



ANNALES
DE
L'UNIVERSITE
MARIEN NGOUABI

Sciences Juridiques et Politiques

Volume 24, Numéro spécial

ANNEE: 2023

ISSN: 1815 – 4433 - www.annaesumng.org

Indexation: Google Scholar

**ANNALES
DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI
SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**



VOLUME 24, NUMERO SPECIAL, ANNEE: 2023

www.annaesumng.org

SOMMAIRE

Directeur de publication
G. ONDZOTTO

Rédacteur en chef
J. GOMA-TCHIMBAKALA

Rédacteur en chef adjoint
D. LEKEBE OMOUALI

Comité de Lecture :
J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre)
A. KENMOGNE SIMO (Yaoundé)
E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville)
F. M. SAWADOGO (Ouagadougou)
YAO- NDRE (Abidjan)

Comité de Rédaction :
D. E. EMMANUEL ADOUKI
(Brazzaville)
G. MOYEN (Brazzaville)

Webmaster
R. D. ANKY

Administration - Rédaction
Université Marien Ngouabi
Direction de la Recherche
Annales de l'Université Marien
Ngouabi
B.P. 69, Brazzaville – Congo
E-mail: annales@umng.cg

ISSN : 1815 – 4433

Indexation : Google scholar

- 1 Le vote des pays africains à l'Assemblée Générale des Nations unies. Réflexions juridiques à la lumière de la Guerre en Ukraine**
OSSETE OKOYA G. C.
- 31 La notion d'essentiel en droit commun des contrats**
NGAH N. M. U.
- 68 La proportionnalité dans le droit des sociétés commerciales OHADA**
ONDZE S.
- 89 La réglementation des fonds de souscription au capital social initial en droit OHADA**
NGAMALEU DJUIKO S.
- 107 La sanction de la violation du droit communautaire en zones CEMAC et UEMOA**
ADOUA-MBONGO A. S.
- 139 La situation du créancier nanti en droit de l'OHADA**
KEITA B.
- 166 Les validations législatives dans les systèmes juridiques des États d'Afrique francophone**
ANDZOKA ATSIMOU S.
- 196 La démocratie administrative en République du Congo**
OBOUNGHAT OKAMBESSANGA W. L.
- 231 La victime au regard des mutations contemporaines du procès pénal**
YAYA A.



LA NOTION D'ESSENTIEL EN DROIT COMMUN DES CONTRATS

NGAH N. M. U.

*Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université de Douala
République du Cameroun*

RESUME

Une lecture attentive des sources du droit commun des contrats relève de nombreuses références à l'idée d'essentiel. Discrète mais parfois expressive, cette dernière innerve les différentes phases de la vie du contrat. A quoi renvoie l'essentiel ? A quoi sert-il en droit commun des contrats ? Cette réflexion se propose d'apporter une réponse à ces interrogations. Se nourrissant de ses manifestations hétérogènes, de ses significations plurielles et de ses usages multiples, elle se propose de construire un contenu notionnel systématique, unitaire et cohérent de l'essentiel en cette matière. Une telle entreprise s'articule autour de la caractérisation de ses dimensions matérielle et fonctionnelle.

Sur le plan matériel, l'essentiel se caractérise par sa charge notionnelle équivoque. Elle se nourrit du caractère éclaté de la notion qui se nourrit de la pluralité de ses déclinaisons et de ses significations. L'essentiel apparaît aussi à bien des égards comme une notion indéterminée. Ce qui la rend difficilement saisissable nuisant à son intelligibilité et à sa prévisibilité. Pour atténuer ce caractère équivoque, la possible construction d'un contenu uniforme est suggérée pour la rendre maîtrisable et prévisible. Elle vise à réconcilier les éléments disparates de l'essentiel en proposant leur conceptualisation autour des critères communs et sa caractérisation dans le champ contractuel.

Dans une perspective instrumentale, le droit commun des contrats mobilise l'essentiel à diverses fins. Il s'agit d'abord d'une fonction structurante qui se matérialise par la structuration formelle et matérielle de la matière contractuelle et par la fixation de l'objet contractuel à travers sa qualification, son interprétation et son extension. Puis, l'essentiel assure une fonction de sauvegarde. D'une part, en tant qu'objet de la protection, il assure la préservation de ce qui apparaît comme l'essence du contrat ou de la matière contractuelle, de ce qui est important, primordial soit du fait des autorités soit par la volonté des parties dans le champ contractuel. D'autre part, envisagé comme instrument de protection, l'essentiel assure le maintien du lien contractuel et la protection des principes contractuels.

Mots-clés : *Essentiel-notion-fonctions-composite-hétéroclites-unicité-utilité*

ABSTRACT

A careful reading of the sources of ordinary contract law reveals numerous references to the idea of essentials. Discreet but sometimes expressive, the latter innervates the different phases of the life of the contract. What does the essential refer to? What is it used for in common contract law? This reflection aims to provide an answer to these questions. Feeding on its heterogeneous manifestations, its plural meanings and its multiple uses, it proposes to build a systematic, unitary and coherent notional content of the essential in this matter. Such an enterprise revolves around the characterization of its material and functional dimensions.

On the material level, the essential is characterized by its equivocal notional load. It feeds on the fragmented character of the notion which feeds on the plurality of its variations and its meanings. The essential also appears in many respects as an indeterminate notion. This makes it difficult to grasp, harming its intelligibility and predictability. To mitigate this equivocal character, the possible construction of a uniform content is suggested to make it manageable and predictable. It aims to

reconcile the disparate elements of the essential by proposing their conceptualization around common criteria and its characterization in the contractual field.

From an instrumental perspective, the common law of contracts mobilizes the essential for various purposes. It is first of all a structuring function which is materialized by the formal and material structuring of the contractual matter and by the fixing of the contractual object through its qualification, its interpretation and its extension. Then, the essential provides a backup function. On the one hand, as an object of protection, it ensures the preservation of what appears to be the essence of the contract or of the contractual matter, of what is important, essential either because of the authorities or by the will parties in the contractual field. On the other hand, considered as an instrument of protection, the essential ensures the maintenance of the contractual link and the protection of contractual principles.

Keywords: *Essential-notion-functions-composite-heteroclite-uniqueness-usefulness*

INTRODUCTION

1. « *L'essentiel est sans cesse menacé par l'insignifiant* »¹. Cette assertion de M. René CHAR dans une de ses œuvres poétiques au titre fort évocateur, *À une sérénité crispée*, envisage les rapports entre l'essentiel et l'insignifiant en termes de conflit entre le premier menaçant le second laissant transparaître en toile de fond l'idée selon laquelle tous les éléments de l'existence n'ont pas la même valeur, sont susceptibles d'hierarchisation. Pour minimiser le péril que fait peser l'accessoire sur ce qui est important voire vital, encore faut-il être en mesure de les distinguer, ce qui n'est pas toujours une entreprise aisée, c'est ce que rappelle Mme Aurélie ROYET-GOUNIN lorsqu'elle affirme que « *la société se caractérisera par une surabondance d'informations. Le défi sera de ne pas confondre l'accessoire et l'essentiel* ». M. David Ben GOURION, célèbre homme politique israélien, fait de la

distinction entre ce qui est capital et ce qui est futile un impératif, un devoir. Il écrit à ce propos « *vous devez toujours savoir distinguer l'essentiel de la futilité* »². Cette volonté d'isoler l'essentiel de ce qui ne l'est pas pour mieux le rechercher, l'assurer ou/et le préserver a donné naissance à un courant philosophique appelé l'essentialisme³. Distinguer l'essentiel de ce qui est futile, voilà une interpellation qui semble avoir inspiré plus d'un en matière juridique. Le succès du concept de l'essentiel se matérialise entre autres par la parution d'une collection d'ouvrages juridiques libellés « *L'essentiel du droit de...* »⁴, de la revue « *L'essentiel Droit des contrats* », des contributions doctrinales ayant pour objet l'essentiel⁵. L'expression a fait fortune en matière de vente internationale de marchandises dans plusieurs dispositions conventionnelles : une part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication⁶, la contravention essentielle⁷, une partie essentielle des obligations⁸. Elle

1 R. CHAR, *À une sérénité crispée*, Gallimard, Paris, 1951.

2 D. B. GOURION, *Ben Gourion parle*, Stock, 1971 du même auteur, *Du rêve à la réalité*, Stock, 1986.

3 L'essentialisme est un courant philosophie qui soutient qu'il existe une essence propre à chaque entité, être ou chose. Cette essence est le résultat de la combinaison d'un ensemble d'attributs déterminants indispensables à la caractérisation de son identité et à sa fonction. Elle repose sur le postulat que « l'essence précède l'existence ». L'essence renvoie à la nature propre, première indépendamment des contingences de l'existence. R. L. CARTWRIGHT, « Somme remarks on essentialism », *The Journal of Philosophy*, volume 65, n° 20, 1968, pp. 615-626 ; J. KURZWELLY, H. FERNANA et M-E NGUM, « *The allure of essentialism and extremist ideologies* », *Anthropology Southern Africa*, vol. 43, n° 2, 2020, pp. 107-118.

En opposition, un autre courant, l'existentialisme soutient que « *l'existence précède l'essence* ». Parmi les figures de brou qui le défendent on peut citer Jean Paul SARTRE. J.-P. SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, Gallimard, collection « Pensées », Paris, 1996, 108p. ; S. de Beauvoir, *L'existentialisme et la sagesse des nations*, Gallimard, coll. « Arcades », Paris, 2008, 144 p.

4 Elle a vocation à présenter l'ensemble des connaissances indispensables à la compréhension de la discipline juridique concernée, V. C. RENAULT-

BRAHLNSKY, *L'essentiel du droit des obligations*, éditeur Gaulino, collection Les Carrés Rouge, Paris, 2022, 160 p.

5 F. MORIN, *Fragments sur l'essentiel du droit de l'emploi*, Wilson et Lafleur, Montréal, 300 p.

6 **Article 3** de la Convention des nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises.

7 **L'article 25** de la Convention précitée dispose qu'« *une contravention au contrat commise par l'une des parties est essentielle, lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle le prive substantiellement de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus* ». Voir également les **articles 46** (sur le remplacement des marchandises), **49, 51** (sur la résolution du contrat par l'acheteur), **64** (résolution du contrat par le vendeur), **72** (résolution anticipée), **73** (la non livraison dans un contrat de livraisons successives constitue une contravention essentielle).

8 **Article 71** de la Convention précitée (une partie peut différer l'exécution de ses obligations s'il apparaît après la conclusion du contrat que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations (du fait d'une grave insuffisance dans la capacité d'exécution, sa solvabilité, la manière de s'approprier ou d'exécuter le contrat).

était également présente dans la vente commerciale de l'OHADA avant la réforme de 2010 à travers la de notion de « manquement essentiel »⁹ finalement abandonné au profit du critère de la gravité du comportement du contractant¹⁰. Ses charmes ont séduit éphémèrement le droit anglais¹¹ notamment à travers les notions de *fundamental term* et de *fundamental breach*¹² un peu moins le droit canadien qui se méfie de la dernière¹³.

9 **Article 254** de l'acte uniforme relatif au droit commercial général du 17 avril 1997 : « *L'acheteur peut demander la résolution du contrat à la juridiction compétente : si l'inexécution par le vendeur d'une quelconque des obligations ou des présentes dispositions constitue un manquement essentiel au contrat (...)* ». **Article 259** du même texte : « *Le vendeur peut demander la résolution du contrat à la juridiction compétente : si l'inexécution par l'acheteur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat ou des présentes dispositions constitue un manquement essentiel (...)* ». L'**article 248** du même indiquait qu'« *un manquement au contrat de vente commis par l'une des parties est considéré comme essentiel lorsqu'il cause à l'autre partie un préjudice tel qu'il la prive substantiellement de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat, à moins que ce manquement n'ait été causé par un tiers ou la survenance d'un évènement de force majeure* ». A FENEON, « L'influence de la CVIM sur le nouveau droit africain de la vente commerciale », Penant, n° 853, pp. 46 et s. ; ENSIE, « la sanction de l'inexécution de la vente commerciale en droit commun africain », Revue du CERDIP, volume 2, numéro 2, janvier-juin, 2003, pp. 3 et s. ; E. S. DARANKOUM, « Le critère de privation substantielle, condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA », Annales de la Faculté des sciences de Droit de Dschang, 2002, pp. 177 et s.

10 **Article 281 alinéa 2** de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général du 15 décembre 2010. Ce texte consacre la résolution unilatérale pour comportement grave.

11 Le droit anglais notamment la Chambre des Lords a définitivement abandonné le recours à la doctrine du *fundamental breach* pour sanctionner les clauses limitatives de responsabilité.

12 Synonyme de l'obligation essentielle, elle y tire sa source du droit maritime anglais par la jurisprudence qui l'a façonné d'abord comme outil d'interprétation puis comme instrument de neutralisation des clauses de limitation de la responsabilité du débiteur en cas de manquement grave de ce dernier ruinant la racine du contrat, R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation*

2. Déjà présente en droit commun français notamment à travers la saga jurisprudentielle relative à l'erreur sur la substance¹⁴ ou sur les obligations essentielles¹⁵, l'exigence du caractère déterminant des vices de l'erreur ou du dol, les références de l'idée d'essentiel ont connu un véritable boom lors la dernière réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations en

fondamentale : comparaison franco-anglaise, Préface J. GHESTIN, LGDJ, collection Thèses, Bibliothèque Droit privé, tome 336, Paris, 416 p.

13 La Cour suprême du Canada se montre méfiante à l'égard de la doctrine de la violation fondamentale (*fundamental breach*). Voir l'affaire Tercon contractors Ltd. c/British Columbia (Transport and Highways), CSC 4, par 81, publié le 12 février 2010. Voir également, l'affaire Prelco, 6362222 Canada inc. c/Prelco inc., 2021 CSC 39, par 86. Dans cette affaire la Cour suprême du Canada précise que l'atteinte à une obligation essentielle entraîne la neutralisation d'une clause de limitation de responsabilité si elle viole l'ordre public ou ruine la cause de l'obligation.

14 La Jurisprudence après avoir admis que la substance renvoie à la matière de la chose objet du contrat, la jurisprudence retient qu'elle s'entend comme les qualités substantielles c'est-à-dire celles qui ont déterminé la partie à s'engager (Civ., 28 janvier 1913, S., 1913, I, 487). Nonobstant la terminologie de « qualités substantielles » c'est bien les qualités essentielles qui sont visées comme le confirment l'adoption de cette formulation dans l'article 1132 du code civil français.

15 Req., 19 janvier 1863, DP 63, I, 248, S., 63, I, 185 : « un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme pas les obligations qui sont son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter » ; Civ. 1^{ère}, 11 octobre 1966, Bull. civ., I, n° 466, JCP, 1967, II, 15193, note de la PRADELLE (le vendeur qui livre des graines de betteraves fourragères à la place des betteraves sucrières ne peut se retrancher derrière la stipulation limitant le montant de réparation au remboursement du prix en cas d'erreur ; Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1970, Sarl Bibliothèque des arts c/ crespelle, D., 1970, jurisp, p. 281, note A. BRETON ; Civ. 1^{ère}, 23 février 1994, JCP 1994, I, 3809, note G. VINEY (La cour de cassation que l'exploitant d'un parc souterrain a manqué à son obligation essentielle de mettre à la disposition de l'utilisateur la jouissance paisible d'un emplacement pour lui permettre la voiture en stationnement. Voir notamment les arrêts CHRONOPOST et FAURECIA.

France¹⁶. Le législateur français utilise tantôt le mot : éléments essentiels, qualités essentielles, obligation essentielle tantôt l'idée : information dont l'importance est déterminante, sont nécessaires à la validité du contrat, contracté à des conditions substantiellement différentes, en considération de la nature du contrat, un élément déterminant de l'engagement des parties, une inexécution suffisamment grave. Cette diffusion de ses référentiels linguistiques s'accompagne d'une indication textuelle sélective de sa signification, de ses critères laissant au juge et à la doctrine le soin de les préciser sans qu'ils puissent toujours s'accorder. La combinaison entre la diversité de ses sources, ses déclinaisons, ses acceptions et le silence du législateur sur son contenu entraîne une certaine imprévisibilité et incertitude, source d'insécurité juridique et judiciaire. Accolé à de nombreuses notions matricielles du droit commun des contrats, présent dans les différents segments de la vie contractuelle, la maîtrise notionnelle de l'essentiel devient un enjeu important, vital. Cette réflexion a pour objet, en partant de ses différents référents, ses diverses facettes, ses multiples usages de proposer un contenu notionnel cohérent de l'essentiel en droit commun des contrats. Avant d'aller plus loin, il convient de préciser le sens des

composantes grammaticales du sujet.

3. La formulation du sujet met en perspective les vocables de notion, d'essentiel et de droit commun des contrats. Premièrement, dérivé du latin *notio*, *notionis*, le mot notion renvoie dans la langue française à la connaissance de base, élémentaire, culture sommaire, vague compétence dans quelque chose, à l'idée générale de quelque chose, à la représentation qu'on peut se faire de quelque chose, à la connaissance intuitive, plus ou moins définie qu'on a. Sur le plan juridique, nonobstant leur assimilation¹⁷, il convient de la distinguer du concept¹⁸. Envisagés de manière générale comme une représentation mentale et abstraite des objets ayant des caractéristiques communes, les concepts juridiques sont des composantes du discours juridique sur le monde qui permettent au droit de l'appréhender et d'assurer sa fonction de régulation des rapports sociaux¹⁹. Pour le professeur Xavier BIOY, leur distinction se nourrit d'une part, de la différenciation de leur mode de construction²⁰ et, d'autre part, de la séparation de leur champ d'étude : la connaissance des concepts et des notions relevant respectivement de la théorie du droit et du droit²¹. Reprenant à notre compte ces éléments, loin de vouloir raviver la querelle des universaux²² entre les réalistes

16 L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, entrée en vigueur le 1er octobre 2016, constitue une réforme majeure du Code civil. Elle a été ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 qui a apporté quelques modifications au texte initial. Voir, ASSOCIATION H. CAPITANT, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2016 ; Y.-M. LAITHIER, O. DESHAYES, Th. GENICON, *La réforme du droit des contrats et des obligations*, Lexis-nexis, 2016 ; A. BÉNABENT, « Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme des contrats (art. 16 du 20 avr. 2018) », *D.* 2018, chron. pp. 1024 et s. ; L. THIBIERGE, « La 'réforme de la réforme' du droit des obligations : (I) Le contrat- Les effets du contrat », *AJ contrats* 2018, pp. 266 et s.

17 H. LECUYER, « Propos introductifs », dans Cl. BRUNETTI-PONS (Dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, Paris, p. 5.

18 X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », dans Guillaume TUSSEAU (Dir.), *Les notions juridiques*, Economica, collection Etudes Juridiques, Paris, 2009, pp.21 et s.

19 J.-M. DENQUIN, *Les concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, Classiques Garnier, collection Bibliothèque de la pensée juridique, n° 16, 2021, 457p.

20 X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, pp. 31 et s.

21 *Ibidem.*, p. 39.

22 Les universaux renvoient à des classes générales d'être. Le désaccord sur les universaux traduit l'opposition traditionnelle entre Platon et Aristote,

et les nominalistes²³, la notion s'entend, ici, comme des vocables d'une part, énoncées dans une source du droit positif peu importe qu'elles soient définies ou non et, d'autre part, conçues par la doctrine pour servir de cadre d'analyse ou de systématisation du phénomène juridique²⁴. Expression de la distinction entre la notion et la qualification²⁵, ce choix s'inscrit moins dans une perspective descriptive du droit que dans la mise en avant de sa fonction normative largement tributaire des « *signes linguistiques que le droit emploie et des énoncés qu'il produit* »²⁶. En tant que message normatif, il importe de rechercher et de restituer le sens des termes juridiques afin de permettre la compréhension des règles de droit par ses destinataires. La notion s'inscrit ici dans une perspective définitionnelle visant à préciser le sens, la signification des termes juridiques.

4. Dérivé du latin *essentialis*, lui tiré du mot *essentia*, qui veut dire essence, nature d'une chose, le terme essentiel signifie dans une acception philosophique relatif à l'essence d'un être ou d'une chose. Le verbe « essentialiser » veut dire extraire une essence de l'existence. Dans le langage usuel, le mot essentiel renvoie à ce qui est indispensable, vital, important, de la plus haute importance. Il s'oppose à ce qui est accessoire, insignifiant, sans importance,

futile. La quête d'un sens de l'essentiel en droit des obligations ne saurait ignorer la distinction que proposait POTHIER entre les *essentialia*, les *naturalia* et les *accidentalia*. Il définissait les *essentialia* comme : « *Les choses qui sont de l'essence du contrat sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister, faute de l'une de ces choses, ou il n'y a pas du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* »²⁷. L'essentiel s'entend ici non seulement comme ce qui est attaché à l'essence d'un être²⁸ ou une chose mais aussi ce qui est indispensable, important, vital par opposition à ce qui ne l'est pas.

5. L'expression droit commun des contrats²⁹ doit être clarifiée. Survivance contemporaine de la distinction romaine entre le *jus commune* ou *jus gentium* et la *jus civile*³⁰, la *summa divisio* entre le droit commun et les droits spéciaux est indispensable pour définir le premier. Il est l'ensemble des règles juridiques qui régissent toutes les situations qui ne sont pas soumises à des règles dérogatoires, spéciales ou particulières. Le droit commun des contrats³¹ renvoie alors à l'ensemble des règles juridiques applicables de manière générale aux contrats à l'exclusion des règles dérogatoires aménagées pour certains contrats par les droits spéciaux. Assimilé à tort à la théorie générale du contrat³², le

A. LIBERA, *La querelle des universaux de Platon au moyen-âge*, Seuil, « Des travaux », Paris, 1996.

23 Les premiers les envisageant au sens des idées de Platon alors que les autres les appréhendent comme des noms vides.

24 Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de Philosophie du Droit*, 11, 1966, pp. 26 et s.

25 Il s'agit de l'opération juridique consistant à classer une situation, un objet, une institution dans les catégories juridiques existantes afin de lui attribuer ou appliquer un régime juridique.

26 G. CORNU, *La linguistique juridique*, LGDJ, coll. « Précis Domat », sous-collection « Privé », Paris, 2005, p. 1.

27 R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, Masson, 1883, n° 6, pp. 5 et s., spéc., p. 5.

28 Il s'applique de manière subsidiaire en cas de silence des droits fondamentaux.

29 Sur cette expression, S. LEQUETTE, « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD. Civil*, n° 3, 2018, pp. 541-565.

30 Le *jus commune* est le droit commun à tous les hommes alors que le *jus civile* est le droit particulier d'un peuple (il régit les relations entre ces citoyens).
31 Le droit romain ne connaissait pas de droit commun des contrats du fait de la prédominance d'un droit des contrats nommés formaliste et procédural.

32 G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 10^{ème} édition, Paris, 2001. L'éminent auteur opère une confusion entre le droit commun du contrat (relevant du droit positif) et la théorie générale du droit (construction, discours théorique et synthétique sur le droit des

droit commun des contrats se définit alors par opposition non pas aux droits des contrats spéciaux³³, mais aux droits spéciaux des contrats, de par leur applicabilité générale et sa vocation supplétive alors que ses derniers se démarque de lui par leur essence dérogatoire et leur caractère prioritaire³⁴.

6. Le libellé du sujet appelle quelques observations. Il n'est pas question ici de traiter des éléments essentiels, des qualités essentielles ou de l'obligation essentielle mais de procéder à la clarification notionnelle du terme essentiel dans une perspective systématique en se fondant sur une étude du droit positif et en mobilisant les vertus de l'interprétation scientifique pour préciser son contenu³⁵. Ce choix se justifie le caractère déterminant dans le sens à attribuer aux notions qu'il greffe. Il s'inscrit dans le contexte actuel marqué par une montée en puissance de l'impératif de sécurité juridique avec la revendication croissante des exigences d'accessibilité, d'intelligibilité et de prévisibilité du droit. La clarification des termes juridiques constitue un enjeu majeur pour assurer l'efficacité de la fonction normative du droit largement tributaire de sa compréhension par ses destinataires. Reprenant à son compte, la thèse de la double origine de la définition des concepts juridiques³⁶, la réflexion a pour objet de proposer un discours notionnel cohérent,

systématique et unitaire sur l'essentiel susceptible de guider le juge dans son travail d'interprétation des textes et d'éclairer les parties dans la formulation de leurs prévisions en matière contractuelle. Cette réflexion prend corps dans un environnement marqué par la récente réforme du droit commun des contrats en France après une longue période où sous une lettre figée, le droit s'est adapté notamment sous l'impulsion du juge et des droits spéciaux des contrats. L'étude de la notion d'essentiel est alors le prétexte, dans un microcosme juridique dominé par la concurrence des systèmes juridiques que cristallise la question d'attractivité, d'éprouver les nouveaux ressorts du droit commun des contrats français afin d'éclairer les législateurs africains d'héritage juridique français sur les options pertinentes à prendre selon leur contexte. Elle met donc de revisiter de manière renouvelée les valeurs, les tendances et principes matriciels qui structurent cette matière notamment l'articulation entre l'autorité et la volonté, le juste et l'utile, la sécurité et la justice contractuelle, les conceptions volontariste, économique et normative du contrat.

7. L'étude n'est pas sans intérêt. Sur le plan théorique, elle contribue, *primo*, à mettre en lumière la part de l'interprétation scientifique dans la clarification définitionnelle³⁷ des mots du droit dans le

contrats), Pour une dénonciation de cette confusion, E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, Paris, 1997.

33 Pour une relativisation de cette approche, N. DELEGOVE, *Le droit commun et le droit spécial*, Thèse de doctorat, Université de Paris 2, 2011. L'auteur suggère d'envisager leur relation en termes d'influences réciproques, de collaboration.

34 En vertu de l'adage « *specialia generalibus derogant* ». L'article 1105 alinéa 3 du Code civil français dispose que « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». N. BALAT, « La réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », D. 2015, pp. 699 et s.

35 Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, p. 26.

36 Sur l'origine institutionnelle et doctrinale des concepts. Ch. ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF, Paris, 1984, p. 154.

37 Signe de l'importance des définitions dans la discipline juridique, Le Vocabulaire juridique français donne une définition de la définition qu'elle envisage comme l'« *opération et l'énoncé qui en résulte par laquelle la loi principalement, la jurisprudence (dans le cas de définitions jurisprudentielles consacrées et la doctrine caractérise une notion juridique, une catégorie juridique par des critères associés* », G. CORNU, Vocabulaire juridique, sous l'égide de l'Association

silence du législateur et les errements du juge. *Secundo*, elle renouvelle la problématique de l'intelligibilité et de la compréhension du droit par ses destinataires par la mobilisation de la jurilinguistique³⁸ qui a pour objet de clarifier les termes employés par le droit. *Tertio*, elle éclaire sur le rôle fédérateur que joue la notion d'essentiel dans l'articulation des principes, des finalités et des valeurs contradictoires qui structurent le droit commun des contrats. Sur le plan pratique, la réflexion sert de cadre à la formulation des éléments de clarification notionnelle de l'essentiel pouvant utilement être mobilisés par les parties au contrat, le juge et le législateur *lege feranda*. Elle attire également l'attention des parties au contrat sur la vigilance dont elles doivent faire preuve dans l'appréhension de l'essentiel dans le cadre de la négociation et la rédaction des contrats eu égard au rôle imparti à la volonté dans la détermination de son contenu afin de minimiser les déconvenues judiciaires.

8. La notion d'essentiel en droit commun des contrats est au cœur de l'impératif de qualité normative. Elle est tendue entre l'exigence de sécurité juridique qui questionne son intelligibilité et celle d'efficacité cette dernière apparaissant comme un instrument de politique juridique. Dès lors, le questionnement qui structure l'analyse est le suivant : peut-on construire un discours cohérent en transposant la notion d'essentiel en droit commun des contrats

? La construction d'un tel discours est pour certains impossible. Pour d'autres, la réalisation d'un tel projet est mitigée. La présente étude est favorable à l'affirmative : on peut construire un discours cohérent sur l'essentiel en droit contractuel commun. La démarche méthodologique retenue ici est l'herméneutique. Elle a pour objet l'interprétation principalement des sources positives du droit commun des contrats³⁹ et subsidiairement des opinions doctrinales sur l'objet étudié en tant que sources indirectes. Elle s'appuie sur une démarche pluraliste se nourrissant de la libre recherche proposée par le doyen GENY. La formulation de la réponse à la question posée repose sur le postulat de la possibilité de construire un discours cohérent en transposant la notion d'essentiel en droit commun des contrats. Une telle idée se nourrit de la distinction proposée par le doyen Georges VEDEL⁴⁰ entre les notions conceptuelles et celles fonctionnelles. L'essentiel apparaît comme une notion conceptuellement décousue et équivoque mais dont le contenu susceptible d'unification sur la base d'un travail d'interprétation scientifique⁴¹ (I). Cette inconsistance matérielle semble tirer sa justification de la prédominance de sa perspective instrumentale, l'essentiel se laissant cerner au gré des fonctions qui lui sont assignées par le droit commun des contrats (II) mettant en lumière une interprétation se fondant sur les valeurs positivement reconnues, les principes, les finalités et les impératifs sociaux, politiques et économiques⁴².

Henri Capitant, PUF, collection « Quadrige », 11^{ème} édition, Paris, 2016, sous « définition ».

38 N. KAISER (Dir.), *Jurilinguistique. Entre langues et droits*, Thémis/Bruylant, Montréal, 2005.

39 J. GHESTIN, « Les données positives du droit », *RTD. Civ.*, numéro 5, 2002, pp. 11 et s.

40 G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein. La légalité des actes administratifs », *Semaine Juridique*, 1948, I, n° 682 ; du même auteur, « La juridiction compétente pour prévenir, pour cesser ou réparer la voie de fait administrative », *Semaine juridique*, 1950, n° 851. Pour cet éminent auteur, une notion est conceptuelle lorsque sa

définition est donnée « indépendamment de ce à quoi elle sert ». Les notions fonctionnelles procèdent « directement d'une fonction qui leur fonction qui leur confère seule une véritable unité ».

41 L'interprétation scientifique s'entend ici au sens kelsenien c'est-à-dire celle effectuée par la doctrine par opposition à l'interprétation authentique qui est l'apanage des autorités compétentes (législateur, pouvoir exécutif, juridictions).

42 Ch. PERELMAN, « L'interprétation juridique », dans *L'interprétation dans le droit*, APD, t. XVII, Sirey, 1972, pp. 29 et s., spéc., pp. 30 et s. : il importe de garder à l'esprit que « chaque fois que le sens

I. L'essentiel, une notion au contenu équivoque

9. Dire que la notion d'essentiel est matériellement équivoque c'est admettre qu'elle peut s'interpréter de plusieurs manières et qu'elle n'est pas claire. Elle suppose la possibilité d'une pluralité de significations et une absence de clarté. L'exploration systématique des sources du droit commun des contrats dans la perspective du recensement des indices linguistiques terminologiques et conceptuelles de l'essentiel articulées autour des idées matricielles d'essence et d'importance révèlent le caractère diffus et ambigu de la notion d'essentiel (A). Les incidences préjudiciables de cette variabilité légitime la quête des voies pour y remédier

A. La preuve du contenu équivoque

10. Le caractère équivoque de la notion d'essentiel en droit commun des contrats doit être caractérisé. L'exploration de ses sources aux fins non seulement d'y déceler les référentiels linguistiques de l'essentiel⁴³, mais surtout, de mettre en lumière l'attitude des autorités normatives dans la fixation de son sens révèle une notion fragmentée (1) et indéterminée (2).

clair d'un texte contredit la finalité de l'institution qu'il est censé servir, ou heurte l'équité ou conduit à des conséquences socialement inadmissibles, on s'efforcera de l'interpréter, le texte cessera d'être clair, car selon la valeur privilégiée, la sécurité, l'équité ou le bien commun, telle interprétation l'emportera en définitive ».

43 Le mot, ses synonymes ou encore ses référentiels conceptuels à savoir ce qui est relatif à l'essence et ce qui est important, primordial, indispensable, nécessaire.

44 Par opposition aux sources matérielles qui renvoient à l'ensemble des facteurs historiques, socio-politiques, économiques, culturels, idéologiques qui influencent le contenu de la règle de droit (G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955), elles englobent les organes et les supports la contenant. POTHIER propose quant à lui la distinction entre les sources formelles et les sources informelles (selon l'auteur, les usages et pratiques professionnelles, la doctrine et les principes généraux du droit), P. ROUBIER, «

1. Une notion fragmentée

11. Le caractère équivoque de la dimension matérielle de la notion d'essentiel est la conséquence de sa consistance composite qui se manifeste dans la pluralité ses déclinaisons (a) et ses significations (b).

a) La pluralité des déclinaisons de l'essentiel

12. Le caractère composite de la composante matérielle de la notion d'essentiel en droit commun des contrats est d'abord le résultat de la pluralité de ses déclinaisons. Ces dernières se résument à la pluralité des sources et à l'hétérogénéité des modes d'énonciation.

13. *Primo*, le contenu matériel éclaté de l'essentiel est tributaire de la pluralité de ses sources formelles⁴⁴. Elles sont marquées par la prééminence des sources textuelles, la reconnaissance de la jurisprudence comme source du droit⁴⁵ et la place reconnue à la volonté en matière contractuelle.

14. La réception de la notion d'essentiel est d'abord le fait des sources textuelles notamment du Code civil qui en constitue la principale. Stable, sa lettre étant restée semblable à celle du Code civil français de 1804, le Code civil applicable au

L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », Études G. Ripert, LGDJ, 1950, t. I, pp. 9 et s.

45 Nonobstant la controverse sur la jurisprudence comme source du droit (O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », Mélanges J. MAURY, Dalloz & Sirey, 1960, t. I, pp. 349 et s. ; L. BACH, « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? », Mélanges J. Héron, LGDJ, 2008, pp. 47 ets.), il est difficile de ne pas admettre l'idée que la jurisprudence est une source du droit (Ch. EISENMANN, « La justice dans l'État », dans *La justice*, PUF, Paris, 1961, pp. 11 et s., spéc. p. 37-38 ; P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », *RTD civ.* 1952, pp. 17 et s., spéc. p. 20 ; M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », Études G. Scelle, LGDJ, 1950, t. II, pp. 613 et s. ; B. OPPETIT, « L'affirmation d'un droit jurisprudentiel », *Droit et modernité*, PUF, 1998, pp. 65 et s. ; P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001/1, pp. 77 et s.) y compris en droit des contrats.

Cameroun contient des références peu nombreuses et plus moins explicites de l'essentiel⁴⁶. A *contrario*, empreint d'un dynamisme certain, le Code civil français révisé en 2016 est essaimé des référentiels linguistiques de l'essentiel⁴⁷. Ce traitement textuel différencié suggère que sa présence plus ou moins marquée est tributaire des impératifs de politique législative et des valeurs que le législateur entend promouvoir. Ensuite, la jurisprudence est la deuxième source de l'essentiel. Face à l'attitude timorée du juge camerounais en matière contractuelle⁴⁸, la jurisprudence française constitue le cadre d'investigation approprié. Deux cas suffiront à l'illustrer la fonction normative du juge. La première hypothèse met en lumière le pouvoir d'interprétation du juge. Se fondant sur la notion de « *substance même de la chose qui en est l'objet* » tirée de l'ancien **article 1110** du Code civil français, la Cour de cassation, après avoir longtemps admis que la substance s'entend de la matière dont est

faite la chose (table en bois), a décidé qu'elle s'entende des qualités substantielles⁴⁹ c'est-à-dire celles qui ont déterminé une partie à s'engager et sans lesquelles elle ne serait pas engagé ou ce serait engagé à des conditions substantiellement différentes. La notion de « *qualités substantielles* » élaborée par la jurisprudence a été reprise à l'**article 1132** du Code civil français qui parle plutôt de « *qualités essentielles de la prestation due* ». Dans la seconde illustration, c'est le rôle créateur du juge qui est mis en exergue. Après avoir assimilée la violation d'une obligation fondamentale à une faute lourde⁵⁰, la haute juridiction consacre la notion d'« *obligation essentielle* »⁵¹ pour neutraliser les clauses limitatives de responsabilité après l'avoir évoquée très tôt sans la nommer⁵². Rattachée à la cause, cette notion a été vulgarisée par les saga jurisprudentielles Chronopost⁵³ et

46 On peut citer sans souci d'exhaustivité : **article 1108** : « *quatre conditions sont essentielles à la validité de la convention* » ; **article 1110** : « *L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* » ; **article 1135** : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les autres que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » ; **article 1208** : « *Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs* ».

47 **Articles 1112-1, 1114, 1124, 1128, 1130, 1132, 1133 alinéa 3, 1134, 1135, 1136, 1166, 1170, 1184, 1186, 1219, 1224** du Code civil.

48 On peut citer de manière anecdotique, Cour Suprême, arrêt n° 28 du 03 octobre 1968, Bulletin des arrêts n° 19, p. 2339. Sur la base de l'**article 2271** du Code civil applicable au Cameroun, la juridiction suprême indique l'appréciation de l'intention de nover relève du pouvoir souverain des juges du fond qui doivent l'apprécier en se référant à la nature de

la convention en cause. La nature de la convention peut être assimilée à ce qui fait son essence.

49 De manière pionnière, Req., 16 mars 1898 ; civ. 1^{ère}, 22 février 1978 et Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1983, Epoux Saint-Arroman c/Réunion des Musées nationaux et autres.

50 Bordeaux, 27 novembre 1902, Clunet 1904, 955 (retards trop importants en cas de délais normaux de livraison auxquels l'expéditeur ou le destinataire pouvait s'attendre) ; Paris, 2 décembre 1924, Clunet, 1926, 419 ; Com., 21 octobre 1957, Bull. Civ. III, n° 220 (erreur sur le destinataire en cas de livraison à une personne déterminée) ; Com., 9 mars 1959, Bull. Civ., n° 124 (absence de mesure de sécurité pour une marchandise de grande valeur) ; Aix, 1^{er} décembre 1976, Bulletin d'Aix, 1976/4, n° 395 (exigences formulées dans la lettre de voiture), Civ. 1^{ère}, 18 janvier 1984, JCP, 1985, II, n° 20372, note J. MOULY ; Cass. 1^{ère}, 15 novembre 1988, D., 1989, Jur., p. 349, note Ph. DELEBECQUE.

51 Com., 9 mai 1990, Bulletin IV, n° 142.

52 Req., 18 janvier 1863, DP 63. 1. 248, S., 63, 1, 185 : « *un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter* ».

53 Com., 22 octobre 1996, Soc. Bancheau c/Soc. Chronopost, D. 1997, 121, note A. SERIAUX ; Com., du 9 juillet 2002 ; Ch. Mixte, 22 avril 2005 ; Com., 30 mai 2006 ; Com., 13 juin 2006.

Faurecia⁵⁴ aient d'être consacrée par l'**article 1186** du Code civil français. Enfin, la loi et la jurisprudence font de la volonté des parties une source de l'essentiel en droit contractuel commun. En vertu de la liberté contractuelle, elles peuvent déterminer le caractère essentiel des éléments, des qualités de la chose objet du contrat ou encore des obligations contractuelles à condition qu'une telle stipulation soit portée à l'attention du cocontractant⁵⁵, soit entrée dans le champ contractuel⁵⁶. L'**article 1133** du Code civil française dispose que « *les qualités essentielles de la prestation sont celles qui sont expressément ou tacitement convenues (...)* ». La nullité pour erreur sur le motif déterminant illustre bien le rôle reconnu à la volonté des parties dans la détermination de l'essentiel. La

jurisprudence exige pour prononcer la nullité qu'il ait fait l'objet d'une stipulation expresse et que les parties l'aient érigé en condition du contrat⁵⁷, en « *élément déterminant de leur consentement* »⁵⁸.

15. Secundo, l'essentiel fait l'objet d'une appréhension diffuse eu égard à son champ et ses modes d'expression. Présent à toutes les phases de la vie contractuelle, sa réception est soit explicite soit implicite. La première approche, terminologique, intègre le vocable lui-même⁵⁹ et de ses synonymes : « substance »⁶⁰, « substantielles »⁶¹, « substantiellement »⁶², « déterminant »⁶³, « nécessaires »⁶⁴, « nature de

54 Cass. Com., 13 février 2007 (Il en ressort que le seul manquement à une obligation essentielle suffit à caractériser la faute lourde) ; Cass. Com., 29 juin 2010.

55 J. GHESTIN, Obs., JCP 1971, II, 16916. L'éminent auteur parle de « qualité convenue », expression qui a été reprise par le législateur français de 2016.

56 LOUSSOUARN, Obs., RTD Cv 1971, 131.

57 Civ., 3 août 1942, D. 1943, 18 ; Civ. 3^{ème}, 24 avril 2003, D. 2004, 450, note S. CHASSAGNARD ; Com., 30 mai 2006, CCC 2006, n° 224, note L. LEVENEUR.

58 Article 1134 du Code civil français : « *L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement* ».

59 **Article 1108** du Code civil applicable au Cameroun dispose que « *quatre conditions sont essentielles à la validité de la convention* ». Dans le Code civil français : **article 1114** : « *L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. À défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation* » ; **article 1124** : « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* » ; **article 1132** : « *L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur*

celles du cocontractant », ; **article 1133 alinéa 1** : « *Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. (...)* » ; **article 1134** : « *L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement* » ; **article 1135** « *L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité* » ; **article 1136** que : « *L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité* » ; l'**article 1170** révèle que « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* » ; **article 1186** énonce que « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ».

60 Articles **1110** : « *L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. (...)* », **1138** du Code civil applicable au Cameroun. **Article 1170** du Code civil français. G. GRUNDELER, « Valeur et substance, principal et incident », D. 2016, pp. 1300 et s.

61 Cass. req., 16 mars 1898.

62 **Article 1130** du Code civil français

63 **Articles 1112-1, 1130, 1134, 1184** du Code civil français.

64 **Article 1128** du Code civil français.

l'obligation »⁶⁵, « cause principale »⁶⁶. La démarche conceptuelle quant à elle exprime l'idée, la chose sans nécessairement recourir au mot. De nombreuses formulations textuelles attestent cette orientation⁶⁷. La pluralité des sources positives et l'hétérogénéité des modes d'expression de l'essentiel en droit commun des contrats sont les premiers indices de son caractère composite qui se nourrit aussi de la variabilité de ses significations.

b) La variété des significations de l'essentiel

16. L'essentiel fait l'objet de l'attribution de plusieurs sens en droit commun des contrats comme l'atteste l'étude des sources. Une lecture du Code civil permet de caractériser ce postulat. L'article 1112-1 du Code civil français dispose que « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer (...). Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». Le critère de l'essentialité est le caractère déterminant de l'information à condition que s'apprécie eu égard à sa relation directe et nécessaire avec soit le contenu du contrat c'est-à-dire sa cause et son objet soit ses parties. Il s'agit d'une information pertinente qui permet au cocontractant de s'engager en toute connaissance de cause et de pouvoir mesurer la portée de son engagement

65 **Articles 1135, 1208 et 1218** du Code civil applicable au Cameroun. Cour Suprême, arrêt n° 28 du 03 octobre 1968, Bulletin des arrêts n° 19, p. 2339. **Article 1166** du Code civil français.

66 **Article 1110** du Code civil applicable au Cameroun.

67 « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* » ; « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. (...)* » ; « *Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle*

contractuel. Une lecture attentive de l'article 1130 du même texte révèle que l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'il est avéré que sans eux « *l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à conditions substantiellement différentes* ». L'élément d'appréciation du caractère déterminant des vices de consentement est l'incidence que leur absence aurait sur le comportement de la partie lésée quant à sa décision de contracter notamment son refus de contracter ou la négociation d'un contrat substantiellement différent. Il ressort de l'article 1133 alinéa 1 du code civil français que « *les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté (...)* ». La qualité essentielle des qualités de la prestation s'apprécie à l'aune de leur entrée dans le champ contractuel et de leur caractère déterminant pour le consentement des parties⁶⁸.

17. L'étude de la jurisprudence confirme cette polysémie. Deux exemples suffisent pour l'attester. La jurisprudence sur « *la substance de la chose objet du contrat* » fournit la première illustration. Elle donne avoir deux acceptions. Une conception objective qui l'envisage comme la matière de la chose objet du contrat. Une approche subjective dominante qui la conçoit comme la qualité de la chose qui a déterminé une partie au contrat à s'engager, celle en l'absence de laquelle elle ne se

n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles » ; « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* » ; « *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* » ou encore « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ».

68 Civ. 3^{ème}, 21 septembre 2010.

serait pas engagée⁶⁹. Un autre exemple est fourni par la conception jurisprudentielle de l'obligation essentielle. Assimilée à la faute lourde⁷⁰, elle s'entend comme « une négligence d'une extrême gravité confinant au dol dénotant de l'incapacité du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle »⁷¹. Différenciée de celle-ci⁷², elles seraient, de l'avis de POTHIER, « celles sans lesquelles le contrat ne peut subsister. Faute de l'une ou de l'autre de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat ou c'est une autre espèce de contrat ».

18. La doctrine aussi ne s'accorde pas toujours lorsqu'il s'agit de définir l'essentiel. Sur la « substance de la chose », certains auteurs défendent une conception objective⁷³, d'autres une approche subjective⁷⁴ pendant que d'autres encore sont pour une position médiane⁷⁵. De manière plus significative, les dissensions

doctrinales sont plus marquées à propos de l'obligation essentielle. Le professeur Philippe JESTAZ soutient que « c'est plutôt de la nature des choses que découle l'obligation fondamentale. Il y a dans chaque contrat, de par son économie propre, une obligation qui en constitue la pièce essentielle »⁷⁶. Pour les professeurs les professeurs Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX parlent d'une « obligation qui commande la qualification de celui-ci [le contrat] ou qui en constitue le particularisme expressément voulu »⁷⁷. Pour sa part, le professeur Christian LARROUMET estime que « certaines obligations font partie de l'essence même du contrat et lui donnent tout son sens. Il est évident qu'on ne saurait les supprimer sans atteindre la raison d'être du contrat »⁷⁸. Pour Nélia CARDOSO-ROULOT, elle est « l'obligation indispensable à la fois à l'existence même dudit contrat, c'est-à-dire en dehors de laquelle il ne saurait y avoir

69 Cass. Civ., 28 janvier 1913, S., 1913. 1, p. 487 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 2014, n° 13-24.043, JAC 2015, n° 22, p. 12, obs. P. HENAFF ; Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2020, n° 19-10.536, D. 2020. 2119.

70 Civ. 1^{ère}, 18 janvier 1984, JCP, 1985, II, n° 20372, note J. MOULY ; Cass. 1^{ère}, 15 novembre 1988, D., 1989, Jur., p. 349, note Ph. DELEBECQUE. Com., 13 février 2007, affaire Faurecia I. Il en ressort que le seul manquement à une obligation essentielle suffit à caractériser la faute lourde.

71 Cass. Ch. Mixte, 22 avril 2005, affaires Chronopost III ; Cass. com, 13 juin 2006, affaire Chronopost IV. La cour affirme que « la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur ».

72 Cass. Com., 29 juin 2010. Elle reprendra la solution de l'arrêt Chronopost V : « la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur ».

73 Ph. MALINVAUD, « De l'erreur sur la substance », D., 1972, chron., pp 215 et s. ; J.-M. TRIGEAUD, « L'erreur de l'acheteur. L'authenticité de l'œuvre d'art (Etude critique), RTD Civ., 1982, pp. 55 et s. Ces auteurs estiment qu'il y a

des éléments qui sont de la nature des choses et de l'absence la dénature au point d'en faire une autre chose comme la notoriété de l'artiste qui a peint un tableau.

74 G. VIVIEN, « De l'erreur déterminante et substantielle », RTD Civ., 1992, p. 305. L'auteur insiste sur le passage de l'erreur déterminante (un élément essentiel pour les parties) à une erreur substantielle c'est-à-dire importante.

75 AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 6^e édition, tome 4, p. 433. M. BARTIN indique que « par substance de la chose, on doit entendre non seulement les éléments matériels qui la composent mais encore les propriétés dont la réunion détermine sa nature spécifique et la distingue, d'après les notions communes, des choses de toute autre espèce ».

76 Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale », dans Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris, Dalloz, 1985, p. 273, spéc., p. 279. Préférant la terminologie d'obligation fondamentale, l'éminent auteur milite pour la thèse d'une obligation essentielle unique découlant soit de la nature des choses soit de la volonté des parties.

77 JACQUES FLOUR, JEAN-LUC AUBERT ET ÉRIC SAVAUX, *Les obligations*, « Le rapport d'obligation », Dalloz, 7^e éd., vol. 3 Paris, 2011, p. 210.

78 Christian LARROUMET (Dir.), *Droit civil*, « Les obligations. Le contrat », Economica, 6^e éd., t. 3, Vol. 2, Paris, 2007, n° 635.

de contrat, en d'autres termes à sa définition, et à sa qualification ou classification, c'est-à-dire en dehors de laquelle il serait un tout autre contrat »⁷⁹. L'étude des textes, de la jurisprudence et de la doctrine atteste de la polysémie de l'essentiel en droit contractuel commun. Ce contenu matériel composite côtoie une certaine indétermination textuelle.

2. Une notion indéterminée

19. Affirmer que l'essentiel est une notion juridique indéterminée c'est admettre que son contenu est imprécis, flou, souple, variable. Il convient de caractériser cette idée (a) et d'insister les conséquences préjudiciables de cette indétermination (b).

a) La consistance de l'indétermination

20. Le droit recourt régulièrement aux notions indéterminées dont la caractéristique est d'être imprécise, floue dans leur contenu. Le cas de la notion d'essentiel en droit commun des contrats confirme ce constat.

21. Une lecture attentive des sources textuelles du droit commun des contrats révèle que le législateur ne définit pas de manière systématique ce qu'il entend par essentiel⁸⁰. Dans la plupart des cas, il l'utilise sans la définir, il n'indique pas non plus les critères de l'essentialité, encore moins n'énumère ses hypothèses. C'est le cas pour les éléments essentiels du contrat qu'il énonce aux **articles 1114, 1186** du

code civil français sans indiquer ce qu'il entend par « essentiels » mais aussi les obligations essentielles prévues à l'**article 1170** du même texte sans qu'il ne précise les éléments d'appréciation de l'essentialité. Cette absence de définition emporte une indétermination dans la mesure où ces notions ne s'auto-suffisent pas, leur énoncé ne suffit pas à lui seul à déterminer leur contenu qui reste donc à préciser. Il s'agit d'une indétermination *intra legem* qui peut s'analyser comme une habilitation dans la mesure où le législateur ne donne aucune directive aux autorités d'exécution dans la détermination des critères d'appréciation de l'essentiel. Ce n'est pas parce que l'essentiel est textuellement indéterminé qu'il est indéterminable par les autorités d'application notamment le juge en sa qualité d'interprète authentique.

22. Option de politique législative, cette indétermination est une invitation impérative adressée au juge aux fins de précision du sens, de spécification du contenu de l'essentiel. Il s'agit de ce que Hans KELSEN appelle une indétermination volontaire ou intentionnelle par opposition à l'indétermination involontaire ou accidentelle⁸¹. Cette distinction traduit le débat ancien sur la nature de l'interprétation⁸². Pour cet auteur, elle est une activité de création traduisant un acte de volonté ce qui rend impropre l'utilisation du mot interprétation pour la désigner⁸³. L'admission du pouvoir créateur du juge implique de déterminer son étendue. Il est

79 N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, Paris, 2008, p. 34.

80 Il indique par exemple que l'information déterminante est celle qui a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties (**article 1112-1** du code civil français), que les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté (...) (**article 1133 alinéa 3** du code civil français).

81 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction Ch. EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962, pp. 455-456.

82 Les auteurs sont divisés sur la nature de l'acte d'interprétation : certains estiment qu'il s'agit d'une activité d'application résultant d'un acte de connaissance ; d'autres soutiennent qu'il s'agit d'une activité de création matérialisant un acte de volonté.

83 *Ibidem.*, p. 462 : « Le comblement d'une soi-disant lacune dans le droit est une fonction de création du droit qui ne peut être accomplie que par un organe d'application du droit (...) et ce n'est pas voie d'interprétation du droit en vigueur que se réalise cette fonction ».

restreint si on l'envisage comme une habilitation au sens kelsenien, le juge est alors lié au texte à travers une démarche exégétique, systématique ou téléologique. Il est plus large, si elle s'entend une modalité de comblement des lacunes textuelles par le juge, ce dernier recourt alors à la méthode de la libre de recherche du Doyen GENY⁸⁴. Une analyse de la jurisprudence française révèle que le juge a souvent mobilisé la libre recherche en se référant aux données proprement juridiques, aux valeurs protégées par l'ordre juridique résumant « une sorte d'idéal législatif »⁸⁵ et aux particularités de chaque espèce pour déterminer l'essentiel que ce soit dans le cadre des éléments essentiels⁸⁶ ou de l'obligation essentielle⁸⁷.

23. Evoquant, « la texture ouverte du droit », HART justifie la nécessité et l'utilité de « l'imprécision des règles de droit »⁸⁸ mettant de ce fait en lumière l'existence d'une « économie de l'imprécision »⁸⁹. Elle se résume à une double fonction de stabilisation et d'adaptation du droit⁹⁰ qu'il importe de caractériser dans le cadre de l'essentiel. Par son caractère durable, l'essentiel assure la stabilité du droit commun des contrats.

84 En plus des éléments juridiques, le juge peut mobiliser les valeurs protégées par l'ordre juridique et les faits (particularités de chaque espèce), Fr. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, Paris, 1954, pp. 308 et s.
85 *Ibidem.*, p. 320.

86 Le juge se réfère à la nature et à l'économie du contrat : l'existence d'un contrat de bail est acquise nonobstant la présence d'un *instrumentum* à partir du moment où les parties se sont accordées sur sa durée et le montant du loyer (Civ. 3^{ème}, 22 février 1982, Gaz. Pal. 1982, 2 pan. 219) ; la précision de la date de prise d'un contrat de bail est indifférente sur sa validité (Civ. 3^{ème}, 28 octobre 2009, D. 2009, 2752) ; la rémunération et la date du début du tournage ont été retenues comme étant essentielles dans le cadre d'un contrat visant à engager une actrice (Paris, 13 décembre 1984, RTD. Civ., 1986, 97, obs. J. MESTRE).

87 Le juge après l'avoir rattachée à la faute lourde (Civ. 1^{ère}, 18 janvier 1984, JCP, 1985, II, n° 20372, note J. MOULY ; Cass. 1^{ère}, 15 novembre 1988, D., 1989, Jur., p. 349, note Ph. DELEBECQUE. Com.,

Cette durabilité se mesure par sa capacité à subsister aux réformes comme l'illustre la reconduction des notions d'éléments essentiels, d'obligation essentielle ou encore de qualités essentielles lors de la réforme française de 2016. Cette pérennité est assurée par le caractère plastique et évolutif de la notion d'« essentiel » mais aussi son rôle dans la réalisation de certaines valeurs matricielles de cette matière⁹¹. Elle assure la matérialisation et le ménagement des valeurs du système par le juge. Pour ce qui est de la fonction d'adaptation du droit, elle l'adapte non seulement aux évolutions sociales, au contexte, mais aussi, aux différentes situations de fait soumises dans chaque espèce. Elle a ainsi permis d'ajuster la réponse du droit commun des contrats à la problématique des clauses limitatives de responsabilité dans un contexte marqué par l'absence en son sein d'un dispositif textuel approprié et la montée en puissance des impératifs de justice contractuelle face aux excès de la liberté et de l'inégalité des contractants. La notion d'éléments essentiels quant à elles permet au juge d'adapter les solutions en fonction des particularités de chaque espèce conciliant

13 février 2007, l'a par la suite adossée à la cause (arrêts Chronopost ; Faurecia).

88 H. L. A. HART, *Le concept du droit*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976, pp. 162-163.

89 E. MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », Dans *Le discours : analyse et méthode*, *Revue Langages*, Mars 1979, n° 53, pp. 33 et s.

90 Elle assure la stabilité à travers le ralentissement de la production législative et leur qualité d'éléments stables du système juridique et son adaptation par leurs caractères souple et évolutif, C. BOUIX, « Les notions indéterminées entre adaptation et sécurité », dans Marc NICOD (Dir.), *Les rythmes de production du droit*, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2016, pp. 271-291.

91 Notamment la liberté contractuelle, l'utilité, la justice contractuelles, C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit*, LGDJ, Paris, 1982 : « Les normes incarnent généralement les valeurs : la justice, l'égalité, la sécurité, la stabilité, l'ordre et la paix ».

ainsi la liberté des parties et l'ordre public contractuel.

24. L'indétermination de la notion d'essentiel en droit commun des contrats assure sa stabilité et son adaptation à travers le dialogue entre le législateur et le juge. Elle est cependant porteuse d'un certain nombre de conséquences préjudiciables.

b) Les périls de l'indétermination

25. Les notions indéterminées engendrent un malaise au sein de la science juridique⁹² du fait des doutes, des incertitudes qu'elles suscitent. C'est le cas de la notion d'essentiel qui porte atteinte à certaines composantes de la sécurité juridique.

26. Son indétermination porte d'abord atteinte à l'intelligibilité du droit commun des contrats⁹³. Son flou sémantique hypothèque la clarté et la précision de la règle de droit. Erigée en principe en France⁹⁴, la clarté normative renvoie dans une perspective linguistique à la lisibilité et à la concision. Sur le plan juridique, elle mettrait l'accent sur la « *concrétisabilité, mettant l'accent sur la précision de l'énoncé ; est clair, dans cette seconde acception, un texte qui fournit à*

son interprète, aussitôt et sans controverse, la solution précise dans un cas concret »⁹⁵. Confondant les deux notions⁹⁶, le Conseil constitutionnel français les assimile partiellement en indiquant que « *le principe de clarté de la loi (...) et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (...) imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »⁹⁷. En droit suisse, la jurisprudence⁹⁸ envisage la clarté en indiquant que la loi doit suffisamment précise afin que ses destinataires soit en mesure de connaître ses droits et ses obligations dans un cas concret⁹⁹. Du point de vue de la légistique, la clarté « *est la qualité principale d'un texte normatif* »¹⁰⁰. En l'absence de définition et d'indication de ses critères de détermination, la notion d'essentiel ne remplit ni le critère de lisibilité c'est-à-dire aisément compréhensible¹⁰¹ par les destinataires du droit ni le critère de concrétisabilité c'est-à-dire la capacité du juge à pouvoir l'appliquer aux cas. Alors que la clarté suppose selon MONTESQUIEU que chaque citoyen puisse comprendre facilement les notions juridiques¹⁰², le caractère hermétique de l'essentiel ne permet pas aux parties de manière objective

92 Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, 1968, p. 9 : « de même que les postulats sont, suivant une formule fameuse, la grande honte des géomètres, de même les notions indéfinies créent un malaise au sein de la science juridique ».

93 En France, le Conseil constitutionnel a consacré, en se fondant sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi dont le but est de « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer dont la détermination n'a été confiée par la constitution qu'à la loi* », Cons. Const., n° 2005-514 DC, 28 avril 2005, const. 14. Sur cette notion, P. De MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle de valeur constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2006.

94 En se fondant sur l'article 34 de la Constitution française, Cons. Const., n° 2001-455-DC, 12 janvier

2002, cons. 9 ; n° 2001-451-DC, 27 novembre 2001, const. 13 ; n° 98-401-DC, 10 juin 1998, const. 14.

95 A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 21, Dossier La normativité, janvier 2007.

96 Cons. Const., 2000-435-DC, 7 décembre 2000, cons. 52-53.

97 Cons. Const., n° 2005-514-DC, 28 avril 2005, const. 14.

98 Tribunal fédéral, arrêt du 6 janvier 2004, 2A.542/2002, cons. 3.4.1.

99 A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *op. cit.*

100 Office fédéral de la justice, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, Berne, 2002, pp. 365 et 367.

101 V. LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XX^e siècle », *D. 2002, chron.*, pp. 1158-1159.

102 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, 1978, livre XXIX, chapitre XVI.

de s'accorder a priori sur ce qui constitue les éléments essentiels ou les obligations essentielles du contrat.

27. Puis, l'indétermination de la notion d'essentiel nuit à la prévisibilité dans une matière où le contrat sert de cadre pour établir leurs prévisions, « *contracter, c'est prévoir* » disait le Doyen G. RIPERT. Elle renvoie à ce qui est prévisible c'est-à-dire qu'on peut prévoir. L'atteinte vise la prévisibilité du et en droit. La prévisibilité du droit vise aussi bien les textes que la jurisprudence. La première est tributaire de l'intelligibilité des textes qui dépend elle-même de la clarté normative. Elle suppose que la règle de droit soit « *énoncée avec assez précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin des conseils éclairés, il doit être) même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* »¹⁰³. Telle n'est certainement pas le cas lorsque le législateur ne définit pas ce qu'il entend par essentiel et que sa clarification donne lieu à des controverses jurisprudentielles et doctrinales. Il devient difficile pour les parties au contrat d'asseoir des prévisions raisonnables dans le cadre de la détermination ce qui confère un caractère essentiel à un élément du contrat ou à une obligation. L'imprévisibilité est aussi jurisprudentielle. Elle est le résultat du caractère aléatoire des solutions jurisprudentielles comme l'illustrent la jurisprudence sur les éléments essentiels du contrat et les obligations essentielles. Il faut ajouter à ça l'instabilité jurisprudentielle due aux revirements de jurisprudence eu égard à la règle selon laquelle « *nul n'a de droit acquis à une jurisprudence figée* ». Les revirements jurisprudentiels modifient les prévisions des acteurs au procès et hypothèquent leurs stratégies judiciaires. C'est le cas du revirement opéré par les arrêts Chronopost à propos de l'obligation essentielle longtemps assimilée à la faute

lourde puis différenciée de celle-ci au profit de son rattachement à la cause. L'indétermination notionnelle de l'essentiel nuit également à la prévisibilité en droit commun des contrats notamment en empêchant aux cocontractants d'asseoir leurs prévisions dans les clauses contractuelles de manière certaine. *In fine*, elle crée un brouillage dans la fonction normative du droit dans la mesure où le législateur étant muet, le juge, interprète authentique, envoie aux destinataires une information inextricable du fait de la multiplicité des sens qui rend le message normatif difficilement décryptable. L'illisibilité et l'imprévisibilité générée par l'indétermination de l'essentiel en droit commun des contrats légitime la quête de correctifs à cet état de chose.

B. Les correctifs au contenu équivoque

28. Les atteintes portées par le caractère équivoque de la notion d'essentiel aux exigences d'intelligibilité et de prévisibilité en droit contractuel commun légitime la quête de correctifs. Malgré l'existence de plusieurs solutions théoriquement envisageables, la piste d'une approche unitaire de l'essentiel (1) ne manque pas d'intérêt (2).

1. La quête d'une approche matérielle unitaire de l'essentiel

29. L'option de retenir l'unification notionnelle comme remède privilégiée à son équivocité suppose qu'on indique les raisons (a) de ce choix avant de voir ses modalités (b).

a) La justification de l'approche matérielle unitaire

30. L'argumentation sous-tendant la préférence accordée à la recherche d'une approche unitaire de l'essentiel pour atténuer son caractère équivoque se nourrit de plusieurs raisons. Les premières raisons tiennent au caractère insatisfaisant des autres

103 CEDH, Sunday Times c/ Royaume Unie, 26 avril 1979, A/30, § 49.

solutions envisageables. Premièrement, le législateur peut décider de définir de manière systématique l'essentiel comme il l'a fait dans le cadre des qualités essentielles de la prestation. La qualification d'essentiel repose sur leurs caractères convenu et déterminant. Une telle démarche présente l'inconvénient de multiplier les significations de l'essentiel et hypothèque sa fonction d'adaptation du droit la précision des définitions limitant le pouvoir d'interprétation du juge. L'autre option est de ne pas définir l'essentiel comme c'est le cas dans le cadre des éléments essentiels du contrat et de l'obligation essentielle. Cette solution laisse le soin au juge de préciser le contenu à donner à l'essentiel. Une étude de la jurisprudence sur les éléments essentiels et l'obligation essentielle donne à voir les errements qui peuvent accompagner le travail d'interprétation judiciaire et les risques d'imprévisibilité et d'arbitraire qu'elle traîne.

31. Les autres raisons sont attachées aux vertus de l'approche unitaire. Elle se situe dans une perspective intermédiaire entre les définitions textuelles et les interprétations jurisprudentielles des textes. Elle permet de concilier l'impératif d'adaptation du droit en ne recourant pas à une définition précise et les impératifs d'intelligibilité et de prévisibilité du droit nécessaires à l'établissement des prévisions contractuelles. Elle paraît alors adaptée au caractère éclaté de l'essentiel et à sa coloration éminemment instrumentale qui exige de concilier plasticité et prévisibilité. Reposant sur l'établissement d'un faisceau d'indices communs à toutes les utilisations linguistiques de l'essentiel, elle ne vise pas à déterminer a priori l'essentiel mais à le rendre maîtrisable par les parties au contrats et par le juge. La légitimation de l'approche unitaire ayant été exposée, il convient d'envisager ses manifestations.

b) La matérialisation de l'approche matérielle unitaire

32. La proposition d'une unification matérielle de la notion d'essentiel en droit communs des contrats a pour objet de le rendre maîtrisable. Relevant plus d'un construit que d'un donné, elle apparaît comme une solution réaliste, intermédiaire et pertinente au problème de son équivocité. Elle suppose d'indiquer la démarche mobilisée pour l'élaborer avant de présenter les éléments d'unification.

33. La construction d'une approche unitaire de l'essentiel sur le plan matériel repose sur une démarche ambivalente. Elle combine une approche inductive et une perspective conceptuelle. La première s'articule autour deux opérations complémentaires : le recensement systématique des indices définitionnels de l'essentiel dans les sources textuelles et jurisprudentielles puis leur mobilisation aux fins d'extraire des éléments communs susceptibles de servir de charpente à une trame non pas unique mais unitaire. La seconde quant à elle entendant se nourrir des contributions doctrinales relativement à la clarification notionnelle de l'essentiel et de ses éléments définitionnels dans la langue française. A ce titre, il convient de rappeler que l'essentiel y renvoie soit à l'essence soit à alors à l'importance.

34. L'inventaire des indices définitionnels de l'essentiel dans les textes et la jurisprudence se fonde sur les indices linguistiques expresses ou implicites. Les premiers renvoient à l'utilisation du terme « essentiel » ou des synonymes. Les seconds renvoient à la présence des idées d'essence et d'importance en l'absence du terme lui-même. Le législateur définit l'essentiel dans le cadre des qualités essentielles de la prestation comme ce qui convenu expressément ou tacitement et ce en considération de quoi les parties s'engagent¹⁰⁴. Il indique qu'« ont une

¹⁰⁴ Article 1133 alinéa 1 du Code civil français.

importance déterminante les informations ont un lien direct et nécessaire avec le contenu ou la qualité des parties »¹⁰⁵. Le caractère déterminant des vices de consentement s'apprécie en rapport à la décision de la partie lésée de ne pas contracter ou de contracter à des conditions substantiellement différentes¹⁰⁶. Pour déterminer le caractère essentiel des éléments du contrat, la jurisprudence se fonde retient une perspective objective et subjective. La première envisage les éléments essentiels comme les conditions de validité du contrat : cause¹⁰⁷, objet¹⁰⁸, le consentement¹⁰⁹, la capacité des parties mais aussi comme des éléments extérieurs au contrat mais conditionnant sa validité¹¹⁰. La seconde reconnaît aux parties la possibilité d'essentialiser des éléments *a priori* accessoires¹¹¹ par la subordination de la conclusion du contrat à leur réalisation¹¹² à condition que cette essentialisation soit entrée dans le champ contractuel. Dans le cadre de la détermination du caractère essentiel de l'obligation, les juges insistent en se référant à la cause sur l'obligation qui fonde l'engagement de l'autre partie. Dans le cas des affaires Chronopost, il s'agissait de la rapidité du transport.

35. Ces éléments textuels et jurisprudentiels épars fournissent la matière au travail de conceptualisation matérielle de l'essentiel non pas dans une optique unique mais unitaire. Cette construction unitaire s'intéresse d'abord à la source, à l'origine de la qualification d'essentiel. L'attribution de cette qualité est d'abord le fait des autorités en l'occurrence le législateur et le juge en sa qualité d'interprète authentique du droit commun des contrats. Cette qualification s'impose aux parties. Néanmoins, ces dernières du fait de la délégation du droit textuel et jurisprudentiel peuvent d'indiquer ce qui est essentiel. La qualification d'essentiel a donc une double origine institutionnelle (législative, judiciaire) et conventionnelle. La qualification conventionnelle tirant sa source de celle institutionnelle elle doit lui être conforme sous peine d'être censurée.

36. Elle met ensuite en avant la double nature objective et subjective de l'essentiel. Elle découle de la part qui est concédée à la volonté des parties au contrat dans la détermination de l'essentiel. Le qualificatif d'essentiel peut résulter des éléments objectifs indépendants de la volonté des cocontractants. La perspective objective se

105 Article 1112-1 du code civil français.

106 Article 1130 du code civil français.

107 Elle retient ainsi la caducité en cas de disparition de la cause en cours d'exécution du contrat, Com., 30 octobre 2008, n° 07-17.646 ; Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2006, n°04-13.204. On peut imaginer que la notion de cause ayant été supprimée depuis la réforme française de 2016 que le juge se fonde sur le contenu du contrat à travers la disparition soit de l'objet soit de la contrepartie pour prononcer la caducité.

108 Req., 1^{er} décembre 1885, Cibiel c/Dieulafoy, S. 87. 1. 167. Le juge rappelle ainsi que la vente est parfaite une fois que les parties se sont accordées sur la chose et le prix ; accord sur la durée et le montant du loyer (Civ. 3^{ème}, 22 février 1982, Gaz. Pal. 1982, 2, Pan, 219 ; rémunération et date du début du tournage (Paris, 13 décembre 1984, RTD. Civ., 1986, 97, obs. J. MESTRE).

109 La caducité du testament est retenue lorsque le légataire décédé avant le testateur.

110 C'est de la disparition d'un contrat dans un ensemble contractuel indivisible ; une promesse unilatérale de vente serait caduque en cas de non

obtention de son prêt immobilier par l'acquéreur ; la vente est caduque pour impossibilité de déterminer le prix du fait de la disparition d'un de ses éléments de calcul.

111 « *La vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix et le défaut d'accord sur les éléments accessoires de la vente ne peut empêcher le caractère parfait de la vente, à moins que les parties aient entendu retarder la formation du contrat jusqu'à la formation de ces modalités* », Civ. 3^{ème}, 14 janvier 1987, D. 1988, 80, note J. SCHMIDT ; Com., 28 février 2006, RTD. Civ., 2006, 755, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

112 A titre illustratif, date de paiement et entrée en jouissance : Civ. 3^{ème}, 2 mai 1978, D., 1979, 317, note J. SCHMIDT ; garantie de paiement : Civ. 1^{ère}, 21 février 1979 ; JCP 1980, II, 19482, note FIESCHI-VIVET ; clause de non-concurrence et garantie de paiement : Versailles, 5 mars 1992, Bull. Joly, 1992, 636, note J. SCHMIDT ; modalités de paiement : Com., 16 avril 1991, JCP 1992, II, 21871, note GAIN.

retrouve les obligations implicites¹¹³, la solidarité passive¹¹⁴, l'obligation indivisible¹¹⁵, les éléments essentiels du contrat¹¹⁶, le caractère détermination de l'information¹¹⁷, l'appréciation de la qualité de la prestation¹¹⁸, l'obligation essentielle¹¹⁹ etc. L'approche subjective est présente dans l'appréciation du caractère déterminant de l'information¹²⁰, des qualités essentielles¹²¹, la prise en compte du motif déterminant comme cause de nullité du contrat¹²², l'obligation essentielle¹²³, la nullité intégrale du contrat¹²⁴ et l'inexécution essentielle¹²⁵. Il importe d'indiquer la subjectivation de l'essentiel est soumise de manière

systématique à la condition de son entrée dans le champ contractuel.

37. L'essentiel est d'abord l'expression de l'essence c'est-à-dire les éléments caractéristiques qui confèrent à une chose ou à un être sa nature propre et sans lesquels il perd cette nature. Cette acception se retrouve dans les expressions : « la nature de l'obligations »¹²⁶, « l'obligation d'après sa nature »¹²⁷, « par nature »¹²⁸, « en considération de sa nature »¹²⁹, « la « nature des conventions »¹³⁰. Ensuite, la substance a pu être définie comme « *ce qui dans une chose lui donne sa nature, ce sans quoi elle ne serait pas ce qu'elle est* »¹³¹. A propos des

113 **Article 1135** du Code civil applicable au Cameroun.

114 **Article 1208** du code civil applicable au Cameroun.

115 **Article 1228** du Code civil applicable au Cameroun.

116 **Articles 1114, 1124** du Code civil français. Il s'agit des éléments « *sans lesquels il serait impossible de savoir quelle sorte de convention a été conclu* » (J.-L. AUBERT, La notion et le rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Thèse Paris, édition, 1970) ou encore « *les éléments centraux spécifiques qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser* » (Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations*, op. cit., p. 198). Il s'agit alors non pas des conditions de validité du contrat mais de ses éléments structurels. Le contrat est alors « *davantage un échange de prestations qu'un échange de consentements* », (L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Thèse, Orléans, 2000, p. 89).

117 **Article 1112-1** du Code civil français. Il ressort de cet article qu'ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat.

118 **Article 1166** du Code civil français.

119 **Article 1170** du Code civil français. Une frange de la doctrine soutient que l'obligation essentielle découle de la nature du contrat (perspective objective), l'obligation essentielle est « *l'obligation indispensable à la fois à l'existence même dudit contrat, c'est-à-dire en dehors de laquelle il ne saurait y avoir de contrat, en d'autres termes à sa définition, et à sa qualification ou classification, c'est-à-dire en dehors de laquelle il serait un tout autre contrat* », N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, p. 34.

120 Elle se réfère non seulement au contenu du contrat mais également mais à la qualité des parties

au contrat (**Article 1112-1** du Code civil français : devoir précontractuelle d'information).

121 Il ressort de l'**article 1113 alinéa 1** du Code civil français que « *les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues en considération desquelles les parties ont contracté (...)* ».

122 Il ressort de l'**article 1134** du Code civil français que l'erreur sur le simple motif étranger aux qualités essentielles est cause de nullité si les parties en ont fait expressément un élément déterminant de leur consentement. *Cass. 1^{ère}, Civ. 13 février 2001, Luca C/Villa, Defrénois, 2002, 476 ; Cass. Com., 11 avril 2012.*

123 Une partie de la doctrine milite pour une approche subjective de l'obligation essentielle, Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale », op. cit., p. 289 (Cet auteur défend une conception dualiste, *ibidem.*, p. 279) ; J. FLOUR, J-L AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, «Le rapport d'obligation», op. cit., p. 210. (Ces auteurs retiennent aussi une conception dualiste).

124 L'**article 1184** du Code civil français précise qu'elle est prononcée si la clause ou les clauses concernées sont l'élément déterminant de l'engagement des parties.

125 **Articles 1219 et 1124** du Code civil français. Ils retiennent la formule « *inexécution suffisamment grave* ».

126 **Article 1208** du Code civil camerounais.

127 **Article 1135** du code civil camerounais.

128 **Article 1128** du Code civil camerounais.

129 **Article 1166** du Code civil français.

130 Cour Suprême, arrêt n° 28 du 03 octobre 1968, Bulletin des arrêts n° 19, p. 2339.

131 Il s'agit en réalité de sa conception objective, H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Dalloz, 13^e édition, tome 2, Paris, 2015, p. 149.

éléments essentiels du contrat, POTHIER indique que les *essentia* sont « *les choses qui sont de l'essence du contrat sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister, faute de l'une de ces choses, ou il n'y a pas du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* »¹³². Relativement aux obligations essentielles, la Cour de cassation française déclare qu'« *un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter* »¹³³.

38. L'essentiel renvoie ensuite à ce qui est important, indispensable, décisif. On retrouve cette conception de l'essentiel dans les **articles 1108**¹³⁴ et **1110**¹³⁵ du Code civil camerounais mais aussi dans la jurisprudence¹³⁶. Elle est aussi présente en droit français notamment aux **articles 1112-1, 1130 et 1170** qui évoquent respectivement le « caractère déterminant » de l'information et des vices de consentement et « l'élément déterminant » du contrat, mais aussi, aux

articles 1114, 1124, 1184, 1186 qui parlent des « éléments essentiels »¹³⁷. Elle se retrouve également aux articles aux **articles 1132, 1134, 1135, 1136** qui retiennent la notion de « qualités essentielles »¹³⁸ et aux **articles 1219 et 1124** où on retrouve la formule d'« inexécution suffisamment grave ». La jurisprudence avait déjà utilisé l'essentiel dans ce sens notamment à propos du caractère déterminant du consentement¹³⁹.

39. L'appréciation de l'essentiel se fait de manière abstraite ou concrète¹⁴⁰. Les juges, selon que le législateur a donné des indications ou non, ont le choix entre l'appréciation *in abstracto* et *in concreto* selon les résultats recherchés. Il arrive que l'appréciation *in concreto* soit privilégiée, c'est le cas pour le caractère déterminant de l'information, de l'erreur et du dol vices de consentement¹⁴¹, des qualités essentielles de la prestation¹⁴² et du contractant¹⁴³, du déséquilibre significatif¹⁴⁴, de l'inexécution

132 R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit.

133 Req., 18 janvier 1863, DP, 63. I. S. 63. 185. Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse, Aix, multigr., 1981, p. 202.

134 Il en ressort que « *quatre conditions sont essentielles pour la validité de la convention* ». L'article 1128 du Code civil français préfère la formule « *sont nécessaires à la validité d'un contrat (...)* ».

135 « (...) à moins que la considération de cette personne soit la cause principale de la convention ».

136 Lorsqu'elle exige le caractère déterminant du dol pour annuler le contrat, Cour d'appel du Centre, arrêt n°288/Civ du 20 avril 2005 affaire SODAC SA c/Njonkoko Ndomé Natacha, Juris Périodique, numéro 66, p. 46.

137 Par éléments essentiels, il faut entendre, selon le professeur Philippe DELEBECQUE, « *les éléments centraux, spécifiques, qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser* », Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations*, thèse, Aix, 1981, p. 198.

138 L'article 1133 alinéa 1 précise que « *Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté (...)* ».

139 Cass., com., 7 février 2012, n°11-10487.

140 Elle renvoie à la méthode employée par un juge pour apprécier un fait ou pour interpréter les textes. *In abstracto*, qui veut dire dans l'abstrait, indique qu'une situation doit être analysée de manière générale et impersonnelle. *In concreto*, qui signifie dans le concret, invite à tenir compte des circonstances, les éléments de l'espèce, du cas apprécié. N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation, in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », tome LVII, Paris, 1965, 316 p.

141 Aux termes de l'article 1130 alinéa 2 du Code civil français, il « *s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* ».

142 Elles peuvent renvoyer à la matière de la chose, son aptitude à remplir l'usage auquel elle est destinée, son authenticité etc...

143 Les qualités essentielles du cocontractant peuvent porter sur son identité, ses aptitudes physiques, ses compétences, sa solvabilité, son passé professionnel, sa nationalité, son âge etc.

144 Article 1171 du Code civil français. Ne portant ni sur l'objet principal, ni sur l'adéquation du prix à la prestation, son appréciation se fait en tenant compte de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat et aux autres clauses du contrat. Ce déséquilibre peut renvoyer : pouvoir unilatéral d'un contractant, avantage non réciproque,

suffisamment grave¹⁴⁵. Plus présente en matière de responsabilité civile extracontractuelle¹⁴⁶, l'appréciation *in abstracto* l'emporte lorsqu'il faut envisager l'essentiel comme expression de l'essence, la nature de l'obligation¹⁴⁷, de la prestation¹⁴⁸, des conventions¹⁴⁹.

40. Ces différents éléments constituent la trame à une approche matérielle unitaire de l'essentiel pouvant permettre d'atténuer son caractère fuyant et évanescent en la rendant maîtrisable et prévisible.

2. L'intérêt de l'approche matérielle unitaire de l'essentiel

41. La proposition d'une approche matérielle unitaire de l'essentiel en droit commun des contrats n'est pas sans importance. Elle présente un double intérêt sur le plan normatif (a) et sur le plan subjectif (b).

a) L'intérêt normatif

42. L'approche unitaire de l'essentiel sur le plan matériel vise premièrement à améliorer la qualité du droit commun des contrats. Elle vise d'une part, à rendre la notion d'essentiel maîtrisable et, d'autre part, à la prévisible.

43. *Primo*, face à l'indétermination textuelle de l'essentiel et au large pouvoir d'interprétation concédé au juge dans la détermination de son contenu avec des risques d'imprévisibilité, d'arbitraire et de rupture de l'égalité des justiciables, l'approche unitaire s'avère être une voie intermédiaire. Elle ne garantit pas l'intelligibilité à cause du défaut de clarté et de précision qu'aurait donné une définition

textuelle. Elle récuse l'imprévisibilité que draine les interprétations jurisprudentielles variables. Elle ne permet pas d'atteindre la clarté mais n'annihile pas la part de flou qui permet l'adaptation du droit au contexte et aux cas particuliers qui sont soumis au juge. Elle poursuit une ambition plus modeste que la clarté : elle vise à rendre la notion d'essentiel maîtrisable à travers la détermination d'un certain nombre d'éléments fédérateurs qui permettent de lui conférer un sens, de lui donner un contenu.

44. *Secundo*, elle permet de conférer à la notion d'essentiel une certaine prévisibilité. Omniprésente en droit commun des contrats¹⁵⁰, sa quête systématique impose de rechercher des mécanismes pouvant permettre de minimiser le risque. L'approche matérielle unitaire de l'essentiel s'inscrit dans cette logique. Son indétermination textuelle combinée aux errements jurisprudentiels sur le contenu à lui donner ne permettent pas aux parties d'asseoir des prévisions contractuelles sûres. Elle vise d'abord à optimiser la prévisibilité du droit commun des contrats en proposant des référentiels communs, unitaires pour déterminer l'essentiel. Cette solution permet non seulement d'atténuer les incertitudes que drainent le silence du législateur et la variabilité et l'instabilité jurisprudentielles. Elle permet de baliser le travail du juge en lui suggérant un faisceau d'indicateurs stables permettant de préciser le contenu de l'essentiel. Elle vise aussi la prévisibilité en droit commun des contrats en permettant aux parties d'identifier de manière raisonnable à quoi renvoie l'essentiel. Parce que le contrat est un acte de prévision¹⁵¹ il doit pouvoir

transfert injustifié de charges ou à faire croire à ce qui n'est pas.

145. La Cour de cassation indique que son appréciation doit tenir compte des circonstances intervenues jusqu'à la décision (Cass. 3^{ème} civ. 5 mai 1993, n°91-17097).

146 E. MONTERO et B. GOFFAUX, « La référence au paradigme du « bon père de famille » en responsabilité extracontractuelle », *For. ass.*, n° 140, 2014, p. 1.

147 **Articles 1135, 1208, 1218** du Code civil applicable au Cameroun,

148 **Article 1166** du Code civil français.

149 Cour Suprême, 03 octobre 1968.

150 L. MARIGNOL, *La prévisibilité en droit des contrats*, Thèse de doctorat, Université de Toulouse 1 Capitole, décembre 2017.

151 H. LECUYER, « Le contrat acte de prévision », *Mélanges en hommage à F. TERRE, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, éditions Jurisclasseur, 1999, p. 643.

repose sur des données juridiques déterminées ou à défaut déterminables. En tant qu'acte juridique, les parties doivent pouvoir déterminer de manière plus ou moins précise ce qu'il entend par éléments essentiels ou identifier les obligations qui ont un caractère essentiel. L'absence de détermination textuelle et les incertitudes générées par la jurisprudence dans la quête de son contenu légitiment la formulation d'une approche unitaire pouvant permettre aux parties de préciser le caractère essentiel de tel ou tel élément du contrat ou de telle ou telle obligation contractuelle. Elle constitue alors une solution intermédiaire entre le silence textuel et le pouvoir d'interprétation du juge. Elle a l'avantage de tempérer les incertitudes liées à l'absence de définition dans les textes et aux aléas jurisprudentiels en fournissant aux parties une base moins incertaine pour asseoir leurs prévisions contractuelles et prévenir d'éventuels contentieux et déconvenues judiciaires. Véritable boîte à outils, elle participe à la gestion efficace des risques juridique et judiciaire par le contrat¹⁵². L'approche unitaire de l'essentiel sur le plan matériel contribue donc à donner une base juridique prévisible aux prévisions contractuelles dans le silence du législateur et le caractère aléa des solutions jurisprudentielles.

45. L'intérêt d'une approche matérielle unitaire de l'essentiel en droit contractuel commun est d'abord objectif. Il s'agit d'améliorer la qualité du droit en rendant cette notion maîtrisable et en optimisant la prévisibilité du droit, ce dernier servant de base juridique à l'établissement des prévisions contractuelles des parties au contrat.

b) L'intérêt subjectif

46. La formulation d'une approche unitaire de l'essentiel dans une perspective matérielle a également un intérêt d'ordre subjectif. Elle a un intérêt certain pour les sujets de droit intervenant en droit commun

du contrat peut importe qu'il s'agisse des autorités ou des particuliers.

47. Elle est d'abord utile aux autorités impliquées dans l'élaboration ou l'application du droit. Il s'agit respectivement du législateur et du juge. Premièrement, l'option du législateur de ne pas définir ou préciser le contenu de la notion d'essentiel peut reposer sur une multitude de raisons notamment constituer une option de politique législative. Toujours est-il que cette option comme il a été souligné met à mal la lisibilité et l'intelligibilité du droit commun des contrats. Ce choix brouille la communication normative les destinataires de la norme juridique ayant du mal à donner un contenu clair et précis à l'essentiel nonobstant les interventions jurisprudentielles. La démarche consistant à élaborer une approche unitaire permet de rendre maîtrisable cette notion. Sa systématisation autour d'éléments fédérateurs, communs malgré la diversité de ses référentiels dans le champ contractuel fournir au législateur une base de travail intéressant dans la perspective de sa définition ou de l'indication des critères pouvant permettre de préciser son contenu dans le cadre des prochaines réformes législatives. Elle s'inscrit dans la perspective du travail doctrinal de systématisation du droit et de proposition au législateur.

48. Ensuite, la quête d'unification matérielle de la notion d'essentiel peut utilement servir le juge. L'indétermination textuelle de l'essentiel fait du juge en sa qualité d'interpréter authentique l'institution chargée de lui donner un contenu. Ce travail de clarification ne s'est pas toujours fait de manière cohérente comme l'illustre les difficultés d'identification des éléments essentiels du contrat ou des obligations dites essentielles. Ces difficultés sont la conséquence de l'absence de référentiel commun, unitaire encadrant l'intervention des juges. Nonobstant, le rôle d'unification du droit de la Cour de cassation¹⁵³, elle n'a

152 J.-C. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD. Civ.*, 1988, 482.

153 J. CHEVREAU, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », dans *L'image*

pas toujours assurer l'unicité de la notion d'essentiel. L'approche matérielle unitaire de l'essentiel constitue donc une base conceptuelle importante afin de donner au travail d'interprétation du juge une assise objective permettant de minimiser les incertitudes qui pèsent sur sa détermination à travers la proposition d'un faisceau d'indices pertinents, un fonds commun et unitaire dans lequel il puisse les éléments de caractérisation. Il s'agit d'une proposition opérationnelle en attendant une éventuelle intervention législative de *lege feranda*. Ce fonds commun pourrait permettre à la Cour de cassation d'unifier sa jurisprudence sur la notion d'essentiel et d'ainsi optimiser la prévisibilité du droit.

49. Enfin, la conception unitaire de l'essentiel peut, en attendant que le législateur en tire profit dans le cadre des réformes à venir et que le juge s'en serve pour unifier sa jurisprudence en la matière, peut aussi être d'un intérêt certain pour les parties. Autorisées à déterminer l'essentiel en droit commun des contrats par le législateur ou le juge, les parties au contrat doivent faire preuve d'une grande vigilance et prudence dans la négociation et la rédaction de leur contrat. L'approche unitaire, en faisant la synthèse des sources, des critères, de la caractérisation matérielle de l'essentiel en cette branche du droit, offre aux parties des éléments pertinents pour déterminer les éléments essentiels du contrat ou identifier les obligations contractuelles essentielles. Fondée sur une approche inductive se nourrissant des indices textuels et jurisprudentiels probants, cette perspective notionnelle unitaire de l'essentiel constitue pour les parties une base normative objective à laquelle elles doivent se conformer pour caractériser l'essentiel dans leurs relations contractuelles au risque de connaître des déconvenues judiciaires.

50. Au final, l'essentiel apparaît comme une notion matériellement équivoque du fait de son caractère morcelé et sa texture,

à bien des égards, indéterminée. Les incidences préjudiciables de cet état de fait ont légitimé la quête d'une approche unitaire permettant d'atténuer l'imprévisibilité qu'elle draine. Cette perspective fuyante de l'essentiel sur le plan matériel trouve une explication dans la diversité des fonctions qu'elle remplit.

II. L'essentiel, une notion aux fonctions variables

51. Le caractère diffus, flou de la notion d'essentiel en droit commun des contrats trouve une justification dans la prédominance de sa perspective fonctionnelle, ce qui importe aux autorités étant moins son contenu que ses fonctions. La mobilisation de l'essentiel en cette matière est fructueuse pour ne pas dire fertile. Cette fécondité implique de présenter le caractère hétérogène des fonctions remplies (A) avant d'insister sur sa portée (B).

A. La consistance de l'hétérogénéité fonctionnelle

52. Notion fonctionnelle au sens doyen Georges VEDEL, l'essentiel est mobilisé par le législateur et par le juge dans une perspective instrumentale au sein du droit commun des contrats. Elle assure une double fonction structurante (1), normative et de préservation (2).

1. Une fonction structurante

53. En tant qu'instrument de politique juridique, la notion d'essentiel remplit une fonction de structuration du champ contractuel (a) et de fixation de l'objet contractuel (b).

a) La structuration du champ contractuel

54. Fondée sur les idées de différenciation et de hiérarchisation, la notion d'essentiel apparaît comme un instrument d'organisation formelle et matérielle du champ contractuel. Dans un premier temps, elle assure une fonction de structuration

doctrinale de la Cour de cassation, La documentation française, Paris, 1994, pp. 85-90.

formelle c'est-à-dire d'agencement de ses parties, de ses règles. Elle sert d'abord de fondement aux options structurelles retenues. Une illustration de cette idée est fournie par l'introduction dans le cadre de la récente réforme du droit français des contrats¹⁵⁴ des principes directeurs¹⁵⁵ de cette matière. Envisagés comme « *un ensemble de règles de droit placés en tête de la partie relevant des contrats (...) ayant pour objet essentiel d'orienter le juge et les parties dans la conduite des relations conventionnelles et d'établir certaines garanties de bonne justice contractuelle* »¹⁵⁶, ils constituent la matrice qui fonde et structure le droit commun des contrats. Ils offrent une grille d'explication et de compréhension cohérente aux solutions techniques. Ces principes matriciels à savoir : l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et la bonne foi constituent l'essence du droit commun des contrats.

55. La notion d'essentiel est également un instrument de répartition des règles du droit des contrats. C'est le cas de la délimitation entre le droit commun et les droits spéciaux des contrats. Articulée autour des principes d'applicabilité générale et de subsidiarité¹⁵⁷ posés par l'**article 1105** du code civil français, la démarcation entre les deux repose sur le postulat que le droit commun des contrats constitue le minimum commun, essentiel, nécessaire de règles applicables à tous les contrats de droit privé, une espèce de fonds normatif indispensable. Dans le même ordre d'idées, la mobilisation de l'idée d'essentiel sert aussi d'outil à la répartition distributive des règles du droit commun des contrats. La preuve du caractère essentiel va ainsi entraîner l'application de certaines règles et son absence conduire à

leur éviction. Cette idée se vérifie pour le régime de l'erreur et du dol, de l'obligation essentielle, la résolution contractuelle, la caducité, la nullité intégrale dont la mise en œuvre est subordonnée à l'exigence de la présence ou à la disparition d'un élément d'une certaine importance, au caractère déterminant ou décisif des éléments exigés. Leur absence rend inefficace le recours aux régimes juridiques envisagés. La notion d'essentiel intervient aussi au niveau de l'aménagement matériel du droit commun des contrats à travers la catégorisation et la hiérarchisation. Elle permet d'abord d'établir une distinction entre les éléments essentiels du contrat évoqués aux **articles 1114, 1124, 1186** du code civil français et les éléments accessoires. D'abord assimilés aux conditions de validité du contrat, les éléments essentiels ont ensuite été envisagés comme ceux structurant le contrat, ceux sont caractéristiques du type de contrat. Il en est ainsi du prix et de la chose dans la vente, du local et du loyer dans la location. Leur absence jette un aléa sur l'existence du contrat ou sa qualification. Leur disparition entraîne la caducité. Les éléments non essentiels sont ceux accessoires c'est-à-dire ceux dont la présence est contingente et l'absence n'a aucune incidence sur l'existence, la validité et la pérennité du contrat. Cette différenciation est cependant fragile la volonté des parties pouvant essentialiser des éléments accessoires à condition de les faire entrer dans le champ contractuel.

56. Ensuite, elle sert de critère de catégorisation des obligations. Premièrement, envisageant l'essentiel au sens de ce qui a trait à l'essence, elle permet de discriminer les obligations morales,

154 L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ».

155 Il s'agit de la liberté contractuelle (**Article 1102**), la force obligatoire du contrat (**article 1103**), la bonne foi (**article 1104**). On peut ajouter le principe de l'autonomie de la volonté (**article 1100-1** : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux ». M.

GOUBINAT, *Les principes directeurs du droit des contrats*, thèse de doctorat, Université de Grenoble-Alpes, 2016.

156 M. GOUBINAT, *Les principes directeurs du droit des contrats*, *ibidem.*, 27.

157 Le premier impose l'application du droit commun à tous les contrats nommés ou non. Le second indique que le droit commun s'applique sous réserve des règles spéciales.

naturelles et civiles¹⁵⁸. Les premières de par leur essence morale sont juridiquement non contraignantes. Les secondes sont moralement contraignantes et peuvent exceptionnellement faire l'objet de sanction¹⁵⁹. Les dernières sont juridiquement et susceptibles d'exécution forcée. Deuxièmement, elle fonde la distinction entre les obligations essentielles¹⁶⁰ et non essentielles¹⁶¹. Les premières constituent le contenu obligationnel minimum c'est-à-dire celui en deçà duquel les parties au contrat ne peuvent aller et qui enlèverait au contrat tout intérêt économique. Désignées de manière hétérogène¹⁶², elles n'en demeurent pas

moins spécifiques¹⁶³. Les autres sont celles dont l'absence n'a aucune incidence sur l'existence, la qualification et l'intérêt économique du contrat. Elles peuvent être essentialiser de manière convenue par les parties au contrat. Au-delà, de leur catégorisation, l'essentiel permet aussi d'hierarchiser les obligations contractuelles dans une logique instrumentale.

57. Puis, la notion d'essentiel permet de classer l'information et les attentes des parties. Dans le premier cas, l'aménagement du devoir précontractuel d'information¹⁶⁴ révèle une distinction entre l'information déterminante et celle non déterminante. La

158 M. JULIENNE, « Obligation naturelle et obligation civile », *D.* 2009, chron. Pp. 1709 et s.

159 L'obligation naturelle est une catégorie d'obligation particulière en ce qu'elle est dépourvue de sanction juridique. Il s'agit d'un devoir de conscience du débiteur envers le créancier qui est ne peut le contraindre juridiquement V. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 1949, n° 187. C'est le cas du devoir de verser les aliments entre frères et sœurs. Elle peut cependant devenir civile par la volonté du créancier (Il s'agit alors d'un engagement unilatéral de volonté, Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 1995, n° 93-20300). C'est le cas l'engagement sous signature privée des enfants du défunt à répartir équitablement la succession de celui-ci à parts égales avec leur frère volontairement écarté de l'héritage (Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 2017, n° 16-24533). Cette solution est reprise par l'article 1100 du Code civil français qui dispose que « les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ». M. COUDRAIS, « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », *RTD civ.* 2011, pp. 453 et s.

160 Créées par la jurisprudence, elles ont été textuellement consacrées par l'article 1170 du Code civil français.

161 Il importe ici d'éviter les confusions constatées dans la doctrine qui opposent les obligations essentielles à celles accessoires, secondaires ou annexes alors que celles-ci s'opposent aux obligations principales qui ne recouvrent pas toute la réalité des obligations essentielles. Les obligations essentielles s'opposent à celles non essentielles.

162 « Le socle obligationnel », D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008, p. 1776 ; « l'essence du contrat », FRANÇOIS TERRE, PHILIPPE SIMLER et YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz,

11^e éd., Paris, 2013, p. 660 ; « l'obligation contractuelle minimale », P-G JOBIN, « La réforme du droit des obligations. Prospective générale », (1989) 30 *C. de D.* pp. 557 et s., p. 574 ; « l'obligation principale », F. LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2014, p. 257 ; « obligation fondamentale », Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, pp. 273 et s. ; « la prestation caractéristique », M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002.

163 Sur ce point il peut s'inspirer du droit québécois qui opère une distinction entre l'obligations essentielle et celle principale. Le juge affirme qu'en « vertu d'une convention de ce type, le preneur d'un établissement commercial ne peut cesser son exploitation, même s'il continue à payer le loyer, puisqu'une telle fermeture occasionne une perte substantielle d'achalandage et diminue la valeur locative de la chose ». il distingue l'obligation principale (paiement du loyer) et une obligation accessoire essentielle (l'exploitation du local). (Steinberg inc. c. Centre d'achat Duberger inc., [1987] R.J.Q. 868 (C.A.); Cie de construction Belcourt Ltée c. Golden Griddle Pancake House Ltd., [1988] R.J.Q. 716 (C.S.) ; Place Bonaventure inc. c. Imasco R.I. inc., [1993] R.J.Q. 2895 (C.S.)). Il affirme également que à propos du contrat de mandat que celui « qui détourne la fonction de gestionnaire ou de mandataire à son avantage se trouve à vider le contrat d'une obligation fondamentale ». Il érige l'obligation accessoire du mandataire d'agir à l'avantage du mandant ou de la personne gérée en obligation essentielle. *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826, par. 121.

164 Article 1112 du code civil français.

première qui celle ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat et la qualité des parties exerce une influence décisive sur le consentement éclairé des parties. La seconde quant à elle ne l'influence ou pas ou de manière négligeable. Relativement aux attentes des parties, l'exigence du caractère déterminant des vices de consentement permet de discriminer entre les vices sanctionnables et ceux qui sont indifférents. Elle fonde la distinction entre les motifs déterminants¹⁶⁵ et ceux non déterminants.

58. Enfin, elle est un outil de catégorisation et d'hierarchisation des comportements et des sanctions contractuelles. Dans le premier cas, elle est un outil de catégorisation graduelle des fautes entre celles lourdes et celles qui ne le sont

pas¹⁶⁶. Le droit du travail affine cette classification¹⁶⁷. Elle est à la base de distinction entre « l'inexécution suffisamment grave »¹⁶⁸ et celle d'une moindre gravité. Textuellement indéterminée, cette notion doit être précisée par le juge¹⁶⁹. Dans la seconde hypothèse, elle discrimine et hiérarchise les sanctions soit en les subordonnant à la violation ou la disparition d'un élément essentiel du contrat comme c'est le cas respectivement pour la nullité et la caducité soit en les assujettissant à une exécution suffisamment grave comme en témoigne l'exception d'inexécution¹⁷⁰ et la résolution contractuelle. Cette fonction structurante s'étend à la fixation de l'objet contractuel.

165 Ils peuvent entraîner la nullité s'ils portent sur les qualités essentielles et s'ils ont expressément été convenus.

166 Consacrée par la jurisprudence avant sa réception textuelle (**Articles 1231-3, 1231-4, 1345** du Code civil français) sans définition, la faute lourde est définie par l'arrêt Chronopost du 9 juillet 2002 comme « *le comportement d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait accepté* ». Il en ressort qu'elle comporte deux éléments : un comportement confinant au dol ou une faute d'une extrême gravité (élément subjectif) et l'inaptitude quant à l'accomplissement de la mission contractuelle). Cette définition est reprise par l'arrêt Faurecia du 29 juin 2010 qui la distingue de la violation de l'obligation essentielle : « *la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* ». Elle est désormais assimilée à la faute dolosive envisagée comme l'inexécution délibérée, et donc volontaire, des obligations contractuelles (Cass., 1^{ère} civ. 27 juin 2001, n°99-21017 ; Cass. 1^{ère} civ. 29 oct. 2014, n°13-21980).

167 On y distingue les fautes simples ou légères (il s'agit d'une faute de moindre gravité), les fautes graves (faute rendant impossible le maintien du salarié au sein de l'entreprise) et les fautes lourdes (faute d'une extrême gravité commise avec l'intention de nuire à l'employeur : Cass. soc., 21 avril 2022, n°20-22.773 : la Cour de cassation s'est prononcée favorablement sur la reconnaissance d'une faute lourde d'un salarié qui avait démarché des clients et fournisseurs travaillant avec la société

qui l'employait, détourné des affaires en cours à son profit avec la complicité de fournisseurs et perçu des commissions ayant appauvri son employeur. L'intérêt poursuivi ici est attachée aux conséquences juridiques qu'entraîne chaque type de faute. Alors que la première impose le respect du préavis, le paiement des droits de rupture et les indemnités de congés paiement en cas de licenciement, la deuxième entraîne la perte du préavis, de l'indemnité de rupture et de congés payés (Articles L. 1234-1 et L. 1234-9 du Code du travail français) et la dernière en plus de la perte des éléments indiqués ouvre la possibilité à la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du salarié.

168 **Articles 1219 et 1224** du Code civil français. Cette notion peut être rapprochée de la contravention essentielle prévue à l'**article 25** de la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises. L'**article 281 alinéa 2** de l'acte uniforme relatif au droit commercial général révisé de l'OHADA : « *Toutefois, la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls. La gravité du motif de rupture est appréciée par le juge compétent à la demande de la partie la plus diligente* ».

169 Il pourrait à ce titre se référer à la jurisprudence antérieure qui la définit eu égard à : la gravité du comportement du débiteur (Cass. 1^{ère} civ. 13 mars 2007, n°06-10229 ; Cass. com. 6 déc. 2016, n°15-12981), à la nature essentielle de l'obligation violée, à la gravité du préjudice subi. Leur appréciation devant se faire *in concreto* (

170 W. DROSS, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2014, pp. 1 et s.

b) La fixation de l'objet contractuel

59. L'essentiel contribue à préciser l'objet contractuel et le contenu du contrat qu'il permet également d'étendre. *Primo*, la contribution de la notion d'essentiel à la clarification du sens du contrat est perceptible tant au niveau de sa qualification que de son interprétation.

60. La qualification est un « *processus complexe par lequel les juristes décident ou non d'attribuer tel "nom" (catégorie juridique) à une chose ou à une situation (un fait), afin de leur associer des effets ou des conséquences juridiques* »¹⁷¹. La qualification du contrat¹⁷² implique de déterminer sa nature juridique dans la perspective de lui appliquer un régime juridique¹⁷³. Postérieure à la conclusion du contrat, opération intellectuelle spécifique¹⁷⁴, loin d'être une vérité absolue¹⁷⁵, elle consiste à comparer un contrat précis avec des catégories reconnues de contrats. Adossée sur ses éléments intrinsèques appréciés au moment la formation du contrat, la

qualification du contrat peut s'appuyer sur sa cause, son objet, son contenu ou encore sur ses obligations (obligation fondamentale ou sa prestation caractéristique). L'essentiel contribue à déterminer la nature juridique du contrat à travers la prise en compte des éléments essentiels¹⁷⁶, des obligations essentielles¹⁷⁷, de la prestation caractéristique¹⁷⁸ ou encore de l'obligation fondamentale¹⁷⁹.

61. Cette notion permet aussi d'interpréter le contrat. Bien que le droit camerounais et français ne le prévoit pas expressément, l'article 1426 du code civil québécois dispose qu'« *on tient compte, dans l'interprétation du contrat, de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages* ». Envisagée comme son essence, la notion de nature du contrat, de l'avis de certains, se rapproche de l'obligation essentielle¹⁸⁰. C'est ainsi que la Cour d'appel de Montréal a jugé que « *l'exclusivité du contrat de courtage immobilier se*

171 V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2014, p. 358.

172 La qualification peut porter sur un objet matériel, un fait juridique ou un acte juridique (ici le contrat), X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, thèse de doctorat, Faculté de droit, sciences économiques et gestion, Université de Nancy II, 1992, p. 3.

173 O. CAYLA, « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits* 1993, 18, pp. 3 et s., 3 ; P. FRECHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », *Les Cahiers de droit*, 51(1), 2010, pp. 117–158 ; F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, 1957, p. 2.

174 Elle se distingue de la classification (opération consistant à regrouper de manière cohérente dans le but de leur appliquer des principes communs, de créer des catégories juridiques) et de l'interprétation (Fondée sur la présence d'un contenu contractuel équivoque, factuelle, elle utilise certaines normes juridiques en vue de comprendre la portée des stipulations contractuelles). Récusant une démarche purement intuitive, la qualification appelle une méthode syllogistique articulée autour d'une majeure (la norme juridique dont l'application est envisagée), une mineure (la situation litigieuse

soumise à la qualification) et une conclusion (elle détermine la catégorie adéquate et ses implications), P. FRECHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », *op. cit.*, pp. 125 et s.

175 Ph. JESTAZ, « La qualification en droit civil », *Droits* 1993.18, pp. 43 et s., pp. 46 et 47.

176 Ch. LAVABRE, « Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat », *R.J.D.A.* 1997.4.291.

177 P. FRECHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », *op. cit.*, p. 137.

178 « La prestation caractéristique est l'obligation qui caractérise le mieux l'ensemble des différentes opérations que suppose un acte juridique ; c'est l'obligation qui permet de qualifier le contrat dont il est question », Ministère de la Justice du Québec, Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993, art. 3113 ; M-É ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*

179 Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *op. cit.*

180 V. CARON, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 2014, p. 223

caractérise par la retenue des services d'un intermédiaire exclusif. L'engagement pris par le vendeur de ne pas offrir ou vendre lui-même l'immeuble constitue un élément accessoire à ce type de contrat et non déterminant »¹⁸¹. La nature du contrat sert donc de critère complémentaire d'interprétation du contrat lorsqu'il est difficile de trouver la commune volonté des parties. La Cour suprême du Cameroun a eu rappeler que la nature de l'obligation pouvait permettre de déterminer la volonté ou non des parties de nover¹⁸².

62. *Secundo*, la notion d'essentiel éclaire et permet d'étendre le contenu du contrat. S'agissant du contenu contractuel, il s'agit de ses aspects matériel et obligationnel. Sur le plan matériel, capitale pour situer le moment de la formation du contrat¹⁸³, la détermination de ses éléments essentiels renseigne sur sa dimension institutionnelle à travers la référence aux conditions de validité pour l'apprécier notamment la cause et l'objet. Considérant le contrat en échange économique¹⁸⁴, l'appréciation se fondant sur ses éléments structurels indique que ce dernier est moins « un échange de prestations qu'un échange de consentements »¹⁸⁵. Elle permet ainsi d'insister sur les prestations attendues et les attentes légitimes et convenues¹⁸⁶ des parties au contrat. Selon le professeur Philippe DELEBECQUE, il s'agit des « éléments centraux, spécifiques, qui

traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser »¹⁸⁷. A propos du contenu obligationnel du contrat¹⁸⁸, la reconnaissance du caractère essentiel de certaines obligations contractuelles indique qu'il existe une espèce de minimum obligationnel irréductible¹⁸⁹ en deçà duquel les parties ne peuvent aller sans ruiner leur engagement initial au contrat, car « on ne peut pas à la fois s'engager et ne pas s'engager »¹⁹⁰. D'après le professeur JESTAZ, « ce qui caractérise l'obligation fondamentale, c'est que la convention des parties peut en restreindre un peu l'étendue, mais non la priver de contenu »¹⁹¹. Ce minimum peut résulter de la nature du contrat ou de la volonté des parties sous réserve de son entrée dans le champ contractuel¹⁹². Cette dimension normative du contrat insiste moins sur le modèle de comportement attendu, le tracé, que sur la mesure, en indiquant la limite en deçà de laquelle il ne faut pas aller¹⁹³. L'essentiel préserve le contenu obligationnel minimum protégeant les prestations dues et les attentes légitimes et convenues des parties au contrat.

63. La notion d'essentiel sert à étendre le contenu du contrat. « (...) la nature du contrat constitue une source permettant de déceler l'intention des parties d'inclure certaines stipulations implicites »¹⁹⁴. Cette affirmation d'un juge canadien n'est pas sans rappeler l'article 1135 du Code civil

181 Chambre immobilière du Grand Montréal c. Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, 2007 QCCA 363, par. 68.

182 Cour Suprême, arrêt n° 28 du 03 octobre 1968, Bulletin des arrêts n° 19, p. 2339.

183A RIEG, « La "punctuation". Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », Mélanges JAUFFRET, 1974, pp. 593 et s.

184 J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, volume 92, 2^e et 3^e trimestre, 2000, *Economie des contrats : bilan et perspectives*, pp. 81-100.

185 L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, thèse, Université d'Orléans, 2000, p. 89.

186 Des éléments accessoires peuvent être essentialiser à condition de les faire entrer dans le champ contractuel, Com, 16 avril 1991.

187 A SEUBE, « Les conditions générales des contrats, Mélanges JAUFFRET, 1974, p. 622.

188 P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », RTD civ., 1999, pp. 771 et s.

189 D. HOUTCIEFF, JCP 2007, 11, 10145, sous cass. Com., 5 juin 2007, n° 06-14.832, jurisData n° 2007-039240.

190 Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^{ème} édition, Précis Dalloz, Paris, 2013, p. 660.

191 *Ibidem.*, p. 282.

192 Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *Etudes Raynaud*, D. 1985, pp. 275 et s.

193 C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme, le tracé et la mesure. Pour une distinction entre les normes et règles de droit », *Archives de Philosophie du Droit*, n° 51, 2008, pp. 341-371.

194 C.R. c. J.B., 2005 QCCA 547, par. 31, [2005] R.J.Q. 1391

applicable au Cameroun¹⁹⁵. Il en ressort que le contenu obligationnel du contrat¹⁹⁶ englobe les stipulations contractuelles mais aussi les obligations qui découlent de l'équité, l'usage, la loi selon la nature du contrat. Définie par POTHIER¹⁹⁷, elle permet d'étendre le contenu obligationnel par le biais des obligations implicites¹⁹⁸. C'est le cas de l'obligation de sécurité¹⁹⁹ que le professeur CREPEAU qualifie tantôt de clause essentielle de sécurité²⁰⁰ tantôt de clause naturelle de sécurité²⁰¹, de l'exploitation d'un local loué dans un centre commercial²⁰², de la sécurisation des marchandises entreposés par l'entreposeur²⁰³, de l'obligation d'assiduité dans le contrat de travail²⁰⁴. Dans le même ordre d'idées, l'article 1208 du Code civil camerounais²⁰⁵ permet d'étendre les

exceptions²⁰⁶ à celle qui sont directement liées à l'obligation²⁰⁷ par opposition à celles personnelles. Assurant une fonction de structuration du champ contractuel et de précision de l'objet contractuel, la notion d'essentiel remplit aussi une fonction normative et de sauvegarde.

2. Des fonctions normative et de sauvegarde

64. La notion d'essentiel assure également des fonctions normative (b) et de sauvegarde (a) en droit commun des contrats.

a) La fonction de sauvegarde

195 Cette disposition qui que « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les autres que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » peut être rapprochée de l'article 1434 du Code civil québécois qui prévoit que les parties sont liées par les stipulations contractuelles mais aussi par les obligations qui découlent du contrat « *d'après sa nature et suivant les usages, l'équité et la loi* ».

196 P-A CREPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 R. du B. can., pp. 1 et s.

197 POTHIER cité par P. AZARD, *La responsabilité contractuelle*, Cours dactylographié, Ottawa, 1957-1958, p. 114 : L'éminent auteur écrit : « *Les choses qui sont seulement de la nature du contrat sont celles qui sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues. Ces choses tiennent un milieu entre les choses qui sont de l'essence du contrat, et celles qui sont accidentelles au contrat ; et elles diffèrent des unes et des autres. Elles diffèrent des choses qui sont de l'essence du contrat, en ce que le contrat peut subsister sans elles, et qu'elles peuvent être exclues du contrat par la convention des parties ; et elles diffèrent des choses accidentelles au contrat, en ce qu'elles font partie du contrat, sans avoir été expressément convenues* »

198 Les « obligations non matérialisées dans le contrat » se distinguent des obligations qui nous intéressent qui elles sont imposées, B. FESSARD, *Les obligations non matérialisées dans les contrats*, Thèse de doctorat en droit. Université Montpellier, 2015.

199 Sur le développement de l'obligation implicite de sécurité, P. JOURDAIN, « Le fondement de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997, 2, pp.1196

et s. ; D. MAZEAUD, « Le régime de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997, 2, pp. 1201 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *D.* 1994, pp.81 et s.

200 Contrat de soins médicaux, contrat de loisirs organisés, P-A CREPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », *op. cit.*, pp. 9 et s.

201 Contrat de transport de personnes, contrat de vente et de louage de choses, contrat de services personnels, *ibidem.*, pp. 13 et s.

202 Léo Boutin Ltée c. Proviso Distribution inc., 2007 QCCS 5784, par. 78 ; Steinberg inc. c. Centre d'achat Duberger inc., préc., note 53 ; Cie de construction Belcourt Ltée c. Golden Griddle Pancake House Ltd. ; Place Bonaventure inc. c. Imasco R.I. inc.

203 Union canadienne (L'), compagnie d'assurances c. Mini-entrepôt Longueuil inc., 2011 QCCQ 7058, par. 7-10.

204 Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 571, CTC-FTQ (SEPB) c. Barreau du Québec, 2007 QCCA 64, par. 30.

205 Il dispose que « *le débiteur solidaire peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation (...)* »

206 Par exception, il faut entendre un moyen de défense qui tend à faire échec à un acte en raison d'une irrégularité.

207 Il s'agit des nullités tenant à l'objet, à la contrepartie ou encore à la forme de l'acte, des exceptions tirées d'un terme ou d'une condition commun à tous les codébiteurs, des causes d'extinction de l'obligation : disparition de l'objet, paiement, dation en paiement, novation, prescription, remise de dette, perte fortuite de la chose.

65. La notion d'essentiel assure une fonction de sauvegarde en tant qu'objet et instrument de protection. Entendue comme ce qui est important, indispensable, décisif mais aussi ce qui a trait à l'essence, à la nature propre, l'essentiel est protégé à toutes les phases de la vie du contrat. Au moment de la naissance du contrat c'est l'idée d'essentiel qui fonde la sanction de la non communication d'une information déterminante dans le cadre du devoir précontractuel d'information²⁰⁸. C'est le même postulat qui explique les sanctions dont sont assorties la violation des conditions « nécessaires » ou « essentielles » à la validité du contrat. C'est également le souci de préserver ce qui est essentiel qui explique la sanction des vices de consentement et des motifs portant sur les qualités essentielles et présentant un caractère déterminant.

66. Pendant la vie du contrat, la préservation du contenu obligationnel contractuel irréductible qui explique la neutralisation par l'**article 1170** du code civil français des clauses qui videraient l'obligation essentielle de sa substance. Tout comme la volonté d'éviter un déséquilibre criard entre les droits et les obligations des parties dans un contrat d'adhésion justifie la neutralisation des clauses abusives tel que prévue à l'**article 1171** du même texte. La protection de l'essentiel se trouve également au fondement de la caducité²⁰⁹. Envisagé comme « *un fruit parfaitement mûr (...) tombé faute d'avoir été cueilli en son temps* »²¹⁰, ou comme un acte juridique frappé accidentellement de « *stérilité* »²¹¹, la caducité²¹² est subordonnée à l'existence

d'un acte juridique valablement formé et à la disparition d'un élément essentiel du contrat. Objet protégé parce que formalisant soit ce qui est important soit ce qui relève de l'essence en matière contractuelle, l'essentiel est aussi un instrument de protection.

67. La fécondité fonctionnelle de l'essentiel se manifeste dans sa mobilisation comme outil de protection. Elle assure notamment la protection du lien contractuel. *Primo*, l'essentiel assure la protection du lien contrat à sa naissance. Ici, on note une restriction de la nullité contractuelle par un durcissement de ses conditions. C'est le cas de l'admission restrictive des vices de consentement dont la sanction est subordonnée à l'atteinte aux qualités essentielles²¹³ et à leur caractère déterminant²¹⁴. De même la nullité intégrale du contrat est réservée à l'hypothèse où la ou les clauses contractuelles envisagées ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties²¹⁵. Il faut ajouter à cela l'essor des mécanismes de nullité partielle ou ciblée tels que « les clauses réputées non écrites » dont la disparition laisse subsister le contrat²¹⁶.

68. *Secundo*, au cours de son exécution, la disparition du contrat est également limitativement admise. C'est le cas de la caducité qui est subordonnée à la disparition postérieure à la formation d'un élément essentiel du contrat. Certaines sanctions de l'inexécution contractuelle sont restrictivement admises. Elles sont subordonnées à une « *inexécution suffisamment grave* ». c'est le cas de la résolution, de la résiliation²¹⁷ et de

208 Il s'agit des dommages et intérêts et de la nullité lorsqu'elle est constitutive d'un vice de consentement.

209 Il ressort de l'**article 1186** du Code civil français qu'« *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ».

210 M.-C. AUBRY, « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD Civ.*, 2012, p. 625.

211 H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, coll. « Traités », Paris, 2002, p. 38.

212 Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ,

1963 ; N. FRICERO-GOUJON, *La caducité en droit judiciaire privé*, thèse de doctorat, Université de Nice, 1979 ; C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé*, L'Harmattan, coll. « logiques juridiques », 2004 ; R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques*, LGDJ, 2006.

213 **Articles 1132** et suivants du code civil français.

214 **Article 1130** du Code civil français.

215 **Article 1184 alinéa 1** du Code civil français.

216 **Articles 1170 et 1171** du Code civil français.

217 **Article 1124** du Code civil français.

l'exception d'inexécution²¹⁸. La notion d'essentiel participe à la tendance généralisée en faveur de la *favor contractus* en assurant la préservation du lien contractuel tant au moment de sa formation que pendant de sa vie. Elle assure aussi une fonction normative.

b) La fonction normative

69. Soutenir que la notion d'essentiel a une fonction normative c'est admettre avec le professeur Catherine THIBIERGE qu'elle sert de modèle pour l'action et d'instrument d'évaluation, de tracé et de mesure²¹⁹. Ces deux aspects recouvrent les deux facettes de la réalité normative : la normativité et la normalité²²⁰.

70. Premièrement, l'essentiel sert de modèle d'action. Une illustration est fournie par une étude du devoir précontractuel d'information. En imposant aux cocontractants de communiquer les informations importantes et déterminantes, le législateur leur indique un modèle d'action, une manière de se comporter. Cette vocation directive est concrétisée dans le fait qu'une partie au contrat qui détient une information déterminante que l'autre ignore doit la porter à sa connaissance. Il s'agit d'imposer aux cocontractants un comportement loyal en instaurant une collaboration utile et bénéfique entre eux. Le but poursuivi est d'éclairer le consentement de l'autre, de lui permettre de s'engager en connaissance de cause. Cette vocation directive est marquée par son caractère obligatoire qui prescrit aux cocontractants une action déterminée sous peine de sanction en cas d'écart. Dans le même ordre d'idées, l'essentiel sert aussi à proscrire des comportements. L'inexécution suffisamment grave illustre bien cette idée. Elle renseigne les parties au contrat sur ce qu'elles ne doivent pas faire si elles ne veulent pas voir le contrat résilié ou résolu. Elle indique aux cocontractants les

comportements contractuels proscrits et a contrario, les conduites à adopter.

71. Secondement, l'essentiel est un outil d'évaluation, d'étalon d'appréciation. C'est le cas dans l'inexécution suffisamment grave. La gravité de l'inexécution qui se mesure à son caractère décisif, déterminant s'apprécie à ce qui s'agit d'une situation qui par son caractère exceptionnel n'est pas habituelle, courante. Il s'agit donc d'une inexécution inhabituelle. C'est justement cet élément qui justifie qu'elle entraîne des conséquences graves notamment l'extinction du contrat ou qu'elle confère aux parties au contrat des prérogatives exorbitantes telles que la faculté de résolution ou de résiliation unilatérale. Le caractère décisif, déterminant de l'inexécution permet d'apprécier la gravité de l'écart du comportement contractuel eu égard à la norme de référence qui est l'exécution contractuelle de bonne foi. L'idée de mesure est aussi perceptible dans le cadre du devoir précontractuel d'information dans la mesure où le comportement prescrit est subordonné au caractère déterminant des informations concernées. L'appréhension du contenu obligationnel en termes de contenu essentiel et non essentiel comporte l'idée de mesure dans le comportement des contrats. L'obligation essentielle en tant que contenu obligationnel irréductible impose aux parties de l'exécuter sans qu'une clause ne puisse la priver de sa substance. Ce qui veut dire qu'elles peuvent pas recourir à des clauses qui fondent des comportements contractuels qui auraient pour conséquence de ruiner sa substance. La notion d'essentiel remplit donc une double fonction normative de tracé et de mesure ce qui n'est pas sans incidence sur la matière contractuelle

218 **Articles 1219, 1120** du Code civil français. Sur l'exigence d'une inexécution d'une certaine gravité, Cass. 3^{ème} civ. 26 nov. 2015, n°14-24210.

219 C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme, le tracé et la mesure. Pour une distinction entre les normes et règles de droit », *op. cit.*

220 La norme renvoie ici à ce qui est fréquent, régulier, à la moyenne, à la fréquence de régularité, S. CHASSAGNARD, *La notion de normalité en droit privé français*, thèse Toulouse 2000, p. 2.

B. La portée de l'hétérogénéité fonctionnelle

72. L'hétérogénéité fonctionnelle de l'essentiel en droit des contrats n'est pas gratuite. Ses multiples fonctions permettent d'éclairer la théorie du contrat (1) et d'améliorer la qualité du droit commun des contrats (2).

1. Eclairer la théorie générale du contrat

73. La mobilisation judicieuse de la notion d'essentiel en droit contractuel commun éclaire la théorie générale du contrat à travers l'articulation de ses fondements (a) et la conciliation de ses finalités (b).

a) Revisiter les assises de la théorie générale du contrat

74. L'étude de la perspective fonctionnelle de la notion d'essentiel offre une grille d'analyse intéressante pour revisiter les assises de la théorie générale du contrat. Elle permet de revenir sur l'articulation entre les conceptions d'une part, volontariste et institutionnaliste et d'autre part, consensuelle, éthique et économique du contrat du contrat.

75. Premièrement, récusant la doctrine autonomiste utopique²²¹, la détermination de l'essentiel privilégie une conception institutionnelle souple du contrat²²² pour laquelle le contrat « *apparaît davantage comme un instrument d'échange entre les hommes, subordonné au droit positif dont la mission est d'assurer la justice, que*

comme l'instrument de la volonté autonome »²²³. La subordination de la volonté individuelle au droit contractuel se matérialise par l'imposition du sens conféré à l'essentiel par le droit contractuel positif aux cocontractants mais surtout dans la délégation qui leur est accordée dans sa détermination²²⁴. C'est le cas pour le caractère essentiel des éléments du contrat ou des obligations à condition qu'il soit convenu entre les parties. La part de la liberté individuelle dépend sa conformité au droit positif²²⁵. Cette tolérance juridique à l'égard de la volonté individuelle constitue également une médiation entre les perspectives subjectives et objectives du contrat²²⁶. Synonyme d'environnement juridique, les éléments objectifs sont « (...) *les structures organisées par le droit positif et qui peuvent soit limiter soit favoriser son épanouissement* »²²⁷, la perspective subjective quant à elle est portée par l'expression de la volonté des parties.

76. Secondement, l'étude notionnelle de l'essentiel met en lumière la réconciliation des conceptions spiritualiste et économique du contrat. La première, qui envisage le contrat comme un accord de volontés²²⁸, se matérialise dans le rôle imparti aux parties dans la détermination du contenu de l'essentiel et l'exigence de son caractère convenu, l'imposition de la communication des informations précontractuelles déterminantes, la sanction des vices qui portent atteintes de manière déterminante au consentement des parties. La seconde, qui appréhende le contrat comme un échange de

221 E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse, 1912. Sa conception absolutiste qui postule une liberté autonome, souveraine et concurrente de la loi a pu être qualifiée de « mythe périmé », STARCK, ROLAND et BOYER, *Obligations*, 6^e édition, t. 2, 1998, p. 8.

222 H. M. MONEBOULOU MINKADA, « La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle », *Juridical Tribune*, Volume 4, Issue 1, June 2014 pp. 89 et s., spéc., pp. 123 et s.

223 J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, LGDJ, t. II, volume I, Paris, 1980, Avant-propos, p. V.

224 P. HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments dans les actes juridiques », *Mélanges Maury*, t. 2, pp. 39 et s.

225 H. KELSEN, « La théorie générale de la convention », *Archive de philosophie du droit*, 1940, pp. 33 et s., spéc., p. 33 ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1970, Chron. 170.

226 J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, préface P. RAYNAUD, Paris, 1971.

227 G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations, Les sources*, 2^e édition, t. 1, Sirey, 1988, p. 37.

228 G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965.

valeurs²²⁹ impliquant des promesses, des prestations, des contreparties²³⁰, transparaît dans l'exigence d'accord sur les éléments essentiels pour la formation du contrat, la disparition du contrat par caducité et la neutralisation des clauses qui portent atteinte à la substance d'une obligation essentielle. L'étude de la notion d'essentiel révèle la volonté de concilier les conceptions institutionnaliste et volontariste, spiritualiste et économique, objective et subjective du contrat au nom de la réalisation des finalités matérielles et idéales.

b) Articuler les finalités du droit commun des contrats

77. De manière générale, le droit poursuit des finalités matérielles et idéales. La réflexion sur la notion d'essentiel indique que le droit commun des contrats essaie tant bien que mal de concilier ces deux types de finalités. La consécration non pas des principes directeurs mais de trois principes fondamentaux à savoir : la liberté contractuelle²³¹, de la force obligatoire²³² et de la bonne foi²³³ lors de la réforme française de 2016 permet d'éclairer cette quête.

78. *Primo*, la poursuite de ces finalités est indirecte. Elles sont réalisées à travers le respect des principes contractuels posés. Tout d'abord, entendue comme la latitude de contracter ou non, de choisir son cocontractant et de fixer le contenu du contrat, la liberté contractuelle est préservée par la mobilisation de l'essentiel à travers l'obligation de porter les informations déterminantes à la connaissance du cocontractant, la sanction des vices de consentement ayant un caractère déterminant et portant sur les qualités essentielles, la

neutralisation des clauses abusives, l'admission de la résolution unilatérale en cas d'inexécution suffisamment grave. Ensuite, l'essentiel est mobilisé pour garantir la force obligatoire du contrat. Elle se matérialise dans la restriction généralisée de la disparition du contrat. Au moment de sa formation, on note un durcissement des conditions de la nullité avec l'exigence d'une atteinte aux qualités essentielles et son caractère déterminant. Pendant sa vie, la caducité est subordonnée à la disparition d'un élément essentiel, la neutralisation des clauses à un déséquilibre significatif pour celles qui sont abusives et à une atteinte grave à la substance d'une obligation essentielle pour les autres clauses, la réserve de certaines sanctions à une inexécution d'une certaine gravité. Enfin, la promotion de la bonne foi est assurée par le recours à l'essentiel. L'imposition de la communication d'informations importantes et déterminantes pendant la période précontractuelle et pendant l'exécution du contrat²³⁴, l'exigence du caractère déterminant de la réticence dolosive, la sanction de l'erreur portant sur les qualités essentielles, la sanction des clauses abusives et celles portant atteinte à la substance de l'obligation essentielle traduisent de manière anecdotique la prise en compte des exigences de loyauté²³⁵, de collaboration, de coopération²³⁶. Ces différents principes concourent respectivement à la satisfaction des exigences de liberté, de sécurité juridique, d'utilité et de justice.

79. De manière directe, l'essentiel participe à la réalisation du juste et de l'utile dans le contrat qui pour le professeur J. GHESTIN sont des interfaces de l'intérêt général²³⁷. Il contribue à la préservation de

229 J. M. PUGHON, *L'histoire doctrinale de l'échange et du contrat*, LGDJ, préface J.J. BAUD, avant-propos J. GHESTIN, 1985 : Le contrat apparaît comme « une opération économique fondée sur l'équilibre objectif ou subjectif des valeurs échangées ».

230 J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *op. cit.*

231 Article 1102 du Code civil français.

232 Article 1103 du Code civil français.

233 Article 1104 du code civil français.

234 Com., 10 mars 2015, n° 13-23.859 et 14-10.221, CCC 2015, comm. 38.

235 D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans les Mélanges Terré, Dalloz, Paris, 1999, pp. 603 et s.

236 Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1988. I. 3318.

237 J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 26,

l'utilité du contrat. Il s'agit d'abord de l'utilité individuelle. L'exigence d'un accord sur les éléments essentiels lors de la formation du contrat, la neutralisation des clauses abusives pour déséquilibre significatif et des autres clauses pour atteinte à la substance de l'obligation essentielle, la réservation de la disparition du contrat au moment de sa formation (nullité) et pendant sa vie pour extinction d'un élément essentiel (caducité) et une inexécution suffisamment grave (résiliation, résolution, exception d'inexécution) permettent aux parties de s'assurer de l'utilité du contrat pour elles mais de s'assurer de la pérennité contractuelle lorsque qu'il est avéré que le contrat est encore utile. Cette utilité se mesure au regard de l'importance des éléments envisagés ou de leur lien avec l'essence, la nature propre du contrat considéré. Il concourt ensuite à l'utilité sociale. En réservant par exemple la disparition du contrat à des hypothèses d'une certaine gravité, le législateur entend assurer leur pérennité en tant que principal instrument des échanges sociaux et économiques²³⁸. L'extinction d'un contrat peut alors avoir des conséquences sociales et économiques graves.

80. L'essentiel assure également la réalisation de la justice contractuelle envisagée ici dans son acception commutative par opposition à celle distributive selon la distinction classique posée depuis Aristote et Saint Thomas d'Aquin²³⁹. Il contribue à assurer l'équilibre des prestations et une certaine égalité entre les parties au contrat. L'essentiel y participe d'abord en concourant à la qualité du processus contractuel. John RAWLS indique le caractère équitable et correcte de la procédure impacte le résultat²⁴⁰. La garantie

de cette justice procédurale dont l'objet est de veiller à l'intégrité du consentement est assurée par l'obligation de communiquer des informations précontractuelles importantes et déterminantes, l'exigence du caractère déterminant des vices de consentement et d'une erreur portant sur les qualités essentielles de la prestation. C'est la quête d'équilibre des prestations qui justifie la subordination de la formation du contrat à l'accord sur ses éléments essentiels dont la détermination peut être le fait des parties sous réserve de leur entrée dans le champ contractuel et de la caducité à l'extinction d'un élément essentiel du contrat, la neutralisation des clauses abusives et de celles qui ruinent la substance d'une obligation essentielle, la résiliation, la résolution et l'exception d'inexécution à une inexécution suffisamment grave. Les considérations de justice légitiment les atteintes à la force obligatoire du contrat comme en témoigne la neutralisation des clauses, l'exception d'inexécution, la résolution unilatérale. Envisagé comme ce qui est important, déterminant, décisif mais aussi ce qui est relatif à l'essence du contrat, l'essentiel sert les principes contractuels et les finalités idéales et matérielles du droit commun des contrats, il va de même de sa qualité.

2. Contribuer à la qualité du droit commun du contrat

81. La fonctionnalisation fructueuse de la notion d'essentiel concourt à l'amélioration de la qualité du droit commun des contrats notamment son adaptabilité (a) et son efficacité (b).

1981, p. 35 : « *Le contrat a la force obligatoire parce que le droit objectif lui confère un tel effet juridique, et il ne peut le faire que parce que l'intérêt général, d'autres diront le bien commun, impose en matière contractuelle au premier degré, l'utilité sociale du contrat, et au second degré, la justice contractuelle, facteur d'harmonie sociale* ».

238 F. HAYEK, « Droit, législation et liberté », t. 2, « Le mirage de la justice sociale », traduction par R. AUDOUIN, PUF, 1995, p. 131. L'auteur envisage le contrat comme l'instrument essentiel de l'ordre social libéral.

239 *Somme théologique*, qu. 77, art 1. Sol.

240 J. RAWLS, *Théorie de la justice*, traduction française C. AUDARD, édition Seuil, 1987, p. 118.

a) Assurer l'adaptabilité du droit commun du contrat

82. L'adaptabilité renvoie ici à la capacité du droit à s'adapter c'est-à-dire à se conformer, à s'acclimater aux réalités sociales qu'il régit mais aussi aux faits, aux situations individuelles qui lui sont soumis. La notion d'essentiel du fait de sa plasticité fonctionnelle contribue à assurer ces deux aspects de la fonction d'adaptation du droit en droit commun des contrats.

83. Premièrement, la prédominance de la perspective fonctionnelle de la notion d'essentiel sur sa dimension conceptuelle, qui se matérialise par l'indétermination et la détermination sélective de son contenu, a pour conséquence primordiale de laisser une grande marge de manœuvre au juge dans la clarification de son sens, de sa signification. L'indétermination textuelle de la notion d'essentiel ouvre donc la voie à un travail d'interprétation judiciaire dont l'objet est de fixer son contenu matériel. Cette marge de manœuvre permet au juge d'adapter le sens de l'essentiel à l'évolution des données sociales, des impératifs et des valeurs qui fondent et structurent la matière contractuelle. Des illustrations ont été fournies : par l'assimilation de l'obligation essentielle à la faute lourde puis sa différenciation de celle-ci et son rattachement à la cause puis désormais au contenu du contrat mais aussi par le passage des qualités substantielles de la matière de la chose objet du contrat aux qualités qui ont déterminé les parties du contrat à s'engager.

84. Secondement, l'hétérogénéité fonctionnelle de la notion d'essentiel permet l'adaptation du droit contractuel commun aux situations individuelles qui sont soumises au juge. La prédominance de l'aspect fonctionnel explique l'option de politique législative consistant à ne pas donner à

l'essentiel u contenu déterminé *a priori*. Elle a pour finalité de permettre aux juges d'adapter le droit aux cas qui leur sont soumis. Ce choix permet de donner des solutions équitables à travers une quête de sur-mesure. Elle légitime la généralisation de l'appréciation *in concreto* dans la détermination de l'essentiel comme en témoigne le devoir précontractuel d'information, l'identification des éléments essentiels du contrat, des qualités essentielles, de l'obligation essentielle, du comportement suffisamment grave. La fonctionnalité éclatée de l'essentiel assure la fonction d'adaptation du droit commun des contrats. Elle optimise également son efficacité.

b) Participer à l'efficacité du droit commun du contrat

85. Distincte de l'effectivité et de l'efficience, l'efficacité s'entend de ce qui produit l'effet escompté²⁴¹. Dire que la notion d'essentiel contribue à l'efficacité du droit commun c'est admettre qu'elle lui permet d'atteindre ses finalités et de préserver les grands principes contractuels. Cela est possible grâce à sa plasticité fonctionnelle qui permet de poursuivre plusieurs finalités en même temps en tenant compte des valeurs essentielles qui en constituent les assises.

86. Dans un premier temps, l'essentiel participe à l'efficacité du droit contractuel commun en lui permettant de concilier les principes contractuels que sont la liberté, la force obligatoire du contrat et la bonne foi. Cette conciliation est possible grâce à sa pluralité fonctionnelle qui permet de promouvoir la liberté contractuelle en assurant aux parties une place dans la détermination du caractère essentiel mais aussi en assurant l'intégrité et la clarté du consentement par l'exigence de divulgation des informations précontractuelles importantes et la sanction

241 L'efficacité désigne le « caractère de ce qui est efficace », c'est-à-dire de ce qui « produit l'effet qu'on en attend ». Elle marque l'aptitude d'un mécanisme à produire les effets attendus. A. L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in Marthe FATIN-ROUGE

STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUE (Dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, Bruxelles, 2012. L'efficience quant à elle renvoie au fait de réaliser ses objectifs à moindre coût ou en mobilisant le moins de ressources.

des vices de consentement ayant une incidence décisive. Elle assure également la bonne foi par la systématisation du devoir précontractuel d'information. Elle est au cœur de la préservation de la force obligatoire du contrat à travers sa remise en cause pour des raisons présentant une certaine gravité que ce soit par la neutralisation des clauses abusives ou de celles privant de leur substance des obligations essentielles et la réservation de la disparition du contrat.

87. Dans un second temps, l'essentiel assure également l'efficacité contractuel par la réalisation des finalités projetées. Il s'agit d'abord des finalités idéales (justice, équité) et matérielles (sécurité, utilité). Puis, des finalités individuelles (liberté et utilité individuelles) et sociales (utilité sociale). Les premières sont perceptibles à travers la quête de justice, d'équité à travers la mobilisation de plusieurs outils. Les secondes se matérialisent dans la recherche d'utilité sociale et individuelle et la garantie de la sécurité, de la sécurité juridique.

CONCLUSION

88. Au terme de cette étude sur la notion d'essentiel en droit commun des contrats, il importe de procéder à un constat et de poser un postulat. Le constat est ambivalent. Sur le plan matériel, l'essentiel est une notion équivoque, évanescence du fait de son caractère discuté, éclaté et son contenu indéterminé. Sur le plan fonctionnel, il s'agit d'une notion fertile. Son hétérogénéité fonctionnelle concourt à éclairer la théorie du contrat et contribue à la qualité du droit contractuel commun. Le postulat est que le caractère équivoque peut être atténué par une approche matérielle unitaire de l'essentiel. Il apparaît alors reprenant la distinction du doyen Georges VEDEL que l'essentiel est davantage une notion fonctionnelle qu'une notion conceptuelle, c'est à ce titre qu'elle apparaît comme un utile instrument de politique juridique en cette matière où la conciliation de nombreux principes contractuels et des finalités plurielles est un impératif incontournable d'attractivité.