

Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 622

Dirigée par
Guillaume Wicker
Professeur
à l'Université
de Bordeaux

LA RÈGLE IMPÉRATIVE

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE
DE LA DÉROGATION
CONVENTIONNELLE
AUX LOIS

Maxime Touchais

Préface de
Tristan Azzi

Prix de thèse de l'université Paris Descartes

Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 622

Dirigée par
Guillaume Wicker
Professeur
à l'Université
de Bordeaux

LA RÈGLE IMPÉRATIVE

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DE LA DÉROGATION CONVENTIONNELLE AUX LOIS

Maxime Touchais

Maître de conférences à l'université Paris Descartes

*Préface de
Tristan Azzi*

Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Prix de thèse de l'université Paris Descartes

*Bibliothèque de droit privé fondée par Henry Solus
Professeur honoraire à la Faculté de droit
et des sciences économiques de Paris*

LGDJ un savoir-faire de
lextenso



© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275108551

Thèse retenue par le Comité de sélection de la Bibliothèque de droit privé
présidé par Guillaume WICKER et composé de :

Dominique BUREAU

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Cécile CHAINAIS

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Dominique FENOUILLET

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Laurence IDOT

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Thierry REVET

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pierre SIRINELLI

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Geneviève VINEY

Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

À ma famille

REMERCIEMENTS

Je remercie tout particulièrement Monsieur le Professeur Tristan Azzi de m'avoir fait confiance en acceptant de diriger ce travail, toujours avec une grande bienveillance et une extrême disponibilité. La qualité de ses conseils et la rigueur de ses relectures m'ont été d'une aide précieuse pour venir à bout des obstacles de la thèse. Qu'il trouve ici la marque de ma plus profonde gratitude.

Je remercie affectueusement mes parents et toute ma famille pour le soutien indéfectible qu'ils m'ont apporté à tous les niveaux.

Je remercie vivement Yves El Hage, Thomas Veber et Tassadit Ould Fella pour leur sincère amitié, leur soutien quotidien, la richesse de leur discussion et les très agréables moments que nous avons partagés au cours de ces années.

Je songe aussi à tous mes collègues et amis qui m'ont accompagné et sans qui le chemin aurait été bien plus difficile qu'il ne le fut. Je tiens à mentionner spécialement : Maud, Laure, Tewfek, Déborah, Cassandre, Thomas, Dan, Victoria, Vincent, Charlotte, Léa, Sarah, Théo, Pauline, Clara, Laura. Un grand merci à tous.

PRÉFACE

La règle impérative fait partie de ces notions centrales que le juriste, toutes branches du droit confondues, ne cesse d'employer, mais dont la définition et le régime demeurent à de nombreux égards incertains. C'est à ce sujet essentiel qu'est consacrée la très belle thèse de M. Maxime Touchais¹.

L'introduction confronte conception classique et conception moderne de la distinction entre règles impératives et règles supplétives. Selon la conception classique, les règles impératives sont des règles auxquelles il est interdit de déroger par convention, tandis que les règles supplétives sont des règles auxquelles il est permis de déroger par convention. Toujours selon cette conception, toute norme appartient nécessairement à l'une ou l'autre des deux catégories qui constituent, en conséquence, une *summa divisio* des règles de droit. Quant à la conception moderne, elle part du principe que seules les règles impératives sont – exceptionnellement – susceptibles de dérogation. Il est, en revanche, inconcevable de déroger à une règle supplétive. En outre, la même conception veut que certaines règles ne soient ni impératives ni supplétives. Dressant un état de la recherche en la matière, M. Touchais fait apparaître les progrès réalisés et les problèmes persistants. Il fixe ensuite le cadre de sa démonstration. Concevant la règle impérative comme un instrument permettant d'appréhender efficacement la question de la validité des stipulations contractuelles contraires à la loi, il entend réhabiliter l'approche classique tout en prenant en compte les apports de la théorie moderne. Pour ce faire, il retient plusieurs postulats consistant à rattacher la règle impérative tout à la fois à l'article 6 du Code civil, à la notion de dérogation, à la théorie générale des normes et, enfin, à la théorie générale des conflits de normes.

La première partie de l'ouvrage a trait à *l'identification de la règle impérative*. Le raisonnement est mené en deux temps.

Il s'agit d'abord de procéder à *l'identification du conflit de normes* sous-jacent à la règle impérative. L'auteur se livre à une analyse approfondie du mécanisme de la dérogation qui, assez peu étudié par la doctrine civiliste, se rattache à la question plus générale de l'antinomie entre deux normes. Les conflits de normes regroupent toutes les situations dans lesquelles l'applicabilité d'une norme est remise en cause par l'intervention d'une autre norme en raison de son contenu. La problématique de la règle impérative correspond à un conflit de normes bien précis : M. Touchais écarte le conflit reposant sur une restriction de compétence ou un chevauchement de compétences pour se concentrer sur l'hypothèse d'une contradiction entre deux normes dont les champs d'application se recoupent partiellement. L'antinomie apparaît

1. La thèse a été soutenue le 27 novembre 2019 à l'Université Paris Descartes. Le jury était composé des professeurs Cécile Pérès (président), Muriel Fabre-Magnan (rapporteur), Pascale Deumier (rapporteur), Thomas Genicon, Olivera Boskovic et Tristan Azzi (directeur de recherche).

ainsi comme une opposition logique entre deux normes ayant pour objet de trancher une même question de droit. Pareille figure est-elle conceptuellement possible lorsqu'une loi est contredite, non par une autre loi, mais par le contrat ? M. Touchais répond par l'affirmative. Il voit dans le contrat une norme à part entière qui ne se réduit pas à un simple acte juridique d'application du droit. Quant à la loi, ce n'est pas parce qu'elle est située au-dessus du contrat dans la hiérarchie des normes qu'une antinomie ne peut pas se produire. L'auteur rejette au passage la thèse voulant que la dérogation conventionnelle aux règles supplétives soit formellement inconcevable.

La démonstration passe ensuite par *la résolution du conflit de normes* précédemment identifié. En droit international privé et en droit transitoire, les conflits de normes sont résolus grâce à des règles de conflit. De prime abord, la règle impérative peut sembler appartenir à cette catégorie de règles. Toutefois, selon M. Touchais, cette intuition est erronée. Il estime qu'une règle de conflit véritable doit prévoir la mise en œuvre mécanique d'un critère formel désignant la norme applicable à une situation donnée. Or, si de tels critères permettent de résoudre certaines antinomies, ils se révèlent inaptes à régler l'antinomie entre le contrat et la loi, car ils conduisent en la matière à des résultats contradictoires : là où le critère hiérarchique fait prévaloir la loi sur le contrat, le critère de spécialité tend au résultat inverse. Confronté à ces directives opposées, le juge ne dispose donc pas d'une règle de conflit opératoire. Aussi paraît-il préférable de se tourner vers un autre mode de résolution. C'est là un apport majeur de la thèse. S'inspirant du droit administratif, M. Touchais voit dans la règle impérative une règle introduisant un *rapport de conformité* entre le contrat et la loi. Les textes qui édictent explicitement des règles impératives utilisent généralement une formule catégorique du type : « toute convention/clause contraire est réputée nulle/non écrite ». C'est bien dire que la conformité du contrat à la règle de droit ne souffre d'aucune exception. Contrairement à une idée reçue, cette protection absolue de la règle impérative ne repose pas sur un surcroît de caractère obligatoire. À l'examen, en effet, la règle impérative ne s'avère pas plus obligatoire que la règle supplétive. Le rapport de conformité découle en réalité de l'existence d'une règle accessoire, explicite ou implicite, que l'auteur nomme « règle prohibitive de clause ». La règle impérative se présente ainsi comme la conjugaison de deux règles : la première, substantielle, énonce une prescription, tandis que la seconde, accessoire, interdit d'y déroger par contrat en réputant la convention contraire nulle ou non écrite. Une conception stricte de la notion de règle impérative est dès lors retenue : le rapport de conformité dans lequel celle-ci s'inscrit est exclusif de tout rapport de compatibilité, en ce sens qu'une règle susceptible de dérogation conventionnelle ne devrait jamais être qualifiée de règle impérative ou, ce qui revient au même, de règle d'ordre public. M. Touchais déplore le manque de rigueur du droit positif sur ce point. Il poursuit son analyse en s'attachant à la règle supplétive qui, elle, s'inscrit bien dans un rapport de compatibilité, les parties ayant la possibilité de s'en écarter. Cependant, cette faculté de déroger n'est pas absolue puisque, au minimum, elle est limitée par l'ordre public.

La seconde partie de la thèse porte sur *la mise en œuvre de la règle impérative*. M. Touchais distingue deux étapes dans cette mise en œuvre.

La première réside dans le *contrôle de conformité* du contrat par rapport à la règle de droit. S'agissant de la nature de ce contrôle, l'auteur s'intéresse à la balance des intérêts et au test de proportionnalité. L'usage systématique de ces mécanismes rendrait la notion de règle impérative inopérante. En effet, dans la mesure où la

règle impérative s'inscrit dans un rapport absolu de conformité entre le contrat et la loi, elle est incompatible avec lesdits mécanismes, qui introduisent une sorte de clause d'exception généralisée. Cependant, M. Touchais constate que, pour l'heure, le modèle classique reposant sur la hiérarchie des normes n'a pas encore disparu. Aussi poursuit-il son analyse en passant en revue les différents éléments constitutifs du contrôle de conformité. Il s'agit d'abord de déterminer la norme de référence à l'aune de laquelle ce contrôle est effectué. La principale difficulté consiste à s'assurer que l'on est bien en présence d'une règle à laquelle il est interdit de déroger. À cet égard, M. Touchais estime vaine toute tentative de qualification de la règle impérative fondée sur un critère matériel tel que le critère de l'ordre public. Tributaire d'un acte de volonté du législateur ou, à défaut, de la jurisprudence, pareille qualification ne saurait être, à ses yeux, que fonctionnelle. Quant à la norme contrôlée, elle doit nécessairement avoir une nature conventionnelle, d'une part, et déroger à une règle de droit, d'autre part : au titre de la première condition, il exclut les normes ayant une nature réglementaire ou juridictionnelle ; au titre de la seconde, il s'intéresse aux liens entre, d'un côté, l'impérativité et, de l'autre, le droit transitoire, le droit international privé et le droit de l'arbitrage.

La seconde étape de la mise en œuvre de la règle impérative se traduit par la *mise en conformité* du contrat à la règle de droit. L'exercice vise à rétablir l'autorité de la loi afin que celle-ci ne soit pas écartée au profit de la convention. Seules deux voies peuvent être empruntées à cette fin. La plus évidente est qualifiée d'indirecte. Elle consiste tout simplement à supprimer la stipulation dérogatoire en frappant celle-ci de nullité ou en la réputant non écrite. M. Touchais analyse ces sanctions classiques sous l'angle de l'impérativité, tout en les distinguant d'autres sanctions (caducité, inexistance, déchéance, inopposabilité). La seconde voie de rétablissement, directe quant à elle, n'est pas encore pleinement consacrée par le droit positif. Il s'agit d'appliquer d'emblée la règle impérative sans même s'intéresser à la stipulation qui y déroge. L'auteur présente en détail cette technique qui reflète pleinement la logique de conformité mise en lumière dans la première partie de l'étude. Il considère toutefois qu'elle n'est pas toujours adaptée. À côté de ces mesures principales conduisant – indirectement ou directement – à rétablir l'autorité de la loi, existent diverses mesures complémentaires à l'analyse desquelles est consacrée la fin de la thèse. Parmi ces mesures, figurent la possible extension par le législateur de la titularité de l'action en suppression des clauses illicites afin de pallier la négligence des parties, le moyen relevé d'office ou encore les garanties destinées à éviter que les contractants contournent l'impérativité grâce à leur habileté rédactionnelle ou en choisissant de rattacher leur convention à un ordre juridique étranger. Les rapports entre impérativité et lois de police sont notamment examinés à ce titre.

De nombreuses qualités étaient requises pour mener à bien une telle recherche, le sujet se distinguant par son ampleur, en raison tant de son caractère fondamental que de sa dimension transversale. Citons pêle-mêle : une volonté à toute épreuve, voire une certaine témérité, une grande maturité intellectuelle, une pensée originale, une vaste culture juridique, un esprit tout en nuances, un souci constant d'honnêteté, une puissante capacité de conceptualisation et d'abstraction, un goût prononcé pour la technique et la logique juridiques, une habileté à mener des raisonnements analytiques rigoureux, le tout sans perdre de vue la pédagogie. Possédant à n'en pas douter l'ensemble de ces qualités, M. Touchais livre un travail impressionnant, dont les implications théoriques et pratiques sont nombreuses. Porté par la meilleure plume, le propos est toujours clair. Les nombreux exemples parsemant l'ouvrage permettent de suivre

sans difficulté le raisonnement jusque dans ses aspects les plus conceptuels. La démonstration s'appuie sur un dense appareil scientifique. Construite autour d'un plan tout aussi simple que convaincant, elle force l'admiration par sa finesse et sa richesse.

Nul ne sera étonné, dans ces conditions, que M. Touchais ait été immédiatement qualifié par le Conseil national des universités aux fonctions de maître de conférences et recruté en cette qualité à l'Université Paris Descartes, laquelle lui a également décerné un prix de thèse. Souhaitons-lui tout le succès qu'il mérite pour la suite de sa carrière.

Tristan AZZI
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>adde</i>	ajouter
<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international
<i>AJDA</i>	L'actualité juridique droit administratif
<i>AJDI</i>	L'actualité juridique droit immobilier
al.	alinéa
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
art.	article
ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. proc. civ.	Code de procédure civile
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	commentaire
comp.	comparer
concl.	conclusions
<i>contra</i>	en sens contraire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contrats Conc.</i>	Contrats Concurrence et Consommation
<i>Consom.</i>	
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>DH</i>	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (années antérieures à 1941)
dir.	Sous la direction de
<i>DMF</i>	Revue de droit maritime français
<i>DP</i>	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (années antérieures à 1941)

<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille (revue)
<i>Dr. ouvr.</i>	Droit ouvrier
<i>Dr. soc.</i>	Droit social (revue)
<i>éd.</i>	édition
<i>EDCE</i>	Études et documents du Conseil d'État
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratia</i> (par exemple)
<i>ex.</i>	exemple
<i>fasc.</i>	fascicule
<i>GAJA</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>GAJCIV</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>GAJDIP</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence française du droit international privé
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> au même endroit)
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> (c'est-à-dire)
<i>in</i>	dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur (Encyclopédie)
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur périodique (la semaine juridique) édition Entreprise
<i>JCP G</i>	Juris-Classeur périodique (la semaine juridique) édition générale
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur périodique (la semaine juridique) édition notariale
<i>JCP S</i>	Juris-Classeur périodique (la semaine juridique) édition sociale
<i>JDI</i>	Journal du droit international (Clunet)
<i>LGDJ</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	Les petites affiches
<i>Mixte</i>	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
<i>n°</i>	numéro
<i>n^{os}</i>	numéros
<i>not.</i>	notamment
<i>obs.</i>	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (œuvre citée)
<i>p.</i>	page
<i>pp.</i>	pages
<i>préc.</i>	précité
<i>préf.</i>	préface
<i>PUAM</i>	Presses universitaires d'Aix-Marseille
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>QPC</i>	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>rappr.</i>	rapprocher
<i>RCADI</i>	Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye
<i>RCDIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RDA</i>	Revue de droit d'Assas
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDP</i>	Revue du droit public

<i>RDT</i>	Revue de droit du travail
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. ban. et fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RGDA</i>	Revue générale du droit des assurances
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	suivants
S.	Recueil Sirey (jusqu'en 1965)
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	spécialement
supp.	supplément
<i>supra</i>	ci-dessous
<i>T.C.F.D.I.P</i>	Travaux du comité français de droit international privé
t.	tome
V.	voir
V°	<i>Verbo</i> (mot)
vol.	volume

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	9
PRÉFACE	11
INTRODUCTION	21
PARTIE I	
L'IDENTIFICATION DE LA RÈGLE IMPÉRATIVE	
Titre I : L'identification du conflit de normes	53
Chapitre 1. La question générale de l'antinomie entre deux normes.....	55
Chapitre 2. La question spécifique de l'antinomie entre le contrat et la règle de droit	139
Titre II : La résolution du conflit de normes	191
Chapitre 1. L'irréductibilité de la règle impérative à une règle de conflit.....	193
Chapitre 2. L'assimilation de la règle impérative à un rapport de normes.....	219
PARTIE II	
LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÈGLE IMPÉRATIVE	
Titre I : Le contrôle de conformité	381
Chapitre 1. La nature du contrôle	383
Chapitre 2. Les éléments constitutifs du contrôle	399
Titre II : La mise en conformité	507
Chapitre 1. Les mesures principales	509
Chapitre 2. Les mesures complémentaires.....	561
CONCLUSION GÉNÉRALE	613

