquis de la détermination du moment et du lieu du contrat attachée à cet instant magique de l'émission de l'acceptation <sup>1</sup>.

3. Par définition, qu'il s'agisse de l'offre ou de l'acceptation, le consentement est unilatéral, puisqu'il se définit comme l'émission objective de la volonté, laquelle n'a son siège que dans l'unicité de la conscience. Dès lors, c'est la solitude de la volonté qui se traduit mécaniquement par l'unilatéra-

---

▲ 1. Com., 7 janvier 1981, *RTD civ.* 1981, p. 849, obs. F. Chabas.

lité du consentement <sup>1</sup>. Mais, contrairement à l'acte unilatéral, le consentement n'a de sens qu'en considération de ce qui va le dénaturer, anéantir son unilatéralité, c'est-à-dire l'échange des consciences qui déclenche la puissance des volontés s'aliénant dans le lien contractuel. Le consentement s'anéantit dans le contrat. Son unilatéralité est confondue par et dans la bilatéralité contractuelle. Ainsi, en lui-même, l'unilatéral et le consentement sont intimes ; il y a même du pléonasma à traiter du consentement unilatéral. L'unilatéralisme du consentement découle naturellement de son lien avec la volonté : ils participent de la même unicité.

4. Le problème n'est donc pas là. Il est dans le moment où le consentement perd cette unilatéralité pour former le lien contractuel, où il perd sa nature pour se subsumer dans le contrat, au moment donc où il doit disparaître en propre. La rencontre des consentements dénature ceux-ci. Ainsi, dans le contrat, le consentement est arraché de sa nature, tel l'échafaudage après la construction. Certes, il persiste dans le contrat, mais comme un fait dormant, dont on effectuera au besoin le rappel en examinant les vices qui avaient pu l'affecter pour démolir l'édifice contractuel que les consentements avaient produit.

5. Une partie qui a consenti à un contrat ne peut dès lors à première vue reprendre sa volonté. Le contrat implique une perte de la souveraineté de la personne ; c'est pourquoi le phénomène de contrat est essentiellement lié aux personnes ordinaires, de droit privé, qui ne peuvent se rattacher à aucune souveraineté, ni celle de Dieu, ni celle de l'État. C'est d'ailleurs pourquoi l'aliénation des États dans des contrats est une forme de rétrogradation.

Et l'unilatéralité dans les obligations engendrées n'affecte en rien la bilatéralité du lien contractuel. Le fait qu'une seule des parties s'engage ne peut bien sûr suffire à la soustraire au rapport d'aliénation contractuelle qui permet à l'autre partie d'exiger l'exécution. C'est pourquoi la doctrine ne peut qu'exprimer étonnement et désapprobation lorsque la Cour de cassation a semblé considérer que le caractère unilatéral de l'obligation engendrée pour le promettant par le contrat de promesse de vente impliquait qu'il puisse reprendre son engagement, comme si l'unilatéralité de l'obligation pouvait anéantir la bilatéralité du contrat, laquelle ne peut que figer par l'acceptation le consentement de l'obligé <sup>2</sup>.

6. Cette sorte d'extravagance jurisprudentielle traduit pourtant un mouvement profond du droit des obligations. En effet, ce qui est nouveau, ce dont il est difficile de rendre compte, c'est que désormais il peut arriver que le consentement perdure une fois le contrat formé, qu'il n'y demeure pas

▲ 1. M.-A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats*, *RTD civ.* 1995, p. 573 s.

▲ 2. Civ., 3<sup>e</sup>, 15 décembre 1993, D.1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; JCP 1994, II, 22366, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1994, p. 588, obs. J. Mestre.

en creux mais bien en nature. Dès lors, il conserve sa caractéristique, son unilatéralité. Il reste l'objet émis par la volonté et que celle-ci peut reprendre, car l'objet ne se détache plus de sa matrice et lui reste entièrement disponible. Il tient alors de son unilatéralité paradoxalement conservée le pouvoir d'être rétractile, comme du temps d'avant le contrat. Le contrat a ainsi perdu sa force de dissoudre la nature du consentement en se construisant sur lui. L'échafaudage demeure. Il y a confusion des stades, par le maintien d'un stade préalable dans le stade définitif. La pureté de l'édifice y perd certes, notamment dans sa beauté. On a pu même se demander si la nature contractuelle était encore conservée, soit que le cadre des rapports entre des parties se déporte du côté du droit public, soit qu'il incline alors vers le droit processuel<sup>1</sup>. Lorsque l'unilatéral persiste, le contrat demeure-t-il dans sa nature ?

7. La difficulté ne tient pas encore dans ce constat, mais dans la justification de ce nouvel état qui associe l'idée d'un contrat bilatéralement constitué et l'idée d'une persévérance de la puissance unilatérale du consentement dans celui-ci, alors que les deux idées sont contradictoires puisque le contrat ne se forme qu'en dénaturant le consentement, en faisant succéder sa bilatéralité à l'unilatéralité de celui-ci. Comment concevoir la persistance de la puissance solitaire d'une volonté laissée intacte dans un système d'obligations, construit sur l'abandon des volontés, leur aliénation dans un lien, voire dans une fraternité fondatrice<sup>2</sup> ? Comment dépasser l'opposition ? Des deux façons qu'offre la logique : tout d'abord, en distinguant – en faisant deux de l'un –, puis en réconciliant le contradictoire – en faisant un de deux.

8. La technique de la distinction s'est opérée en brisant la notion d'acceptation pour lui substituer un couple formé par deux qualificatifs : « accepté » et « acceptable », qui peuvent désormais fonctionner indépendamment l'un de l'autre, voire l'un contre l'autre. Cette désarticulation justifie le fait que l'on puisse reprendre ou porter atteinte à un consentement parfait en lui-même par le seul constat qu'il constitue néanmoins un engagement inacceptable (I). Pour ce faire, le droit des obligations a certes fait entrer dans son jeu une nouvelle notion, l'acceptabilité des engagements, nouveauté qui a diminué l'élégance juridique de l'ensemble.

Par ailleurs, la perdurance du consentement, son unilatéralité, sa mobilité se traduisant notamment par sa rétractabilité, dans un contrat défini quant à lui par sa bilatéralité et son principe d'immutabilité, constituent une contradiction que le droit va assumer par la référence faite à la puissance de la liberté contractuelle elle-même. Celle-ci est si entière qu'elle peut tout, même se contredire, même prévoir en son sein des clauses qui

▲ 1. R.E. de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, coll. « bibliothèque de droit privé », t. 254, L.G.D.J., 1996, et la préface d'A. Lyon-Caen.

▲ 2. Sur la place de la fraternité comme fondement des obligations, v., par ex., X. Dijon, *Droit naturel*. T.1, *Les questions du droit*, coll. « Thémis », PUF, 1998, p. 373 s.

contrarient sa définition liée à la bilatéralité, des clauses disponibles à un consentement contractuellement préservé en nature dans son unilatéralité (II).

► **I. La puissance de reprendre un consentement parfait par le constat d'un engagement inacceptable**

8. Il convient de distinguer deux hypothèses : celle de l'engagement objectivement inacceptable (A) et celle de l'engagement subjectivement inacceptable (B).

► **A. L'OBJECTIVEMENT INACCEPTABLE QUI BRISE LE CONSENTEMENT PARFAIT**

9. Naguère, on s'est contenté de l'acceptation, c'est-à-dire l'acte de consentement par lequel s'exprime objectivement l'accepté. Par l'acceptation, le contrat est existant, fait, solide. La question de l'acceptable ne se posait pas. Elle était résolue par avance par la tautologie suivante : l'offre était acceptable puisqu'elle a été acceptée. L'acceptabilité de l'offre est validée rétroactivement par l'acceptation, qui la prouve et la contient en même temps.

10. Le couple « acceptable-accepté » a commencé à se fissurer avec la jurisprudence de la Chambre des Requêtes du 28 décembre 1932<sup>1</sup>. Il s'agissait de savoir si la preuve de la lésion n'exigeait ou non la preuve préalable d'un vice du consentement. Les textes, distinguant la preuve de la lésion comme recevabilité de l'action et la preuve de la lésion comme bien-fondé de l'action, incitaient à donner à la première exigence probatoire une telle dimension. D'ailleurs, les travaux préparatoires montraient que les codificateurs ne l'avaient pas entendu autrement : ce qui est accepté étant par définition acceptable, la contrepartie était nécessairement équivalente à l'obligation consentie, sauf à ce que le consentement ait été vicié. Sous le déséquilibre, il ne peut y avoir que le vice du consentement. L'arrêt qui estime au contraire que la preuve du vice du consentement n'est pas un préalable, que la preuve exigée pour que l'action soit recevable ne vise qu'une présomption de lésion, laquelle devra simplement trouver les preuves plus solides par recours à l'expertise lors de l'examen au fond de la demande, est révolutionnaire en ce qu'il admet désormais qu'une personne peut, sans vice du consentement, accepter l'inacceptable. Le principe logique, qui exprimait la tautologie entre l'acceptable et l'accepté, par l'adage *Qui dit contractuel, dit juste*, ne joue plus.

<sup>1</sup> 1. D.P. 1932, 1, p. 87, rapp. Dumas ; *Grands Arrêts*, par F. Terré et Y. Lequette, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, n° 174, p. 713 s.

11. Ainsi, le consentement est donné, il est valable, parfait en lui-même, et néanmoins le contrat est brisé car le contrat accepté se révèle inacceptable. Dès lors le consentement n'est efficace que s'il répond à une offre acceptable. Le contrôle de l'acceptation se double aujourd'hui d'un contrôle de l'acceptabilité. Le droit attachant plus de prix à la satisfaction de l'acceptabilité qu'à celle de l'acceptation, dans la mesure où la préservation de l'équilibre, tâche de régulation poursuivie désormais par le droit des obligations, exige une surveillance de l'acceptabilité plus que celle de l'acceptation. Est exemplaire de cette fonction régulatrice, l'office exercé par la Commission des Opérations de Bourse sur le caractère acceptable d'une offre publique d'achat avant de permettre qu'y réponde éventuellement l'acceptation des porteurs de titres. Plus encore, le droit peut désormais se passer de l'acceptation, dès l'instant que l'unilatéralement imposé était acceptable. C'est le sens du contrôle exercé par les autorités boursières lors de la mise en œuvre de la technique du retrait obligatoire.

12. Toujours est-il que dans l'hypothèse d'une acceptation de l'inacceptable, le lien entre la volonté et le consentement, expliquant l'unilatéralité que celui-ci empruntait à sa source, est brisé. Le consentement valablement donné sur une offre inacceptable ne vaut plus rien. À la tautologie qui exista entre « accepté » et « acceptable », on remplace le principe de non-contradiction qui implique qu'on ne peut accepter efficacement l'inacceptable. Si on l'a fait, et ce qui est nouveau c'est qu'on conçoit qu'un individu concret le puisse, le contrat se meurt de la contradiction.

Le lien est ici objectif : on ne peut subjectivement accepter l'objectivement inacceptable. Mais peut-on aller plus dans la radicalité de l'affirmation et poser qu'on ne peut accepter le subjectivement inacceptable ? C'est ce que l'évolution de la législation a permis.

► B. LE SUBJECTIVEMENT INACCEPTABLE APPRÉCIÉ PAR L'AUTEUR  
MÊME DU CONSENTEMENT

13. La loi du 3 janvier 1972 sur le démarchage financier, puis la loi du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation, puis la loi du 6 janvier 1988 pour la vente à distance, puis la loi du 23 juin 1989 pour le courtage matrimonial, puis la loi du 31 décembre 1989, accordent au consommateur le droit de revenir sur son consentement, de le reprendre comme celui-ci n'avait pas été coupé de sa source de la volonté, comme si la constitution du constat n'en avait pas brisé le lien.

14. Comment expliquer ce paradoxe d'une puissance de la volonté, aliénée, presque éteinte par le contrat constitué, que l'on peut cependant activer huit ou quinze jours après ? Nous ne sommes pas loin de l'image du Phénix ; cela constitue-t-il pour autant un progrès de l'histoire ? La première justification revient à soutenir que la volonté peut encore exercer sa puissance unilatérale en ravalant son consentement, parce que le contrat n'est tout simplement pas formé, et qu'il n'a ainsi pu couper le lien de

dépendance entre volonté et consentement, lien qui permet à la première de récupérer le second. Il s'agirait d'une formation successive du contrat. Mais la lettre des lois est contraire à cette première interprétation et la jurisprudence a bien confirmé dans un arrêt de la Première chambre civile du 10 juin 1992 que le contrat était parfait dès l'accord des volontés <sup>1</sup>.

15. Cette persistance du consentement dans sa nature non altérée au sein même d'une structure contractuelle s'analyse juridiquement comme une sorte de clause légale de dédit. Pourquoi la loi s'autorise-t-elle à insérer dans les contrats une puissance si violemment contraire à la nature contractuelle ? L'explication paraît relever de la psychologie sociale. En effet, cette liste hétéroclite que le législateur égrena au fil du temps a un point commun : tous ces contrats concernent ce que l'on pourrait appeler des objets de désir très puissants, des objets qui déclenchent un désir d'immédiate satisfaction, tels que l'envie d'avoir immédiatement de l'argent, par spéculation ou emprunt, d'acquérir immédiatement l'objet vanté par les émissions de télé-achat, de contacter à tout prix le conjoint idéal présenté sur papier glacé ! Sur le moment, l'individu tenté ne peut pas attendre et son consentement n'a plus pour source la volonté délibérante, la rationalité économique de calcul, s'exprimant par une pesée des intérêts, mais un désir qui capture, qui ravit le consentement par l'attraction trop forte que les objets contractuels exercent sur l'esprit de la personne sollicitée.

16. C'est donc bien un droit de repentir, au sens éthique du terme, que le législateur attribue dans ces hypothèses, car c'est la volonté qui, attrapée par surprise, se ressaisit et retrouvant sa nature réflexive et calculante, peut alors reprendre le consentement ravi. En cela, la volonté ne reprend pas quelque chose, elle se reprend en elle-même, dans le sens qu'elle se ressaisit. Elle peut donc se rétracter. Il y a une référence implicite au vice de la séduction, c'est-à-dire au vice de la violence, dans ces dispositions particulières.

Une toute autre perspective sera d'autoriser non plus à la loi de contredire la nature contractuelle mais d'admettre par dialectique que le contrat a la puissance de contredire sa propre nature, c'est-à-dire d'organiser contractuellement la puissance de reprendre sur le mode unilatéral un consentement pourtant parfaitement donné.

## ► II. La puissance de reprendre un consentement parfait comme effet de la puissance contractuelle

17. La liberté contractuelle peut organiser bilatéralement des clauses d'unilatéralité qui laisse le consentement libre. Cela explique la validité de ces clauses à première vue antinomique avec le principe du contrat (A).

▲ 1. Contrats, concurrence, consommation 1992, n° 195.

Mais la limite de ce pouvoir, c'est précisément ce qui est ressorti précédemment, c'est-à-dire que cette unilatéralité acceptée, ce pouvoir de disponibilité du consentement conservé, doit encore être acceptable (B).

► A. LES CLAUSES ANTINOMIQUES VALABLES

18. La validité des clauses laissant libre le consentement après la formation du contrat pose la question du statut de la force obligatoire. La force obligatoire est-elle un effet de nature, que la volonté ne peut que déclencher sans que pour cela la force obligatoire lui devienne disponible ? La force obligatoire est-elle un effet de volonté pure, que celle-ci peut à sa guise déclencher ou ne pas déclencher, alors même qu'elle est déjà entrée dans le contrat ? Cette disponibilité de la force obligatoire à la volonté, que les codificateurs n'avaient pas conçue, transforme l'alternative par laquelle s'exprime la liberté contractuelle d'une figure à deux branches en figure à trois branches.

19. En effet, classiquement, la volonté a la liberté de ne pas s'engager, en retenant son consentement et en s'exprimant par la volonté négative et première de ne pas contracter. Dans l'autre branche de cette alternative, la volonté a la liberté de s'engager, en donnant son consentement, lequel a pour effet nécessaire de l'insérer dans un contrat doté par nature de la force obligatoire. Dans le Code civil de 1804, qui ne concevait que ces deux options, la clause de dédit n'avait pas été visée<sup>1</sup>.

20. Aujourd'hui, semble bien se dégager une troisième branche à l'alternative : la volonté est à ce point libre qu'elle peut à la fois exprimer sa liberté en donnant son consentement une première fois pour entrer dans le contrat et jouer une seconde fois pour briser l'effet obligatoire en organisant par exemple un mécanisme de dédit qui laisse la rétractabilité du consentement active malgré la formation du contrat.

21. Cela signifie que l'effet obligatoire peut être modifié par la volonté qui ne se contredit pas en s'engageant dans un contrat tout en se soustrayant un temps et sous certaines conditions de son effet obligatoire. Cela tend à attester que la force obligatoire est un effet de la volonté, que celle-ci peut l'affecter, et non un effet de la nature contractuelle. Ainsi, l'autonomie de la volonté a-t-elle étendu sa puissance puisqu'elle peut faire prévaloir la volonté sur la nature.

22. Cette puissance de la volonté à tenir à son disposition la force obligatoire et à produire une caducité disponible du contrat, s'exprime à travers la validité de la clause de dédit. En effet, alors que la clause pénale

▲ 1. L. Boyer, *La clause de dédit*, Mélanges Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41 s., spéc. p. 44.

prend appui sur la force obligatoire pour tirer contractuellement conséquence de l'inexécution, la clause de dédit symétrique prend congé de celle-ci. Cette opposition, clause de dédit pour le débiteur, clause pénale pour le créancier, n'empêche pourtant la difficulté que la jurisprudence rencontre souvent de distinguer clause pénale et clause de dédit, car lorsque la clause atteint une contrepartie d'une excessive ampleur, et comme le souligne Denis Mazeaud<sup>1</sup>, le prix devient une peine.

23. La validité de la clause de dédit tient au fait que celle-ci n'est unilatérale que dans son exercice et non dans son économie. En effet, la clause de dédit a un prix<sup>2</sup> : il doit être versé au cocontractant de celui qui se désengage. La mise en œuvre de la clause de dédit signifie la caducité du contrat mais aussi, en quelque sorte, son exécution. Cette rétribution est essentielle à telle point qu'on désigne souvent cette somme d'argent elle-même comme le dédit, car il ne peut y avoir faculté de dédit sans prix de l'usage d'une volonté qui récupère son consentement, lequel est en principe captif du contrat. Ainsi, le dédit, comme somme d'argent, c'est la rançon pour qu'on rende à la volonté son consentement, que le contrat le libère et le lui restitue. Mais, là où la loi ne gratifie pas le contractant d'un droit de repentir, celui-ci doit se l'offrir sur ses deniers s'il n'a que la puissance contractuelle pour le faire. Ainsi, la volonté ne retrouve son empire sur le consentement qu'en contrepartie d'une aliénation monétaire, c'est-à-dire qu'elle ne s'exprime pas d'une façon pure<sup>3</sup>. En effet, le repentir légal emprunte à sa source, qui est la loi, son unilatéralité ; mais le repentir contractuellement organisé ne peut opérer ce rattachement : il doit se bilatéraliser.

24. Dès lors, l'économie de la clause de dédit est bilatérale, commutative. Cela explique qu'elle peut sans difficulté s'insérer dans un contrat, parce que fondamentalement elle ne porte pas atteinte à la bilatéralité, à la commutativité de celui-ci. On peut dire que l'unilatéralité du pouvoir ainsi redonné au cocontractant qui continue de disposer de sa force de consentement pour le reprendre, est un objet bilatéral de négociation, qui a son prix.

Une jurisprudence illustre remarquablement cette nature. Par un arrêt du 17 juillet 1991, la Chambre sociale<sup>4</sup> a admis qu'un salarié démissionnaire doive verser un dédit à l'employeur pour la formation que celui-ci lui avait offerte, alors que le pourvoi invoquait la nullité de la clause en ce qu'elle entravait le pouvoir fondamentalement unilatéral du salarié de mettre fin au contrat par la démission. La Cour a souligné que ce dédit était la contrepartie d'une formation effectivement fournie et qu'en cela, la stipu-

▲ 1. *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, Bibliothèque de droit privé, t. 223, L.G.D.J., 1992, n° 635 s., p. 360 s., spéc. n° 640, p. 364.

▲ 2. L. Boyer, préc., n° 17, p. 59.

▲ 3. À l'inverse, sur l'hypothèse de la clause purement potestative, v. *supra* n° 27 s.

▲ 4. Bull. civ., V, n° 373.



lation prévalait sur le droit pur de la démission. On voit que c'est la bilatéralité du dédit qui l'emporte sur l'unilatéralité de la démission.

25. Ainsi, la contradiction initiale est résolue par la contradiction admise que constitue une unilatéralité bilatéralement convenue et commutativement organisée. La contradiction efface la contradiction, car, en logique, l'addition de deux contradictions aboutit à un positif. Il est alors admis que l'anéantissement du contrat par le dédit soit une forme de son exécution<sup>1</sup>, dans une définition positive de la négation.

Ainsi, l'unilatéralité persévérant dans le contrat est subordonnée à la condition qu'elle soit bilatéralisée. Mais ce qui n'est pas supportable, c'est l'unilatéralité qui persiste dans le contrat formé sans prendre la forme commutative, sans être bilatéralisé, sans qu'aucune contrepartie ne lui corresponde. Une unilatéralité pure, donc un consentement conservé en nature, serait inacceptable.

► B. LA LIMITE DE L'USAGE INACCEPTABLE DES CLAUSES DÉLIANT LE CONSENTEMENT

26. L'unilatéralité ne peut rester pure dans le contrat comme elle l'était dans le temps de l'avant-contrat car elle doit subir la loi contractuelle de la commutativité. L'unilatéralité non rétribuée, qui ne se meut pas en commutativité, est une contradiction que le contrat ne peut plus alors surmonter, car la dialectique n'a pas fonctionné.

27. C'est pourquoi les clauses purement et simplement potestatives sont nulles. En effet, l'article 1170 attache une nullité absolue à cet arrangement contre nature qui permettrait à une volonté de conserver l'entière disponibilité de son consentement, comme du temps précédant l'aliénation contractuelle. Or, la volonté unilatérale ne peut ainsi demeurer le maître absolu d'un contrat car sinon, en cela, elle sera le maître de l'autre contractant, sans contrepartie, ce qui serait un jeu de dupe car une liberté ne peut s'aliéner qu'au contact d'une autre qui s'aliène pareillement. Si l'une des parties est liée et l'autre non, ce rapport devient un rapport de maître (celui qui conserve la liberté pure) à un esclave (celui qui lui a aliéné sa liberté). Et un rapport de maître à esclave n'est pas acceptable, ne supporte pas la contractualisation, lui est antinomique. La condition potestative bien qu'acceptée était inacceptable : elle est donc brisée par la nullité.

28. La jurisprudence donne la démonstration de ce principe car ce qui est inacceptable, c'est la persévérance de la volonté pure dans le contrat, cela mais seulement cela. Tout d'abord, la jurisprudence ancienne avait fait fonctionner le couple précité « accepté-acceptable » en affirmant que la

▲ 1. *Contra*, L. Boyer, préc., n° 15, p. 58.

clause potestative acceptée était de ce seul fait valable <sup>1</sup>. Puis, conformément au mouvement général de dissociation, elle a affirmé que le caractère accepté de la clause ne la sauvait absolument pas d'une qualification de clause inacceptable, et à ce titre nulle <sup>2</sup>.

29. Parallèlement, la jurisprudence a posé qu'il suffit que la circonstance qui décidera de l'exigibilité des obligations ne dépende pas de la volonté de l'une des parties, c'est-à-dire que sa maîtrise cesse d'être pure, que la condition soit simplement potestative, pour que le principe de validité l'emporte de nouveau. On a parfois critiqué la jurisprudence en matière de clause potestative, notamment en estimant que cette catégorie de clause simplement et non purement potestative serait ambiguë <sup>3</sup>. Mais elle illustre parfaitement le fondement qui justifie la nullité de la condition potestative, c'est-à-dire son lien avec une volonté pure persistante dans le contrat. Comme l'a rappelé le pourvoi dans l'arrêt de la Chambre commerciale du 24 juin 1986, les conditions simplement potestatives sont celles « subordonnant l'engagement à un fait qu'il n'est pas au seul pouvoir du débiteur de faire arriver par une simple manifestation de volonté » <sup>4</sup>. Elles sont alors valables.

30. L'autre hypothèse d'une unilatéralité inacceptable et que le droit n'admettra pas malgré l'acceptation des parties dans ce sens, c'est celle de l'unilatéralité abusivement exploitée. On appréciera dans ce sens l'application qui a été faite de la théorie de l'abus de droit dans l'usage de la clause de dédit <sup>5</sup>. Seule désormais l'abus dans l'exercice de la volonté est la limite de sa puissance, l'éthique plutôt que la nature. Cela est manifeste en matière de prix.

▲ 1. Civ., 3<sup>e</sup>, 21 janvier 1971, D.1971, p. 323, note J.-L. Aubert.

▲ 2. Com., 23 septembre 1982, Bull. civ., IV, n<sup>o</sup> 284 ; Civ., 3<sup>e</sup>, 7 juin 1983, D.1983, IR, p. 481, obs. B. Audit, *RTD civ.* 1984, p. 713, obs. J. Mestre.

▲ 3. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., 1996, Précis Dalloz, n<sup>o</sup> 1126, p. 905.

▲ 4. Bull. civ., IV, n<sup>o</sup> 137.

▲ 5. Civ., 3<sup>e</sup>, 11 mai 1976, D.1978, p. 269, note J.-J. Taisne, *Defrénois* 1977, p. 456, note J.-L. Aubert.