DROIT DES CONTRATS

(Vol. 3)

Daniel Mainguy
Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne

ECOLE DE DROIT DE LA SORBONNE
LICENCE 2
2022-2023

UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

PARTIE 2

L'EXECUTION DU CONTRAT

243. Exécution et effets du contrat. – Au cours de son existence, le contrat développe les effets juridiques en vue desquels il a été conclu, effets constitutifs de droits, dont les obligations, effets translatifs de droit comme un transfert de propriété ou un transfert des risques, obligations, effets extinctifs de droits par exemple par l'effet d'une transaction, etc.

La question de l'exécution du contrat intéresse dont l'ensemble de ces effets et point seulement l'exécution des obligations du contrat même si c'est par celles-ci que bien des effets du contrat se produisent, parfois même de façon controversée. Ainsi explique-t-on le mécanisme du transfert de propriété, effet automatique du contrat, par l'existence d'une obligation de donner.

Ces obligations ne sont plus distinguées, dans le Code civil, en trois catégories, obligations de donner, de faire, de ne pas faire, mais de manière indifférenciée.

Ainsi, un contrat produit des *effets*, lesquels peuvent être obligationnels ou non obligationnels (des durées, des effets réels, des facultés, des libertés, d'éventuelles attributions de juridiction, etc.).

Les obligations elles-mêmes ont pour bket des prestations, lesquelles ont pour objet, selon les types d'obligations des choses (obligation de livrer, de mettre à disposition, de restituer, de conserve, d'entretenir, de réparer), des services (portant sur des objets immatériels, conseiller, transporter, enseigner, renseigner, etc. ou matériels, réparer, entretenir, construire, etc.), des représentations, de l'argent, etc.

D'autres classifications accessoires existent. Ainsi, distingue-t-on les obligations de moyens et les obligations de résultat, distinction qui intéresse surtout égard la question de l'intensité lorsqu'il s'agit de vérifier la qualité de leur exécution (cf. infra) ; les obligations principales et les obligations accessoires, l'exécution des premières, avec les obligations essentielles (s'agissant de la validité des clauses limitatives de responsabilité, supra), ayant davantage de retentissement sur la survie du contrat que les secondes.

Enfin, le contrat ne se présente pas dans une unité parfaite mais est composé de diverses parties, aux fonctions différentes : ainsi le titre, le préambule, les informations relatives aux parties, la délimitation de l'objet, de l'opération contractuelle, du prix, répondent aux critères de la formation du contrat, l'ensemble étant articulé sous forme de *clauses*, ensembles cohérents souvent organisé dans les mêmes conditions qu'un contrat : des dispositions intéressent

leur formation, leur exécution, leur fin. Ainsi une clause de non-concurrence post-contractuelle naît à la rupture du contrat, répond à des conditions de validité particulière, s'exécute comme une obligation de ne pas faire et prend fin à un certain moment. Certaines de ces clauses, comme la précédente font naître des obligations, comme les clauses de confidentialité, les clauses d'exclusivité, etc. D'autres clauses dirigent les effets du contrat, comme les clauses d'*electio* (ou d'*exclusio*) *juris*, les clauses de durée, les clauses de territoire, les clauses relatives au transfert de propriété ou des risques, certaines se combinent entre elles, comme la clause de réserve de propriété, qui retarde le moment du transfert de propriété, dans une vente, jusqu'au paiement du prix, elle est ainsi couplée avec les clauses relatives au prix et au paiement. Mais d'autres clauses produisent des effets sans création d'obligation, comme la clause limitative de responsabilité, les clauses relatives à la fin du contrat, la clause pénale, comme les clauses de résiliation ou les clauses résolutoires, d'autres encore se préoccupent de la gestion du contentieux, comme les clauses attributives de juridiction, les clauses compromissoires, etc. L'ensemble justifiera quelques observations sur la construction du contrat.

244. Plan. – Ces effets obéissent à deux principes complémentaires : le contrat « *oblige* » les parties, au sens propre du terme, mais seulement les parties : au principe de la force obligatoire du contrat (Chapitre 1) répond celui de l'effet relatif de cet effet obligatoire (Chapitre 2) avec, en application de ces deux principes, la question de la circulation du contrat (Chapitre 3) et, enfin, la question des remèdes à la mauvaise exécution du contrat (Chapitre 4).

CHAPITRE 1 – LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

245. Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat. – Un auteur, Pascal Ancel, a présenté une étude tentant de rationaliser la différence entre la force obligation du contrat et les obligations qu'il contient, brisant le cou à une présentation tenace selon laquelle « *la force obligatoire est ramenée, de manière plus ou moins consciente, à l'idée que le contrat crée des obligations pour les parties* »[398].

L'idée n'est pas nouvelle mais elle montre avec force les différences qu'une telle présentation produit : le lien contractuel ne se réduit pas aux obligations qu'il contient, nous avons déjà vu que le contenant, le contrat, ne se réduisait pas aux obligations. Le contrat présente, ainsi, pour les parties un effet normateur, de telle manière que la force obligatoire du contrat se manifeste indépendamment des obligations qu'il contient, ce qui se vérifie par exemple pour des effets comme la durée du contrat, ou le transfert de propriété, mais aussi à travers les qualités d'exécution du contrat, comme l'exigence de loyauté, le droit de résilier le contrat, etc., là encore indépendant de toute obligation, sans, bien entendu nier la réalité des obligations que le contrat crée par ailleurs.

De ce point de vue le plan choisi par l'ordonnance de 2016, dans la mesure où il

[398] P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ*. 1999, p. 771.

traite des *« effets du contrat entre les parties »* et, en son sein de « *la force obligatoire »* (art. 1193 et s.) puis de *l'effet translatif »* (art. 1196 s.), comme si ces deux seuls contenus étaient produits par un contrat ou, ce qui serait à peine moins grave, comme si ces deux contenus présentaient une quelconque importance.
Par ailleurs, les deux considérations sont présentées de manière parallèles alors que si, par hypothèse, tout contrat présente une formce obligatoire, plus rares ou plus singuliers sont les contrats présentant un effet translatif.

246. Contenu obligationnel et non-obligationnel du contrat. Parmi tous les effets produits, les plus importants sont les effets posés en termes d'obligation, le *contenu obligationnel* du contrat (par opposition au *contenu réel* ou au *contenu temporel*, etc.).
Cela étant, si les obligations font l'objet d'une attention soutenue, la *force obligatoire du contrat* pèse sur l'ensemble du contrat, c'est-à-dire autant sur le contenu obligationnel que sur le contenu non-obligationnel. Par exemple si une obligation d'un contrat n'est pas exécutée, le créancier dispose de mesures, autant de *remèdes* à cette exécution, prévus par le contrat ou les règles supplétives, dont l'exécution forcée de l'obligation. Toutefois cette question se distingue de la question de l'exécution forcée du *contrat lui-même*¸essentielle lorsqu'une obligation est peu discernable (par exemple en matière de promesse unilatérale de contracter (cf. supra), ou encore face à un effet réel ou une clause de durée (un contrat à durée déterminée par exemple qu'une partie discuterait peut faire l'objet d'une exécution forcée, y compris par équivalent).
Encore convient-il de mesurer, de saisir ce contenu. Plusieurs situations peuvent se présenter pour identifier le contenu du contrat.

247. Contenu supplétif. En premier les parties peuvent se contenter de s'accorder sur les éléments essentiels d'un contrat connu, par exemple la chose et le prix dans une vente, la chose, le loyer et la durée dans un bail, etc. Dans ce cas, la détermination du contenu obligationnel est renvoyée celle du contenu supplétif proposé par les règles applicables à ce contrat (C. civ., art. 1583 s., CVIM, etc.), un transfert de propriété et des risques immédiat, une obligation de délivrance et de garantie des vices cachés, etc., au risque qu'un certain nombre de dispositions soient peu adaptées soit peu claires, soit absentes.

248. Contenu exprimé. Les parties peuvent au contraire choisie de rédiger un contrat, qui sera vraisemblablement le fruit d'une négociation, et le résultat de l'exercice de leur liberté contractuelle, sous la réserve, mais contrôlée *a posteriori*, de la validité du contrat ou de telle stipulation au regard de telle règle d'ordre public (il n'existe pas de dieu puissant détruisant *a priori* toute clause illicite dans un contrat). Le contenu obligationnel est alors un ensemble de *clauses expresses*, c'est-à-dire exprimées par les parties.
Il se peut cependant qu'elles aient oublié tel ou tel aspect, de sorte que ce contenu *expressément exprimé* peut voisiner avec un *contenu supplétif*.

249. Contenu implicite. Autre est l'hypothèse où, dans chacun des deux cas précédents, les parties ont, par leur comportement durant l'exécution du contrat, laisser entendre que tel contenu nouveau apparaissait. Par exemple, les parties, dans un bail ont convenu que le loyer devrait être payé le 1er du mois par virement bancaire, mais le loueur a laissé le locataire payer asses systématiquement avec retard[399], voire ne pas payer du tout certains loyers. Dans d'autres cas, les parties à un contrat de vente, ont pris l'habitude de traiter par courriel, sur une base élémentaire d'élément contractuels, par exemple un délai de livraison systématique, un délai de paiement respecté, une clause de préserve de propriété, etc. Dans ces deux cas, les parties, par une pratique prolongée et répétée ont créé ce que l'on désigne souvent comme un *usage contractuel,* mais qui peut être considéré comme un *avenant au contrat*¸ créant un *contenu implicite* du contrat, sous le contrôle du juge qui sera à même, selon que la preuve du comportement est rapportée[400], de considérer ce contenu implicite comme intégrant le contrat.

250. Contenu inhérent. Une quatrième figure est celle dans laquelle les parties ont conclu un contrat avec contenu *supplétif*, parce que, sans doute, le droit supplétif de ce contrat leur convenait, ou bien un contenu *exprimé*, et parfois, dans certains contrats d'affaires, exprimé d'une maière particulièrement complète, voire longue, ou encore un contenu *implicite*. Dans ces trois cas, les parties n'ont, en principe que peu de surprise sur le contenu obligationnel de leur contrat.

Or, il est possible qu'un autre contenu, ou partie du contrat, échappe totalement aux parties parce qu'il existerait un *contenu inhérent au contrat,* des obligations ou des effets qui s'inscrivent par nature et alors de manière automatique, quend bien même elles ne seraient exprimées ni dans la loi supplétive, ni dans le choix exprimé ni par le comportement des parties.

C'est le cas, par exemple, des obligations de renseignement une fois que le contrat est conclu. D'une nature différente des obligations précontractuelles, ces obligations, qui peuvent bilatéralisées, ont parfois un rôle considérable dans la résolution d'un litige. Par exemple, dans un contrat de longue durée portant sur la fourniture de machine, leur entretien et leur réparation, le fait que l'acquéreur rencontre un petit défaut, ne le signale pas, défaut qui s'agrave, toujours sans information au vendeur, et qui finit finalement pas rendre la machine impropre à son usage voire détruite, et qui engagerait alors une action contre le vendeur, pourrait se voir opposer le défaut d'exécution d'une obligation d'information, *exprimée nulle part*, mais qui s'impose, de manière inhérente, au contrat (les juristes le savent depuis la jurisprudence les ayant identifées, mais pas nécessairement le commun des mortels).

La situation est voisine s'agissant du développement des obligations de sécurité dans les contrats de prestation de service, mais également bien d'autres situations. Par exemple lorsqu'une convention d'arbitrage est insérée dans un

[399] Cf. Cass. com. 23 juin 1998, RTDciv., 1998, p. 389, obs. J. Mestre.
[400] Cf. Cass. civ. 3ème, 12 janv. 2005, n°03-17.260, RTDciv. 2006, p. 117.

contrat conclu entre une société A et une société B, il est possible que C, en relation contractuelle avec B, par exemple pour faciliter la conclusion ou l'exécution du contrat C, se retrouve impliqué dans le litige arbitral développé entre A et B par un mécanisme d'extension propre qu droit français de l'arbitrage, sans qu'il n'en ait rien su.

251. Contenu non obligationnel du contrat. Si le Code civil se préoccupe principalement du contenu obligationnel, il n'est oublie pas, dans les dispositions générales du droit du contrat, quelques éléments de son contenu non-obligationnel.

Ainsi, l'article 1124 du Code civil présente l'exemple de « l'option » ouverte au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de ceontracter, les articles 1210 du Code civil envisage la question de la « durée du contrat » distinguant les contrats à durée indéterminée et à durée déterminée, reonnaissant par là une « faculté » de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée (C. civ., art. 1210 et 1211), la faculté de « résoudre le contrat par voie de notification » (C. civ., art. 1226), ou encore « l'effet translatif » dans le contrat (C. civ., art. 1196), reprenant la solution de la vente (c. civ., art. 1583) du principe du transfert automatique et immédiat *solo consensu* de la propriété et des risques : *« Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat »*.

252. Effet translatif. Au-delà de l'article 1196 du Code civil, les articles 1197 et 1198 développent les éléments, en général associés à la vente, liés à l'effet transmatif du contrat. Ainsi, l'article 1196 al. 3 lie le transfert de propriété et des risques : *« Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose »*.

L'article 1197 indique que de ce transfert de propriété, résulte une obligation de délivrer la chose au bénéficiaire du transfert de propriété, qui naît du transfert de propriété et propose donc un décalage entre la propriété, transférée, tandis que la chose est entre les mains de l'auteur de ce transfert (le vendeur par exemple) de sorte qu'il s'agit, comme l'organisait l'ancien article 1137 du Code civil. L'article 1197 indique alors que : *« l'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable ».*

Enfin, l'article 1198 reprend une solution ancienne (C civ., ancien art. 1141) liée à l'hypothèse d'une double cession d'une même chose. Cela peut être volontaire ou involontaire (par exemple au sein d'une entreprise de vente par correspondance). Dans ce cas deux acquéreurs successifs se succèdent. Logiquement, le transfert de propriété, automatique, rend propriétaire le premier acquéreur, de sorte que la deuxième vente devrait être considérée comme une vente sans objet. Une telle solution supposerait que l'on puisse tracer sans équivoque les dates de conclusion du contrat. Plutôt que se livrer à cette solution compliquée, l'article 1198 choisit une solution pragmatique, comme avant 2016 en se fondant sur des éléments d'extranéité de l'appropriation, la mise en possession (chose meuble) ou la publication du titre (chose immeuble) : « *lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur*

droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi. Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ».

253. Principe de la force obligatoire du contrat. Plan. – Le principe de la force obligatoire du contrat est posé par l'article 1104, al. 1er du Code civil : « *Les contrats légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »*.
Ceux qui les ont faits, les parties au contrat, donc (Section 1) (Cf. infra, sur la distinction entre les parties et les tiers), mais aussi l'autre éventuel grand observateur du contrat, le juge ou l'arbitre chargé d'interpréter le contrat (Section 2), pour l'application de l'un des grands principes fondateurs du droit des contrats et, à ce titre, largement discuté dans ses fondements.

Section 1. – La force obligatoire du contrat à l'égard des parties

254. La lettre et l'esprit : loi du contrat, bonne foi contractuelle. – La force obligatoire du contrat est un principe, un fondement qui coordonne l'application du contrat, sa mise en œuvre, son exécution. Celle-ci passe par la réalisation de ses effets.
Certains sont automatiques comme de nombreux effets du contrat : l'effet translatif de propriété, l'existence même des obligations nées du contrat, en principe tout au moins, la présence d'effets comme ceux liés à la durée du contrat, les exigences en termes d'exécution, etc.
D'autres sont volontaires comme les obligations proprement dites, elles peuvent être correctement exécutée, mal exécutées ou totalement non exécutées.

255. Obligation d'exécution du contrat ? Une difficulté repose parfois sur la considération que les parties sont soumises à une *obligation d'exécution du contrat*. Ce n'est pas faux, d'un point de vue général, mais erroné d'un point de vue plus large que celui du droit des contrat.
Par exemple, si A doit exécuter la prestation P auprès de B, et si A ne l'exécute pas, alors B pourra utiliser les ressorts des mécanismes visant à remédier à l'inexécution de l'obligation ou du contrat, par exemple chercher à obtenir l'*exécution forcée* de l'obligation en question. Ce n'est pas la *supposée obligation d'exécution* qui est en jeu, mais, l'obligation non exécutée. Par ailleurs, encore faudra-t-il, si B résiste, que A engage un procès, qu'il triomphe des arguments que B pourraient développer (exception d'inexécution, prescription de l'obligation, nullité de celle-ci ou du contrat, etc.), puis, une fois détenteur d'un titre, qu'il obtienne, par le jeu des voies d'exécution, une mesure de saisie par exemple, l'*exécution forcée réelle* de l'obligation. Où l'on voit que d'une part, cela risque de coûter très cher à A d'obtenir cette exécution forcée et d'autre part que si une obligation d'exécution existe, elle n'est pas très efficace.
Il n'existe donc pas véritablement d'obligation d'exécuter le contrat ou, plus

exactement, cette obligation d'exécution est une sorte de vue abstraite qui explique, mais dans une logique extrajuridique, la raison pour laquelle les parties exécutent spontamment les contrats, la *croyance* en une telle obligation d'exécution, ou bien une norme sociale, ou morale, qui impose à tout un chacun d'exécuter ses contrats, par la conjonction de la connaissance plus ou moins précise des articles 1104 et 2284 du Code civil (le dernier fondant le droit de gage général du profit du créancier).

La même question se pose à propos du *droit* de conclure un contrat, ou du *droit* de le résilier. Il n'existe pas (sauf exception par exemple en matière bancaire, un droit à l'obtention d'un compte comportant les exigences minimales pour le banquier) de droit de créance à la conclusion d'un contrat ou de résilier. De la même manière la *force obligatoire du contrat* ne crée pas une obligation ou une créance d'exécution qui serait distincte du contenu du contrat. Autre en effet est la question de l'exécution, éventuellement, forcée du contrat, par exemple dans le cas d'une promesse unilatérale de contracter, ou d'un contrat de longue durée maladroitement résilié par une partie, mais en ce cas, c'est n'est une obligation distincte qui est en jeu, mais le mécanisme même de l'exécution force du contrat, comme alternative à la résolution du contrat (comp. C. civ., art. 1226, al. 4).

En revanche, il résulte de ce principe obligatoire un effet contraignant qui crée une exigence, celle d'exécution à la lettre du contrat (I) qui n'obère pas un complément, une exigence de sincérité contractuelle, à travers l'exécution de bonne foi du contrat (II), mais également la question de l'adaptation en cas d'imprévision (III), et une « sincérité contactuelle » qui se matérialise également par toute une série d'institutions contractuelles importantes (IV).

I – Effet contraignant

A – Enoncé de l'effet contraignant

256. Exécution à la lettre. – Le contrat présente un effet contraignant : le contrat est la règle du jeu contractuel que se sont choisies et, par l'effet de l'article 1103 du Code civil, imposées les parties. Les effets qu'il va produire vont donc s'imposer aux partenaires sans que ceux-ci aient la faculté de s'en libérer.

Le contrat est, pour cette raison, irrévocable et obligatoire : le contrat doit donc être exécuté, *à la lettre*, en ce sens que c'est la lettre du contrat, lorsque, du moins, celui-ci bénéficie d'un écrit, obligatoire ou volontaire, ce qui est le cas des contrats les plus importants. Le contrat s'exécute alors à travers ses clauses, ses mécanismes, ses effets.

257. Irrévocabilité du contrat. – Obligatoire, le contrat est irrévocable, intangible, en tout cas par une seule des parties et hormis les hypothèses de rupture du contrat qui justifient des observations particulières.

Le contrat, surtout, ne peut faire l'objet d'une renonciation unilatérale, c'est-à-dire d'un retrait par l'une des parties de l'expression de sa volonté. De telles

« renonciations » existent, par exemple sous l'effet d'un « droit de rétractation » légal, comme c'est le cas de la vente par démarchage à domicile ou de la vente à distance conclue avec un consommateur (C. consom., art. L. 121-21) ou de prêt conclu avec un consommateur pour l'achat d'un meuble (C. Consom., art. L. 311-1 et s.), ou conventionnel sous la forme d'une stipulation d'arrhes (C. civ., art. 1590) ou d'une faculté de dédit.

Le retrait par une partie de consentement est, donc, en dehors de ces cas exceptionnel une situation juridique d'une autre nature, une résilition unilatérale du contrat.

Les parties ne peuvent, surtout, modifier unilatéralement le contrat. C'est la conséquence de la formule de l'article 1194 du Code civil, que l'on pourrait traduire ainsi : ce que les parties ont fait, seules les parties peuvent le défaire ou le refaire.

Les parties peuvent donc, ensemble, modifier le contrat : c'est ce qu'on appelle un « *avenant* » au contrat.

L'avenant est un nouvel accord de volontés qui suppose, comme tout accord de volontés, le respect des conditions de fond de celui-ci, encore que l'on admette plus facilement, alors, que le silence, ou le comprtement implicite, vaille consentement.

Il suppose également le respect des conditions de forme, via le respect d'un principe de parallélisme des formes. Par exemple, la modification d'un contrat soumis à l'exigence d'écrit obligatoire doit elle-même se soumettre à cette exigence. Le contrat initial peut d'ailleurs prévoir les conditions de ces modifications par des clauses particulières : clause de renégociation, clause d'adaptation, clause de reconduction ou de prorogation.

Dans certaines hypothèses, la modification est telle qu'elle transforme l'économie même du contrat initial : on assiste alors à la conclusion d'un nouveau contrat, par novation, qui emporte alors la rupture du précédent (exemple d'une location qui se transforme en prêt, et réciproquement).

La modification du contrat n'affecte pas, en principe, le passé : les créances nées et payées l'ont été régulièrement et le demeurent. La modification prendra donc effet au moment où les parties l'auront envisagé.

B. – Objet de l'effet contraignant : contenu et construction du contrat

258. Construction du contrat. – Si le contrat est révélé par le consentement des parties, il peut ne pas être écrit. Il peut s'agir d'un contrat verbal, usuel pour bien des contrats de consommation, voire d'un contrat gestuel, aucune parole n'étant échangée (je saisis une chose dans un étal, je passe à la caisse et présente ma carte bancaire pour payer à l'automate de paiement).

Lorsqu'un écrit se présente**,** nécessaire ou choisi, le contrat se présente alors de manière variée, sous la forme d'un instrument contractuel unique, un contrat écrit, signé, mais parfois aussi sous une forme éclatée, par le biais de divers documents contractuels dont la liaison n'est pas toujours aisée, ou encore de plusieurs contrats distnguées mais rassemblés par des *clauses d'indivisibilité* pour en faire un contrat unique.

Lorsque le contrat se présente de manière unique, il peut, là encore, faire l'objet d'une rédaction diversifiée, parce que ce qui qui est désigné comme « le » contrat est en réalité un ensemble de contrats, par exemple sous lforme d'un contrat principal et de contrats accessoires. Un contrat court se justifie souvent lorsqu'un régime supplétif existe (vente, bail, etc.) et que l'enjeu économique est faible.

Parfois au contraire, c'est un contrat long voire très long comme dans certains contrats internationaux, de manière plus ou moins organisée, sur le modèle des contrats d'affaires américains qui cherchent à refléter la totalité de la volonté des parties, à détailler l'ensemble des engagements.

En outre le contrat est une règle du jeu, destiné à organisé les relations des parties, à gérer les risques du contrat[401] : le contrat gère tous les risques du contrat, assure la prévision contractuelle dans la durée, valide la sécurité juridique que recherchent les parties : plus le contrat est complexe et plus le contrat doit être réfléchi, pensé, dans une logique d'ingénierie juridique qui se retrouve dans certains contrats, les contrats de distribution, les contrats de production dans lesquels des éléments de propriété industrielle sont en jeu, les contrats de joint-venture, les montages juridiques les plus divers[402], comportant souvent des annexes contractuelles nombreuses, souvent des contrats accessoires, etc.

On ne saurait, ici, envisager toutes les situations contractuelles possibles, mais simplement, et de manière subjectivement et non académiquement sélectionnées, quelques clauses et obligations usuelles dans les contrats. L'ensemble participe d'une logique d'ingénierie contractuelle, de technique contractuelle[403].

259. Clauses contractuelles. – Les rédacteurs de contrats, professionnels du droit ou non, organisent la contruction du contrat autour de mécanismes appelés *clauses*, dont la détermination n'est pas evidente. On considère souvent les clauses comme des éléments d'un contrat, une de ses parties souvent rédigée de manière cohérente, dépendant le plus souvent de celui-ci, mais point nécessairement.

Une clause de confidentialité par exemple se présente souvent comme un contrat de confidentialité, comme il existe de tels engagements (engagement de confidentialité, de non-divulgation, *non divulgation agreement*, etc.). Il en est de même d'une clause compromissoire, tellement autome d'ailleurs qu'elle résiste à la nullité du contrat, que, dans una contrat international, la loi applicable à la clause compromissoire n'est pas nécessairement celle du contrat, etc.

De ce point de vue certaines clauses se présentent de manière très contruites. Elles peuvent effectivement être très rédigées et s'organiser comme une convention avec des éléments précisés sur son déclancement, son

[401] Cf. J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », *RTD com*. 1988, p. 481.

[402] D. Poracchia, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, PUAM, 1998.

[403] Cf. J. M. et P. Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, Ed. F. Lefebvre, 2005.

développement, son dénouement[404]. Toutefois, un tel développement littéraire n'est pas toujours nécessaire. Ainsi, certaines clauses sont connues du système juridique dans lequel elle s'intègre. Par exemple une clause compromissoire qui dirait « Arbitrage – Paris », serait parfaitement valide et efficace : on en déduite que les parties ont décidé de soumettre leur litige à un arbitrage et que son siège est situé à Paris. Toutefois une rédaction plus soignée est recommandée. Par exemple la clause qui préciserait « non concurrence-distributeur » dans un contrat de distribution, sans plus de précision ne serait pas nécessairement considérée comme renvoyant aux conditions minimales de validité de celle-ci, et risquerait très très critiquée, non sans quelque raison, par son débiteur.

D'autre clauses sont dites clauses, mais n'en sont pas nécessairement dans le sens précédent. Par exemple, la phrase, dans un contrat « clause de prix : le prix est fixé à 1000€ » serait certainement désignée comme une *clause de prix*, alors pourtant qu'elle précise simplement une tehcnique de détermination du prix, mais on se sait rien de l'exibilité du prix ou de la méthode de paiement.

Ce que l'on appelle *clause* donc, n'est pas nécessairement une forme détachable, articulée, d'un contrat, ni un support redondant d'effets ou d'obligations. Une clause est identifiée comme un ensemble de mots, de phrase, mais surtout comme une entité plus ou moins complexe, plus ou moins cohérente, plus ou moins autonome du contrat. Par ailleurs bien d'autres éléments du contrat ne sont pas considérés comme des clauses, comme le titre du contrat, son préambule, etc.

Nous allons alors envisager quelques unes de ces clauses, du moins celles qui n'apparaîtront pas par ailleurs. Par exemple, les clauses relatives à la réparation, en cas d'inexécution ou les clauses de rupture, seront observées de manière plus globale et plus précise à l'examen de ces questions.

260. Les éléments encadrant le contrat : titre, préambule, langue, définitions, durée, loi applicable, etc. – Le *titre* du contrat, en premier[405]. Presque tous les contrats, pactes, convention, protocole, engagements, portent un titre, souvent très simple et renvoyant à une formule connue d'une loi quelconque, du Code civil ou d'une loi annexe, contrat de vente, contrat de bail, contrat de crédit-bail, etc. bien des contrats, cependant, disposent d'un titre de fantaisie, parce que le titre ne renvoie à aucune régime connu de la loi. Dans tous les cas, le titre ne lie pas le juge, mais plus certainement lorsqu'il s'agit d'un titre ne renvoyant à aucun régime légal. Or, c'est le cas de bien des contrats d'affaires, pourtant bien connus de la doctrine ou de la jurisprudence, comme les contrats de distribution, contrats de franchise, de concession, d'approvisionnement, etc. Ces titres pourraient aussi bien être remplacés par d'autres, contrat de partenariat, contrat de distribution exclusive, contrat de coopération, etc. L'ensemble de la question est bien entendu à rattacher à l'exercice de qualification, qui consiste à rattacher

[404] Cf. Ph. Delebecque, « Clausula, clausulae, clausularum », in *Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 33, M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2 parties) » *RDC* 2006, p. 1051 et 2007, p. 239.

[405] Cf. J.-M. et P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, *Technique contractuelle*, op. cit. n°108 s.

un contrat à une catégorie juridique modèle qui détermine son régime juridique. D'ailleurs, le juge est, d'après l'article 12 du Code de procédure civile, chargé de procéder à cet exercice de qualification ou de requalification.

Le *préambule* ensuite est très usuel. Il révèle des informations sur le passé des parties, leur négociation ou l'histoire de leur relations, des circonstances qui ont participé à la conclusion du contrat, l'existence de liens avec d'autres contrats, illustrant peut-être une hypothèse d'indivisibilité, mais également sur l'avenir, en fournissant les objectifs des parties et, partant, quelques éléments sur la cause, au sens ancien de la cause subjective, du contrat, la ou les raisons pour lesquelles les parties ont contracté. L'utilité du préambule est souvent soulignée ; sa dangerosité l'est rarement alors même que la fourniture d'informations de manière irréfléchie peut conduire à des effets peu désirés.

Le choix de la *langue* du contrat[406] est tout à fait fondamental dans la mesure où elle correspond généralement avec celle de la procédure et où une langue véhicule des concepts de façon particulière, impliquant l'interprétation du contrat. La loi du 4 août 1994, dite loi « Toubon », impose l'emploi de la langue française, sans exiger que les contrats de droit privé soient intégralement rédigés en français, ce qui permet de douter de sa réelle portée normative sauf dans les relations avec les consommateurs ((C. consom., art. R. 112-8), même si une autre langue peut être adjointe. De fait, nombre de contrats ou de clauses utilisent un titre anglais : le contrat de *management* ou de *franchising*, de *licensing*, etc., la clause d'*earn out*, dans les cessions de titres sociaux, qui fait dépendre une partie du prix des parts d'une société des performances de cette dernière pendant une période ultérieure déterminée[407], les clauses de *hardship* qui instituent un mécanisme de révision ou d'adaptation en raison du changement des circonstances économiques de l'exécution du contrat, validant les logiques liées à l'imprévision dans le contrat, etc.

Par ailleurs, depuis la mise en place de la chambre commerciale internationale du tribunal de commerce de Paris et de la Cour d'appel de Paris, depuis 2019, les parties peuvent à travers un protocole particulier, produire des pièces en langue étrangère (en anglais notamment) sans avoir à les traduire (pour peu que les magistrats en maîtrisent la langue) voire plaider dans cette langue.

Les *définitions* et les *déclarations* sont souvent placées en tête du contrat. Les définitions apportent pour assurer une terminologie commune pour certains termes techniques du contrat, les objets contractuels, les services, les performances attendues, ne serait-ce qu'en raison des différences entre les différents systèmes de mesure, etc.

Les déclarations constatent un certain nombre de points de départ de l'exécution du contrat, l'existence de parts sociales ou de titres, l'existence d'immeubles, de fonds de commerce, de savoir-faire, etc. Dans certains systèmes juridiques, les

---

[406] Cf. J. Julien, « La langue française et le contrat », *Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 465, J.-M. Mousseron et P. Mousseron, « La langue du contrat », *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec 1999, p. 219 s. Adde B. Fages, La rédaction du contrat, in Droit du contrat (Dir. B. Fages), Ed. Lamy, étude 170.

[407] Cass. com., 10 mars 1998, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 464, note A. Couret, *RTD civ*. 1998, p. 899, obs. J. Mestre.

conséquences de telles déclarations sont très importantes.
En droit anglais par exemple, le « Misrepresentation Act » de 1967 sanctionne ces déclarations selon l'intensité de la fausseté que l'on peut mesurer (« fraudulent, negligent ou innocent »). Plus le contrat est complexe et plus des définitions rendent compréhensibles le contrat.
La *durée* de la relation contractuelle fait également l'objet de clauses particulières : la durée s'exprime aisément, durée déterminée ou indéterminée, mais d'autres clauses l'accompagnent : clauses de reconduction, de prorogation, pour poursuivre un contrat à durée déterminée, clause de résiliation pour le rompre.
Enfin la question de la loi applicable, souvent placée en fin de contrat, s'impose, dans un contrat international bien entendu, en vertu du principe d'autonomie permettant aux parties de retenir la loi de leur choix et, éventuellement, en droit interne, de même que le choix d'une technique de résolution du litige, médiation préalable ou pas, obligatoire ou facultative, arbitrage ou juge étatique désigné, etc.

261. Clauses relatives à l'objet, opération contractuelle. – La désignation de l'objet (c'est-à-dire, pour envoyer à la formule de l'article 1163, de l'objet de la prestation) est très importante dans le contrat, ne serait-ce que pour désigner précisément la chose ou la prestation devant être réalisée, sur la base de laquelle sera appréciée la conformité de l'exécution des obligations des parties. De même trouve-t-on des clauses relatives à la modification de la chose, ou des clauses de tolérance, en cas de transformation de l'offre du vendeur, par exemple, souvent contrariées par le droit de la consommation (C. consom., art. R, 212-2).
Associées à ces clauses, se retrouvent les clauses qui ont pour objet cette chose : clauses de livraison, clauses d'exécution, etc., mais également les clauses relatives au transfert de propriété et au transfert des risques[408] : en principe le transfert de propriété et des risques liés à la chose s'opère dès l'échange du consentement, sur le modèle de la solution dans la vente (C. civ., art. 1583). Des clauses peuvent, dans un premier temps, séparer ces deux moments et, dans un second temps, anticiper le moment du transfert de propriété ou des risques ou le retarder. Deux exemples pratiques sont très fréquemment utilisés. La clause de réserve de propriété, en premier lieu, est une clause qui retarde le transfert de propriété au moment du paiement du prix, lorsqu'un délai de paiement est accordé à l'acheteur. Valable, ces clauses révèlent leur intérêt en cas de faillite de l'acheteur, le vendeur demeurant propriétaire et espérant revendiquer la chose vendue mais non payée : la clause de réserve de propriété est alors strictement réglementée pour permettre cet effet (C. com., art. l. 624-16, al.2) et la rendre opposable aux autres créanciers. Le second exemple repose sur les usages du commerce international, à travers la technique des *Incoterms* (International Commercial Terms), définis par la Chambre du Commerce International et qui définissent,

[408] Cf. D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 6ème éd. 2008, n°123s.

via des Code de trois lettres (vente Cif, Cost, Insurance and Freight, vente FOB, Franco on board, etc.) les moments du transfert des risques, à l'acheteur, en liaison avec la conclusion et l'exécution d'un contrat de transport, souvent maritime[409].

262. Clauses et obligations relatives au prix. – Au-delà des questions relatives à la détermination du prix (Cf. supra), la fixation du prix permet de distinguer monnaie de compte et monnaie de paiement. La monnaie de compte est celle qui permet le calcul du prix ; inversement, la monnaie de paiement est celle dans laquelle le paiement s'effectuera. La monnaie de paiement est nécessairement la monnaie nationale, l'euro, et la monnaie de compte est également la monnaie nationale, sauf dans les contrats internationaux, pour autant que la loi du contrat le permette[410].

Les techniques contractuelles de construction des clauses de prix sont extrêmement variées : prix forfaitaire ou prix proportionnel, prix exprimé définitivement ou dépendant de la survenance de conditions, clauses de prix catalogue désormais validées, clauses de prix de marché plus douteuses si elles ne reposent pas sur un marché déterminé, etc.

Par ailleurs, le prix est susceptible de varier, dans les contrats de longue durée. Les clauses d'indexation permettent par exemple un ajustement du prix en fonction d'indices de référence, souvent les coûts de fabrication. Ces clauses sont strictement réglementées depuis 1958 (CMF, art. L. 111-1 à 112-4), à l'envers. En effet, elles sont en principe interdites, et notamment les clauses prenant pour indice de référence, le SMIC, un indice fondé sur le niveau général des prix et des salaires, sauf les clauses retenant un indice en relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties (CMF, art. L. 112-2).

263. Clauses de durée. – La durée du contrat est une donnée permanente, même le contrat de vente, perçu comme un contrat à exécution instantanée, ce qui est exact pour les ventes de choses de consommation (à tous les sens du terme) est moins vrai pour d'autres choses dont l'utilité s'inscrit dans la durée. Le vendeur doit alors une garantie que la loi fixe à un minimum de deux ans. Pour tous les autres contrats, la durée du contrat est essentielle : le contrat, une fois conclut entre en vigueur[411], aussitôt, à moins que les parties aient prévu une date postérieure, auquel cas le contrat entre en vigueur le jour dit à minuit, voire une date antérieure, soit pour conforter une activité déjà commencée, soit des raisons extérieures, fiscales par exemple, comme dans certaines opérations intéressant le droit des sociétés, où il peut être utile que l'entrée en vigueur d'un contrat corresponde à l'exercice fiscal des parties.

Nous retrouverons ces questions à l'examen de la rupture du contrat ou du terme

[409] Cf. D. Mainguy, « Les opérations du commerce international » in J. Béguin et M. Menjucq (dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005, n°1068 s.
[410] Cf. Cass. civ. 1ère, 12 janv. 1988, *D*. 1989, p. 80, note Ph. Malaurie, pour le droit français.
[411] Cf. T. Revet, « La prise d'effet du contrat », *RDC* 2004, p. 29.

(Cf., infra), mais il est important de noter que la durée du contrat est, en principe, indépendante de la durée des effets du contrats pris un par un : dans un bail par exemple certains effets ont la même durée que le contrat (l'obligation du bailleur de fournir la chose louée), d'autres ont des durées périodiques (obligation de payer le loyer), d'autres des durées instantanées (obligation d'effectuer une réparation), d'autre encore naissent à la rupture du contrat (éventuelle obligation de non-concurrence), etc.

264. Clauses relatives à l'activité des contractants : clauses d'exclusivité et de non-concurrence. – Dans les contrats complexes, notamment les contrats d'affaires, l'opération contractuelle détermine l'activité des parties : le contrat de franchise assure au franchisé la compétence contractuellement reconnue d'exerce l'activité développée par le franchiseur, le contrat de concession exclusive assure au concessionnaire qu'il est reconnu apte à vendre les produits du concédant, le contrat de distribution sélective détermine les conditions pour qu'un distributeur vende les produits du fabricant, le contrat de licence de marque assure au licencié la capacité d'utiliser et reproduire la marque du concédant, etc. Cette activité est organisée par différentes clauses que l'on retrouve assez systématiquement : clauses d'objectif, clauses de rendement, clause de quota et deux clauses plus particulières, la clause d'exclusivité et la clause de non-concurrence.

265. Clause d'exclusivité. – La clause d'exclusivité est une formule très usitée dans divers contrats[412], les contrats de distribution, notamment, les contrats d'exercice médical parfois[413], certains contrats de travail, les contrats d'entremise, les contrats d'édition, les contrats portant sur des droits de propriété industrielle, etc. Elle peut se définir comme la convention par laquelle le débiteur d'exclusivité s'oblige à n'effectuer une prestation déterminée (travailler, se fournir, approvisionner, etc.) qu'à l'égard du créancier d'exclusivité. Elle assure donc un lien privilégié, prévisible, sécurisant, avec le créancier d'exclusivité et en même temps une exclusion, tous les autres, de telle manière qu'elle peut être considérée comme dangereuse, notamment sur le terrain du droit de la concurrence. Cela étant c'est essentiellement dans les contrats de distribution que la question pose difficulté. On y trouve des clauses d'exclusivité unilatérale ou réciproque, chacun étant tenu exclusivement à l'égard de l'autre, impliquant une dimension territoriale, des clauses exclusivité territoriales, simple, renforcée ou absolue ces dernières étant sévèrement sanctionnées en droit de la concurrence, selon la rigidité de l'exclusivité stipulée. En principe valable, sous réserve de l'application des règles du droit de la concurrence, la clause d'exclusivité est parfois réglementée dans sa durée. L'article L. 330-1 du Code de commerce limite en effet à dix ans pareilles

[412] Cf. G. Parléani, « Les clauses d'exclusivité », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM 1990, p. 56.
[413] Cf. V. Dorsner-Dolivet, « Les clauses d'exclusivité entre médecins et cliniques », *Méd. & droit*, 1994, n°4, p. 19.

clauses, lorsqu'elles ont pour objet une vente de choses ou un bail, solution élargie aux contrats d'approvisionnement voire à touts les contrats imposant des ventes, le dépassement étant sanctionné par la limitation à la durée maximale ([414]). Ces clauses sont souvent couplées avec des clauses d'objectifs, des clauses de minima ou des clauses de rendement. Au-delà, cependant, les clauses d'exclusivité peuvent-elles être contrôlées ? Ces clauses imposent une action, exclusive, et une abstention et justifient l'existence d'une contrepartie, une cause particulière, qui peut être l'engagement réciproque du contractant ou un soutien financier, etc. comme l'exemple des contrats de distribution le montre, mais elles constituent également une limitation au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, de telle manière que, comme les clauses de non-concurrence, elles doivent sans doute, quoique aucune décision ne l'ait encore précisé, être indispensables à l'objectif économique déterminé par le contrat et être proportionnées à celui-ci, de telles sorte des durées trop longues, des champs d'exclusivité trop vastes, peuvent être contenus, même en dehors du champ d'application des règles plus haut visées ou de l'application de celles- du droit de la concurrence.

266. Clause de non-concurrence. – La clause de non-concurrence est très présente dans les contrats d'activité, souvent des contrats de distribution ou de travail[415]. Elle impose à son débiteur de ne pas exercer une certaine activité, décrite dans la clause, souvent pendant une certaine durée et dans un certain territoire. Elle peut s'inscrire dans la durée du contrat, par exemple comme complément dune clause d'exclusivité. Si, en effet, le mécanisme de l'exclusivité implique une exigence de non-concurrence, celle-ci ne vaut que pour l'objet de la clause d'exclusivité.
Cependant, c'est surtout la clause de non-concurrence post contractuelle qui pose difficulté. Valable par principe au regard du principe de liberté contractuelle ([416]), elle risque cependant d'entraver l'exercice, par son débiteur, de la liberté du commerce ou du travail, de telle manière que sa validité est encadrée, sinon par la loi (Cf. C. trav. Art. L. 124-2) du moins par un certain nombre de règles, longtemps envisagées de manière objective (limitation de l'activité interdite ([417]), dans le temps et dans l'espace) et aujourd'hui en

[414] Cass. com., 10 févr. 1998, RDLA 1998/4, n°212, obs. P. Storrer, *RTD civ*. 1998, p. 365, obs. J. Mestre, *JCP* éd. E 1998, p. 894, note L. Leveneur.
[415] Y. Serra, *L'obligation de non-concurrence*, Sirey, 1970, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991 ; J. Amiel-Donat, *Les clauses de non-concurrence en droit du travail*, Litec, 1988 ; J.-L. Bergel , « Les clauses de non-concurrence en droit positif français », *A. Etudes Jauffret*, 1974, p. 21 ; C. Champaud, « Les clauses de non-concurrence (ou comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler) », *RJ com*. 1986, p. 161 ; D. Vidal, « Les clauses de non-concurrence », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 83.
[416] Cf. Cass. soc. 6 déc. 1967, *Bull. civ.* V, n°761 : « *attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, qu'une clause de non-concurrnce est en principe licite ».*
[417] Cf. Cass. civ. 2 juill. 1900, *DP* 1901, 1, 294 : *« La liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie peut être restreinte par ds conventions particulières, pourvu que ces conventions*

respectant un principe de proportionnalité (cf. supra, n°152). Outre les exigences communes à toute convention, une clause de non concurrence doit ainsi être proportionnée au regard de l'objet du contrat et de l'intérêt légitime à protéger, de manière à ne pas empêcher le débiteur d'exercer toute activité professionnelle ([418]). C'est ainsi que la limitation dans le temps se justifie, à défaut l'interdiction serait perçue comme perpétuelle, et dans l'espace mais aussi quant à l'activité prohibée, le tout contrôlé de manière générale, avec une certaine subjectivité[419]. Il suffit donc de démontrer que malgré ces limitations, la clause n'est pas proportionnée aux intérêts légitimes à protéger pour obtenir sa nullité, voire sa réduction. En droit du travail, en outre, la validité de la clause de non-concurrence est conditionnée par l'existence d'une indemnisation du salarié depuis 2002[420].

267. Clause de secret, de confidentialité. – Les clauses de secret, de confidentialité, de non-révélation d'information, de non-divulgation, de « *non disclosure »* sont également des clauses très fréquentes dans les contrats d'affaires. Elles imposent à celui à qui une information a été révélée de ne pas la révéler à son tour. Elles concernent surtout les informations techniques, commerciales ou financières, pendant la durée d'une convention, parfois ensuite, voire au moment de la négociation d'un contrat[421]. Ces clauses s'avèrent essentielles, même lorsque les informations objet de l'obligation de secret sont susceptibles d'une protection par le brevet, la marque ou un autre droit de propriété intellectuelle et, *a fortiori* à défaut, s'agissant de savoir-faire commercial ou technique, en raison de l'insuffisance de la protection offert par ces régimes, et, en toute hypothèse, tardif. Ces clauses sont parfois confondues avec des clauses de non-concurrence notamment lorsque, au secret s'ajoute une obligation de non-exploitation de l'information confiée. Toute la difficulté se situe alors dans la rédaction d'une *bonne* clause de secret, c'est-à-dire efficace, étant entendu que ces clauses sont considérées comme valables par principe[422] sous réserve, parfois, d'incompatibilité avec le droit de la concurrence ou lorsqu'elles sont associées à une clause de non-concurrence.

268. Clauses et obligations relatives au litige. – Bien des clauses du contrat intéressent le litige, que ce soient les classiques clauses attributives de juridictions ou les clauses compromissoires, dont l'autonomie a déjà été

n'impliquent pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitées quant au temps quant au lieu ».

[418] Cf. Cass. com. 9 juill. 2002, *Contrats, conc. consom*. 2003, n°5, obs. M. Malaurie-Vignal.

[419] Cf. par ex : Cass. soc. 14 mai 1992, *Bull. civ.* V, n°309, p. 350, note Y. Serra ; Cass. com. 4 mai 1993, *Bull. civ.* IV, n°172 ; Cass. com. 4 janv. 1994, *D*. 1995, p. 205, note Y. Serra, *RTD civ*. 1994, p. 349, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 1ère, 11 mai 1999, *Contrats, conc. consom*. 1999, n°137, obs. L. Leveneur.

[420] Cf. Cass. soc. 10 juill. 2002, *JCP* éd. E, 2002, 1511, note D. Corrignan-Carsin.

[421] Cf. M. Vivant, « Les clauses de secret », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 101.

[422] Cf. Cass. civ., 1ère, 12 avr ; 1976, *Bull. civ.* I, n°124 ; Cass. civ. 1ère, 13 nov. 1996, *RTD civ*. 1997, p. 424, obs. J. Mestre.

soulignée mais aussi bien des stipulations que nous rencontrerons, clauses limitatives de responsabilité, clauses pénales, etc.
Les clauses plus spécialement adaptées à la gestion d'un litige sont appelées clauses de différend[423] et sont très variées ; elles peuvent inciter à l'exécution loyale du contrat, elles peuvent consister en des mesures d'expertise, en des mesures d'arrangement amiable, elles peuvent limiter le pouvoir d'appréciation du juge[424] comme l'illustre l'exemple des clauses d'intégralité[425] ou porter sur le litige lui-même, clauses de non recours plutôt rejetées en principe[426], clauses attributives de compétence ou clauses organisant un mode alternatif de règlement du litige, dont les clauses compromissoires, lorsqu'elles sont valables.
Observons rapidement les clauses attributives de compétence ne le sont pas à l'égard d'un non commerçant et que, entre commerçants, elles doivent apparaître de manière évidente, que les clauses proposant un mode alternatif de règlement des litiges sont suspectes, comme clauses abusives, à l'égard d'un consommateur dès lors qu'elles imposent un recours exclusif à cette solution alternative (C. consom., art. L. 212-1, al. 3) mais valables à défaut[427] et que les clauses compromissoires sont valables par principe lorsqu'elles concernent un contrat conclu entre professionnels. Ces clauses créent deux obligations parallèles, d'une part l'obligation de saisir l'arbitre en cas de litige et, d'autre part et de manière corrélative, l'obligation de ne pas saisir un juge étatique.
Les clauses de conciliation, d'arrangement amiable, de négociation préalable à toute action, etc., quel que soit le nom qu'on leur donne et la procédure choisie (recours à tiers ou arrangement amiable entre les parties) imposent elles-aussi leur respect : obligation de recourir à la procédure choisie, devoir de l'exécuter de bonne foi, et, corrélativement, l'obligation de ne pas saisir le juge ou l'arbitre pendant le déroulement de la procédure d'arrangement[428] à condition que l'intention de faire de cette procédure un préalable ressorte clairement de la clause[429], qui rend irrecevable une action en justice[430].

II. – Exécution de bonne foi du contrat et suites du contrat

[423] Cf. L. Cadiet, *Clauses relatives aux litiges*, *J.-Cl. Contrats-distribution*, Fasc. 190.
[424] Cf. M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, PUAM, 2006.
[425] Cf. M. Lamoureux, « La clause d'intégralité en droit français, anglais et américain », *RDLC* 2007/35, n°2418. La clause d'intégralité ou « clause des quatre coins » est une clause par laquelle les parties considèrent que l'intéralité de la substance contractuelle est contenue dans le document intégrant la clause, excluant ce faisant les documents préparatoires, lettres, etc.
[426] Cf. Ph. Grignon, « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges Mouly C.*, t. II, 1998, p. 115. Comp. C. consom., art. L. 132-1, al.3.
[427] Cass. civ., 1ère, 1er févr. 2005, *JCP* 2005, I, 183, *RLDC* 2005/14, nº 572.
[428] Cass. ch. mixte, 14 février 2003, *Bull. ch. mixte*, nº 11 ; *JCP* 2003, I, 128, nº 17, obs. L. Cadiet, *D.* 2003, 1386, note P. Ancel et M. Cottier, *Rev. Arb.* 2003, 403, note Ch. Jarrosson, *RTD civ.* 2003, 294, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 349, obs. R. Perrot ; *RDC* 2003, p. 182, obs. L. Cadiet, p. 189, obs. X. Lagarde ; Cass. civ. 1, 6 mai 2003, *JCP* 2003, II, 10021, note Colson ; Cass. com., 17 juin 2003, *Bull. civ.* IV, nº 101.
[429] Cass. civ. 1ère, 6 févr. 2007, *Bull. civ.* I, à paraître, *Procédures* 2007, nº 76, obs. Perrot R.).
[430] Cass. ch. mixte, 14 février 2003, préc.

A. Identification et fondement de l'exécution de bonne foi

269. Article 1104 et article 1194 C. civ. – Les contrats sont négociés, formés et exécutés de bonne foi, dispose l'article 1104 du Code civil[431], en tout début des règles nouvelles issues de la réforme de 2016, faisant du trio formé par les articles 1102, 1103 à 1104, principe de liberté contractuelle, principe de la force obligatoire du contrat et principe de bonne foi, des principes directeurs de celui-ci. La formule, celle de l'ancien article 1134, al. 3 du Code civil avait été (un peu) oubliée jusqu'à son réveil au cours des années 1990 à l'occasion de la découverte par les juges – sous couvert d'interprétation du contrat ou du droit des contrat – d'obligations que les parties n'avaient pas explicitement envisagées : exigence de loyauté, obligation de coopération, de renseignement[432] voire des obligations encore plus spécifiques dans certains contrats d'affaires. Le droit français est d'ailleurs rejoint dans cette entreprise par les Principes Unidroit (art. 1.7), ou les PEDC (art. 1:201).
L'ancien article 1134, al. 3 et désormais l'article 1103 du Code civil se conjugue alors avec l'article 1194 (ancien article 1135) du Code civil qui dispose que *« Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi »* (formule unpeu différente de celle de l'article 1135 qui indiquait que le contrat comprend, outre la lettre du contrat, les *« suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à la l'obligation d'après sa nature »*[433]. S'agissant des lois, il s'agit des règles impératives qui s'imposent même lorsque le contrat est muet, comme en droit de la consommation, ou des règles supplétives dont les parties se sont contentées. S'agissant des usages, il s'agit, ou bien des usages réglementaires (la coutume) comme la règle de la solidarité passive ou de l'anatocisme, capitalisation des intérêts, en matière commerciale) ou bien des usages contractuels, qui sont des règles habituellement suivies par les professionnels pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat et dont on peut considérer que les parties s'y sont tacitement référées[434]. S'agissant de l'équité[435], c'est le grand mystère : le juge doit-il se transformer en justicier, en moralisateur (et de quelle justice, de quelle morale) ou bien peut-il utiliser, l'équité comme technique corrective, c'est généralement le rôle qu'on lui accorde, exactement comme la bonne foi. Même si l'équité n'est pas considérée comme une source de droit[436], la jurisprudence s'y est souvent référé, par exemple pour justifier l'existence des obligations d'information (cf. supra) ou bien les obligations de sécurité (Cf. infra), via une

[431] Et repris in C. com. art. L. 134-4 pour le contrat d'agent commercial, C. trav. art. L. 120-4 (1222-1 au 1er mars 2008), pour le contrat de travail.
[432] Y. Picod, « Le devoir de coopération dans l'exécution des contrats », *JCP* 1988, I, 3318.
[433] Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, C. Mouly, *L'article 1135 du Code civil*, Litec, 2005.
[434] Cf. Cass. com.9 janv. 2001 (2 arrêts), *JCP* éd., E, 2001, p. 1337, note L. Leveneur.
[435] Cf. C. Albigès, *De l'équité en droit privé*, LGDJ 1998.
[436] Cf. Cass. soc. 4 déc. 1996, *Bull. civ*. V, n°421, *JCP* 1997, I, 4064, note L. Cadiet, *RTD civ*. 1998, p. 221, obs. N. Molfessis.

interprétation volontariste du contrat, un véritable « forçage »[437] du contrat, selon la formule très célèbre de Josserand.

270. Conception de la bonne foi dans l'exécution du contrat. – La bonne foi dans l'exécution du contrat, qu'elle repose sur l'article 1104 ou qu'elle résulte de l'équité de l'article 1194 du Code civil connaît aujourd'hui un regain très important ainsi que l'illustrent plusieurs décisions récentes.

Certains auteurs soulignent plus particulièrement l'intensité de cette exigence, exigence que certains auteurs n'hésitent pas à transformer en obligation[438], *obligation de loyauté* ou *obligation de bonne foi*, alors même que cette « obligation » de loyauté ne peut trouver à exécution. Il s'agit plutôt d'une directive d'interprétation du contrat ou de comportement des parties, qui peut aller jusqu'à considérer que telle obligation doit, ou aurait dû, être exécutée de telle manière, voire la création d'obligation, via une interprétation sinon volontariste du contrat, du moins fondée sur l'attente légitime du contrat, sur l'existence d'*obligations inhérentes* au contrat, sur le rejet de comportements oppotunistes.

C'est d'ailleurs tout le sens des divergences d'opinion marquées en doctrine. Pour les plus convaincus par l'exigence de moralité que l'article 1104 imposerait, il en résulterait même un *devoir de sacrifice* de ses propres intérêts au profit de son cocontractant[439] selon la formule, elle aussi très célèbre, de Demogue. Ces manifestations jurisprudentielles révéleraient, écrit-on parfois, le souci de protéger l'une des parties, celle réputée la plus faible, en raison du déséquilibre né de la différence de puissance économique des contractants[440] ou en raison d'un appel à l'équité, voire au contrat moral[441], en tout cas dans une considération sociale du contrat.

D'autres y décèlent surtout une consolidation de la force obligatoire du contrat. Respecter le contrat comme loi des parties est inutile si le contrat ne reflète pas l'intérêt des contractants : le contrat fait la loi des parties, c'est entendu, mais ce n'est pas une « loi » d'airain. La formule indique simplement que le contrat est obligatoire. Or, cette obligatoireté suppose que les parties y trouvent un intérêt partagé et donc que *chacune* des parties exécutent le contrat de bonne foi, – la

---

[437] Cf. L. Josserand, note sous Lyon, 7 déc. 1928, *DP* 1929, 2, 17, adde L. Leveneur, « Le forçage du contrat », *Dr. & patr*. 1998, n°58, p. 69.

[438] « *obligation de se soucier de la situation de l'autre partie"* (Ph. Le Tourneau, *La bonne foi, Rep. Civ. Dalloz,* 1995, n°44 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997.357.

[439] Le contrat étant un « *haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre justice à l'autre", (...) "la bonne foi de l'article 1134 c'est la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère »* (A. Sériaux, *Droit des obligations,* Puf, coll. « Dr. fond. », n°55). « *Aidez-vous les uns les autres »* (D. Mazeaud, « Rapport de synthèse au 94ème congrès des notaires »*,* in *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique,* Defrénois 1998, art. 36874.

[440] Cf. par exemple, G. Virassamy, *Les contrats de dépendance,* LGDJ, 1986.

[441] Cf. S. Darmaisin, *Le contrat moral, contribution à l'étude de la règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1999, n°117s.

bonne foi pouvant aller d'une considération élémentaire, c'est-à-dire conforme aux usages, à ce qui est raisonnablement et ordinairement attendu, jusqu'à une considération sacrificielle, selon l'interprétaton choisie. Il n'y a donc pas opposition mais complémentarité, entre l'article 1103, et son caractère obligatoire, et l'article 1104.

Pour être plus précis on peut formuler quelques remarques.

En premier cette considération de la bonne foi comme imposant quelque chose relevant d'un comportement *positif* n'est pas universelle. Dans la tradition juridique anglaise, par exemple, exécuter le contrat de bonne foi, c'est l'exécuter à la lettre, c'est-à-dire en respectant l'intention des parties, dont la recherche prend, dans les litiges contractuels, une place considérable. Par conséquent est de mauvaise foi celui qui prétend que le contrat devrait s'exécuter d'une manière qui étend ou restraint la portée du contrat. L'exact contraire de la présentation française.

Ce mouvement s'effectue, ensuite, au sujet des contrats les plus importants, les contrats d'affaires, les contrats relationnels[442]. Sans doute, l'exigence pèse sur tous les contractants y compris la partie faible d'un contrat, le distributeur[443], le salarié[444], le consommateur, ce qui réduit considérablement la portée de la conception plus haut envisagée. Elle concerne tous les contrats, toutes les conventions, mais révèle toute son ampleur dans les contrats d'affaires, elle s'envisage, non seulement lors de l'exécution du contrat mais également au stade de sa formation[445] et de son extinction.

Selon une première façon de raisonner, la loyauté, la bonne foi permettent alors l'émergence de solutions nouvelles de nature à contrebalancer la traditionnelle plénitude de l'article 1103 du Code civil, elle-même reposant sur le mythique principe d'autonomie de la volonté. A la conception individualiste du contrat fondée sur l'article 1104 se substituerait une conception solidariste[446] appuyée sur l'article 1104 et l'article 1194 que Demogue avait mis en valeur au début du XXème siècle[447] et qui est d'ailleurs moins en rupture avec l'aarticle 1103 que l'on pourrait le penser. L'article 1104 n'est pas en concurrence avec l'article 1103, en ce sens qu'il faudrait arbitrer, systématiquement entre l'application de l'un ou de l'autre ; tout au contraire il le complète harmonieusement en formant un seul bloc[448].

Ce deuxième point de vue suppose une conception davantage fondée sur une

---

[442] Et V. supra, n°55 s., pour une présentation et une justification.

[443] Cf. Paris, 19 janv. 2001, *RTD civ*. 2001, p. 360, obs. J. Mestre et B. Fages.

[444] Cf. Cas. Soc. 6 févr. 2001, *JCP* éd. E, 2001, p. 1194, note C. Puigelier, *RTD civ*. 2001, p. 880, obs. J. Mestre et B. Fages, Cass. soc. *Bull. civ.* V, n°159.

[445] J. Mestre, obs. in *RTD civ*. 1989.738.

[446] Cf. Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat*, *Dr. & Patr*. 1998/4, p.46.

[447] Cf. R. Demogue, *Traité des obligations en général,* T. IV, 1931, n°3 s : : *« les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme la société civile ou commerciale. Alors l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer à une certaine union ».*

[448] Sur le solidarisme contractuel, cf. supra, n°66.

conception économique du contrat. La conception solidariste souffre d'une part d'une mauvaise compréhension du terme « solidarisme » contractuel, trop souvent confondue avec la logique d'une justice contractuelle sociale et d'autre part et surtout, d'une appréciation trop centrée sur les convergences contractuelles des parties au contrat, omettant les points de divergence, que l'analyse économique du contrat souligne, par exemple avec la théorie de l'agence ou de l'inexécution efficace.

Une conception *utilitariste* du contrat peut également permettre un dépassement de la conception individualiste, comprenant une part de solidarité : dans un contrat, il s'agit moins d'aider son contractant que de favoriser l'exécution la plus efficace possible du contrat, tenant compte non seulement des intérêts de son contractant mais aussi des siens propres et peut-être d'intérêts externes au contrat. Pothier l'écrivait déjà, bien avant le Code civil : *« s'obliger à faire quelque chose, c'est s'obliger à le faire utilement »*[449].

L'objet est alors de contrôler le comportement du contractant[450] à travers une norme de comportement qui s'exprime à travers la logique de bonne foi ou de loyauté. A bien des égards, il est impossible de définir juridiquement ce qu'est la bonne foi et donc ce qu'est un comportement de bonne comme il est impossible de déterminer ce qu'est un comportement prudent ou dilligent (au sens de l'article 1241 du Code civil). Est de bonne foi celui qui n'agit pas de mauvaise foi, est loyal celui qui n'agit pas de manière déloyale, expressions tautologiques qui permettent cependant de considérer que c'est bien un standard de comportement qui est recherché, justifiant la recherche et l'application du fondement de la règle. Par conséquent il ne peut exister, et heureusement, d'*obligation de loyauté*, ou de *bonne foi*, pas plus que d'être gentil, aimable, etc. exigence qui relèvent de la morale, mais, juridiquement, celui qui se comporte de manière déloyale, de mauvaise foi, brutale, grossière, etc., *peut* être sanctionné, par exemple sur le fondement des articles 1104, 1194 voire 1241 du Code civil.

B. – Quelques développements de la bonne foi dans les contrats

271. Exigence de loyauté, cohérence contractuelle. – L'exigence de bonne foi ou de loyauté contractuelle s'exprime alors de manière fort diverse : est déloyal celui qui manifeste un comportement contraire à la probité[451], celui qui utilise déloyalement les dispositions du contrat[452]. Dans cette hypothèse, la loyauté

[449] Pothier, *De la vente*, 1825, n°202, cité par Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, préc.

[450] Cf. B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997.

[451] Cf. Cass. civ. 1ère, 16 juin 1998, *Bull. civ.* I, n°207, *RTD civ*. 1999, p. 392, obs. J. Mestre : mandataire qui « omet » de restituer à ses mandants une ristourne obtenue ; Cass. civ. 2ème, 12 mai 2005, *RTD civ*. 2005, p. 593, obs. J. Mestre et B. Fages : honoraires excessifs demandés par un avocat, largement supérieurs au travail nécessaire.

[452] Cass. soc. 18 mai 1999, *Bull. civ.* V, n°219 (pour une clause de mobilité), Cass. civ. 1ère, 7 févr. 2006, *D*. 2006, p. 1796, note A. Penneau, pour une rente viagère (utilisation d'une faculté

s'apprécie à l'égard d'un comportement « raisonnable » d'une partie[453], notion que l'on retrouve systématiquement dans les contrats anglais ou américains (clause de *best efforts*, de *reasonnable care*, de *due diligence*, de *good faith*, etc.).

Plus subtile est l'appréciation de la loyauté, ou de la déloyauté dans l'interprétation des conditions d'exécution du contrat, à travers le principe de cohérence contractuelle[454], déjà rencontré, qui interdit de se contredire au détriment d'autrui[455], dans la logique de l'institution de droit des contrats internationaux de l'*estoppel*, de telle manière que lorsqu'un comportement est généralement adopté par une partie au contrat, elle devient attendue par l'autre de sorte qu'un brusque changement de comportement peut devenir dommageable, abusif[456].

Plus inventif encore est la considération des éventuels effets excessifs du contrat. Ainsi en serait-il d'un créancier qui réclamerait l'exécution d'une obligation conduisant à un résultat contraire à ce que l'on pourrait considérer comme raisonnable, à un résultat disproportionné dans le fameux arrêt *Macron* en 1997[457].

272. Obligations de renseignement, Obligations de coopération. Transparence contractuelle. – Le développement des obligations de renseignement est, d'abord, l'illustration de l'irruption de la bonne foi.

Ces obligations ne sont pas systématiquement prévues par les parties, c'est même assez rare, sinon des obligations périphériques d'information (par exemple, dans une clause de force majeure, l'obligation d'information qui serait stipulée, pour celui qui subit un événement de force majeure, den informer

---

du contrat permettant de convertir la rente en une obligation de soins…face à une crédirentière handicapée).

[453] G. Khairallah, « Le « raisonnable » en droit privé français, développements récents », *RTD civ*. 1984, p. 439.

[454] Cf. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence contractuelle*, PUAM 2001.

[455] Cf. M. Béhar-Touchais (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001.

[456] Pour une rare mais récente illustration : Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 44, *D.* 2005. p. 883, obs. X. Delpech, *RTD civ*. 2005 p. 391, obs. J. Mestre et B. Fages : un compte courant ouvert par une société auprès d'une banque était subdivisé en deux sous-comptes avec deux numéros distincts mais assortis d'une clause d'unité de compte. La banque faisait fonctionner les sous-comptes comme des comptes indépendants puis s'était prévalue de la clause d'unité de compte pour refuser d'exécuter des ordres relatifs à l'un des sous-comptes. Estimant que le refus d'exécution de ces ordres de virement lui a été préjudiciable, la société cliente demandait réparation. L'arrêt d'appel qui la déboutait est cassé sous le visa de l'article 1134, alinéa 3, du code civil : *« en dépit de la signature d'une convention d'unité de compte, la banque, qui, en faisant fonctionner les comptes litigieux comme des comptes indépendants, avait adopté un comportement incompatible avec l'application de la convention litigieuse, dont elle a revendiqué ensuite le bénéfice, avait manqué à son obligation de l'exécuter de bonne foi, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations* ». Mais inversement, quoique moins convaincant : Cass. com. 28 sept. 2004, *RTD civ*. 2004, p. 129, obs. J. Mestre.

[457] Cass. com. 17 juin 1997, *JCP* éd. E., 1997, II, 1007, note D. Legeais ; *Defrénois*, 1997, art. 36703, p.1424, obs. L. Aynès.

l'autre partie pour déclencher la suspension du contrat).
L'identification de ces obligations est apparue par une interprétation volontariste des anciens articles 1134, al. 3 et 1135 du Code civil, dans une considération d'une foi se décliant de manière opérationnelle en obligation d'information ou comme une *suite* nécessaire d'un contrat. La généralisation ensuite de ces obligations, voire leur durcissement dans certains domaines, de telle manière que le législateur les reprend parfois à son compte, montre que l'existence de ces obligations correspondait à un besoin tangible, et non à une sorte de caprise judiciaire.
L'obligation est due essentiellement par les professionnels : assureur, médecin, banquier, fabricant, vendeur, transporteur, etc., qui doivent expliquer, informer et conseiller leur client sur les conditions d'exécution du contrat, sur les risques inhérents à ce contrat.
Cette obligation d'information se double, alors, d'une obligation de se renseigner : se renseigner pour mieux renseigner.
Pour autant la généralité de cette obligation ne doit masquer son caractère relatif et contingent : sa nature et son intensité dépendent des contrats et des situations contractuelles en cause.
L'obligation de renseignement se renforce, ainsi, en obligation de conseil surtout lorsque le professionnel est face à un profane (un consommateur surtout) c'est-à-dire sur l'opportunité du choix de tel type de chose ou de service, par exemple en matière d'assurence[458] ou d'opération de banque, voire une obligation de mise en garde, lorsque la chose est dangereuse, par exemple en matière bancaire ou d'investissement[459]. L'obligation d'information est en général plus lourde lorsque son débiteur est un professionnel[460]. En revanche, lorsque le débiteur d'information est lui-même un professionnel, et notamment un professionnel « averti », l'obligation est moins importante, voire disparaît. Par exemple, l'obligation de mise en garde du banquier cesse face à un opérateur défini comme un « professionnel averti »[461].
Il en est résulté le développement d'obligations de coopération qui obligent les parties à coopérer pour assurer l'exécution du contrat. Ainsi, le professionnel doit renseigner son contractant mais ce dernier s'il est lui-même un professionnel doit également fournir des renseignements pour permettre à son partenaire d'exécuter correctement ses obligations[462], faciliter la possibilité pour

[458] Cass. civ. 1ère, 30 mai 2006, n° 14-02275.
[459] Cass. com. 24 juin 2008, n° 06-21798.
[460] Cf. Cass. civ. 1ère, 7 févr. 2006, n° 03-17642 (obligation d'information d'une agence de voyage sur les conditions de son exécution, par exemple s'agissant des conditions d'entrée sur un territoire étranger).
[461] Cass. com., 26 mars 2002, n° 99-13.810, Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 03-10.770, Cass. com., 8 janv. 2008, n° 06-17.659, Cass. com., 7 avr. 2009, n° 08-12.192, JCP G 2009, 77, note J. Lasserre Capdeville, Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-17.719. Pour un assureur : Cass. 2e civ., 17 janv. 2019, n° 17-31408,
[462] Cf. Cass. com. 11 juin 1996, *Bull. civ*. I, n°245, Defrénois, 1996, p. 1007, obs. D. Mazeaud, *RTD civ*. 1997, p. 425, obs. J. Mestre : obligation d'une société d'exploitation du chauffage d'un immeuble et de fourniture d'eau chaude d'informer ses clients de toute possibilité de modification favorable des tarifs de Gaz de France.

son cocontractant d'exécuter ses prestations[463], voire de renégocier le contrat en cas de changement des circonstances économiques.

273. Obligation de sécurité. De la même manière, la jurisprudence a identifé une obligation de sécurité, sur le fondement de l'ancien article 1135 (art. 1194). L'idée générale est que lorsqu'un contractant s'engage à faire quelque chose (transporter, restaurer, loger, etc.), il s'engage à faire ce quelque chose *en toute sécurité.* Le transporteur de personnes, par exemple, ne s'engage pas simplement à transporter une personne d'un point A à un point B dans les conditions définie dans le contrat (horaires, qualité du moyen de transport, etc.) mais à la transporter *en toute sécurité*, de telle manière que si cette personne transporter subit un dommage corporel, ce dernier est considéré comme résultant de la mauvaise exécution de cette obligation de sécurité, accessoire à l'obligation à laquelle elle s'adjoint.

L'« invention » de cette obligation remonte à 1911[464] dans une affaire dans laquelle un passager avait pris un billet sur un paquebot reliant Tunis à Bône l'autorisant à se tenir dans un pont inférieur à côté des marchandises. Blessé au pied par la chute d'un tonneau, il avait engagé une action en responsabilité contre l'exploitant du navire, lequel invoquait son absence de faute sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Pour la Cour de cassation, *« l'exécution du contrat de transport emporte pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination ».* La Cour de cassation n'emploie pas les termes « obligation de sécurité » mais celle d'exécution *saine et sauve.* Par ailleurs, la Cour de cassation considérait cette obligation comme une obligation de résultat, en termes d'intensité (cf. infra), de sorte que seul un événement de force majeure pouvait exonérer de débiteur de l'obligation de sécurité. Elle a été ensuite été découverte dans toute sorte de contrats de prestation de services, voire de vente, un temps.

L'une des difficultés associées à cette obligation, outre la question de la mesure de son intensité, de sa preuve ou des moyens de s'en exonérer, repose sur le fait qu'elle intègre dans le droit des contrats et donc dans le domaine de la responsabilité contractuelle, la réparation de dommages corporels. Or une longue critique de cette incorporation, que résumé parfaitement la formule célèbre de Carbonnier[465] selon laquelle « *c'est artifice que de faire entrer la-dedans [e contrat] des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies et les larmes sont de la compétence de l'article 1382 [art. 1240] »,* aboutit à la proposition de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile (art. 1233-1) de 2017 selon lequel *« les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extacontractuelle alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution d'un contrat ».*

---

[463] Paris, 19 juin 1990, *D.* 1991, p. 515, note Y. Picod et sur pourvoi : Cass. civ. 3ème, 17 juill. 1992, *Bull. civ.* III, n°254.

[464] Cass. civ. 21 nov. 1911, S. 1912, I, 73, note G. Lyon-Caen, DP 1913, I, 249, note Sarrat.

[465] J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4 ? les obligations,* Puf, 20è éd., 1996, n° 295.

274. Efficacité contractuelle. – On retrouve enfin l'exigence de loyauté dans des formes déclinées, dans lesquelles l'exigence d'exécution de bonne foi s'est transformée, en des obligations précises et, alors beaucoup plus intéressantes, hypothèse que l'on rattacher à l'exigence de cohérence contractuelle.

Ainsi, en droit du travail, la Cour de cassation a retenu l'existence, sur le fondement de l'ancien article 1134, al. 1er, d'une obligation pour l'employeur d'assurer le reclassement d'un salarié[466] ou l'adaptation d'un salarié à l'évolution de son emploi[467].

Plusieurs affaires devenues célèbres ont en outre été l'occasion de mesurer l'utilité de l'exigence, imposant une forme d'efficacité contractuelle qui valide le fondement de la bonne foi en termes d'utilité contractuelle.

Les deux premières affaires, l'arrêt *Huard*[468] et l'arrêt *Chevassus-Marche*[469] sont emblématiques de cette évolution, en raison des interprétations multiples qui leut ont été apportées, sur le terrain de l'exigence déclinée de bonne foi en obligation tangible ou sur celui des prémisces d'un changement de jurisprudence en matière d'imprévision.

L'un comme l'autre de ces arrêts sanctionnait, sur le fondement de l'ancien article 1134, al 3 du Code civil (C. com., art. L .134-4 pour le second arrêt qui est la reproduction du premier).

Dans la première affaire, un fournisseur de produits pétroliers vendait de l'essence via des contrats d'approvisionnement exclusif avec des « pompistes de marque » dont M. Huard, mais aussi via un réseau de distributeurs-mandataires (afin de proposer des prix aux consommateurs plus réactifs face à la concurrence de la grande distribution). Or, les prix proposés aux consommateurs via le réseau de mandataires étaient plus bas que les prix de vente au pompiste de marque. L'ancien article 1134, al. 3 du Code civil y était utilisé au support d'une analyse économique, tirée de règles du droit de la concurrence (aujourd'hui obsolètes et largement modifiées) permettant de comparer les conditions contractuelles, discriminatoires, existants entre deux façons de distribuer ses marchandises et de vérifier si l'une n'est pas préjudiciable à l'autre, et ainsi de ne pas lui permettre de réaliser l'objectif économique du contrat, revendre les produits fournis à un prix compétitif.

Dans le second, une entreprise du secteur alimentaire avait conclu un contrat d'agence commerciale pour l'Océan Indien. L'agent commercial, M. Chevassus-Marche, invoquait la rupture du contrat du fait de l'inexécution de ses obligations par le mandant qui avait créé une division *« export »* dans son entreprise permettant, sur son secteur, à des acheteurs de s'approvisionner à des conditions plus favorables que par le truchement de l'agent. L'arrêt reprochait à l'arrêt d'appel ne n'avoir pas *« recherché si, informées des difficultés de (l'agent)*

---

[466] Cass. soc. 25 février 1992, *D.*1992.320, note M. Défossez.

[467] Cass. soc. 8 avril 1992, *JCP* éd. E. 1992, II, 360, note J. Savatier.

[468] Cass. com. 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n°338, *JCP* 1993, II, 22164, note G. Virassamy, *RTD civ*. 1993, 124, obs. J. Mestre.

[469] Cass. com. 24 nov. 1998, *Bull. civ.* IV, n°277, *JCP* 1999, I, 143, n°6, obs. Ch. Jamin, II, 12210, note Y. Picod, *Defrénois*, art. 36953, p.371, obs. D. Mazeaud, *Contr. conc. consom*. 1999, n°56, obs. M. Malaurie-Vignal, *RTD civ*. 1999, p. 98, obs. J. Mestre.

en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achats qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles et de la mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat ».

On peut analyser ces arrêts comme imposant une exécution utile, *efficace,* du contrat, pour permettre à son contractant de pratiquer des prix concurrentiels, voire une renégociation du contrat.

Plus que la bonne foi imposée, c'était cependant la mauvaise foi, la déloyauté qui était sanctionnée, le comportement opportuniste.

Une troisième affaire[470] mettait en scène une situation un peu différente. Une société avait obtenu, par un contrat de sous-concession d'une durée de dix ans, l'exploitation d'un restaurant à caractère social et d'entreprises, moyennant le paiement d'un loyer annuel au concessionnaire initial, une association, et une redevance au concédant, une commune. Les circonstances économiques ayant été modifiées, la société exploitante avait cessé d'exécuter le contrat et demandait la résiliation du contrat sur ce fondement, que la Cour de cassation refusait cependant : car la société exploitante « *mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de (l'association) de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi* » et ajoutait qu'elle « *ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier* ». Or, cette solution ne rejette pas par principe, tout au contraire, l'existence d'une obligation de renégocier le contrat, tout en constatant que les conditions n'étaient pas réunies (Et cf. infra, s'agissant de la thèse de l'imprévision).

Enfin, dans l'affaire *Soffimat*[471] la Cour de cassation avait décidé que, s'agissant de l'exécution d'un contrat de maintenance d'une centrale, le juge, en ordonnant l'exécution par le prestataire de cette obligation « *sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décemblre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat (…), la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».* Rendu au visa de l'ancien article 1131 du Code civil, l'arrêt inclinait vers l'idée que le changement de circonstances économiques pouvait priver de contrepartie les obligations de l'une des parties à un contrat,

[470] Cass. civ. 1ère, 16 mars 2004, *RDC* 2004/3, p. 642, obs. D. Mazeaud, *D*. 2004, p.1754, note D. Mazeaud, *RTD civ*. 2004, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages.

[471] Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-67.369, D. 2010, p. 2481, note D. Mazeaud, p. 2485, note Th. Géénicon, JCP G 2020, 1056, note T. Favario, RTDciv. 2010, p. 782, obs. J. Mestre et B. Fages, RDC 2011, p. 34, obs. E. Savaux.

sauf à renégocier ce contrat.

275. Bonne foi et abus de droit. – La notion d'abus de droit[472], enfin, qui trouve ses fondements dans le droit de la responsabilité civile délictuelle, est aujourd'hui largement utilisée en droit des contrats. Elle reprend à son compte dans certains de ses aspects les développements de la bonne foi : abuser d'un droit c'est l'exercer de façon disproportionnée, de façon incorrecte, de façon déloyale ; c'est ainsi que la jurisprudence fonde la sanction du droit de mettre fin à des pourparlers (Cf., supra), mais aussi de mettre fin à un contrat (cf. infra) ou bien encore de mettre en œuvre une clause d'agrément à la circulation d'un contrat (cf. infra).

276. Limites et excès de la bonne foi ? – Le recours à la bonne foi n'est cependant par une panacée. L'article 1104du Code civil impose moins l'exécution de bonne foi, suggérant une norme hypothétique de comportement, que la sanction de la mauvaise foi, de la déloyauté contractuelle. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle bornée l'application de la règle. Ainsi, la cour de cassation, dans un très surprenant arrêt, indiquait que le recours à l'ancien article 1134, al. 3 du Code civil n'était possible que pour autant qu'existe un lien contractuel entre les parties[473], elle ne fait pas obstacle à l'augmentation de ses prix par un fournisseur (cf. supra, s'agissant des suites de la question de l'indétermination du prix dans les contrats)[474] et, surtout, ne constitue pas le moyen d'obtenir, par d'autres voies, ce que les règles juridiques ne lui permettent pas.
La jurisprudence sur les causes de la rupture d'un contrat d'affaires en est ainsi l'illustration. La Cour de cassation contrôle depuis longtemps, les conditions de la rupture du contrat via la notion d'abus du droit de mettre fin à un contrat ou de faire obstacle à son renouvellement (cf. infra), mais sans considérer cependant que cette éventuelle déloyauté conduise son auteur à subir des sujétions contractuelles plus intenses, comme l'exécution d'une obligation, à sa charge, de permettre la reconversion de son partenaire[475].

277. Substance et prérogatives contractuelles. – L'arrêt *Les Maréchaux*[476] a, en outre, proposé une limite supplémentaire à l'application de l'article 1134 du Code civil décidant que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une*

[472] Cf. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus de droit dans les contrats ; Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.
[473] Cass. Civ. 3è. 14 sept. 2005, *JCP*, II, 10173, note G. Loiseau, *D*. 2005, p. 761, note D. Mazeaud : « *l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels* ».
[474] Cf. Cass. civ. 1ère, 30 juin 2004, *D*. 2005, p. 1828, note D. Mazeaud, contrats conc. consomm. 2004, n°151, obs. L. Leveneur, *RTD civ*. 2005, p. 126, obs. J. Mestre et B. Fages (augmentation de 150% du prix de la location d'un coffre-fort).
[475] Cass. com., 6 mai 2002, *Bull. civ.*, IV, n° 81 ; *JCP* 2002, éd. G, II, 10146, note Ph. Stoeffel-Munck ; *Contr. conc. consom*. 2002, comm. 134, obs. L. Leveneur ; *D*. 2002, somm. p. 2842, obs. D. Mazeaud ; J.-L. Respaud, « Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé », *Cah. dr. ent*r. 2002/5, p. 19.
[476] Cass. com. 10 juill. 2007, *JCP* 2007, II, 10154, note D. Houtcieff, éd. E, 2394, note D. Mainguy et J.-L. Respaud.

prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » pour censurer un arrêt d'appel qui avait constaté la mauvaise foi du créancier pour en déduire qu'il *« ne peut, sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier»*. Si l'on suit cette distinction, purement prétorienne[477] seules des prérogatives contractuelles pourraient, ainsi être contrôlées par le recours à bonne foi, comme l'exercice d'une clause résolutoire, d'une clause pénale par exemple, mais point ce qui touche à la substance du droit ou de l'obligation. Or, si la formule paraît rigoureuse si le recours à la bonne foi, ou plutôt à la sanction de la mauvaise foi, devait aboutir à la négation d'un droit de créance, elle semble tout de même contredire bien des solutions précédemment rendues, par exemple lorsque la bonne foi assure, par déclinaison, l'existence d'obligations inhérentes au contrat, reconnaissance de nature, par là même, à nier ou empêcher l'usage d'une substance contractuelle.

278. Protection des droits de l'homme et de l'environnement. Plus récemment, d'autres suggestions contactuelles peuvent être imposées sur le fondement de l'ancien article 1135 du Code civil que les obligations de renseignement ou de sécurité[478]. C'est le cas, par exemple de la protection des droits de l'homme comme conséquence que les usages ou l'équité imposent, ne serait-ce que parce que pullulent aujourd'hui, sous forme de chaters « éthiques » ou RSE (responsabilité sociétale de l'entreprise, ou responsabilité sociétale et environementale), de sorte qu'on pourrait considérer que se constituent des « usages » éthiques en ce sens, soit en matière de respect des droits humains[479] que de protection de l'environnement[480].

III. – L'adaptation du contrat aux changements de circonstances économiques : la question dite de l'imprévision

279. Arrêt *Canal de Craponne* : Rejet d'une révision du contrat pour imprévision. – La question de savoir si le juge peut intervenir dans le contrat en cas de modification des conditions économiques d'exécution du contrat emportant un déséquilibre dans ce contrat a toujours posé difficultés alors que les parties n'avaient pas prévu cette évolution. C'est le problème classique de la

[477] Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2003, n°764 : *« il conviendrait de limiter l'application de cette notion aux prérogatives du créancier accessoires au droit de créance lui-même (résolution, résiliation, non-renouvellement, agrément, ...), lequel ne devrait jamais être affecté par elle : si l'on peut reprocher au créancier d'être créancier, on ouvre la voie à une révision générale de tous les contrats »*.

[478] Cf. Soc. 18 oct. 2006, n° 04-48612, RDC 2007, p. 714, note Y.-M. Laithier, D. 2007 p. 695, note J. Mouly, obligation de sécurité dans le contrat de travail.

[479] Comp. C. consom., art. L. 113-1 qui impose à un fournisseur ou un distribteur d'apporter, sur la demande d'un consommateur, les informations sur la conformité des produits ou services avec les obligations internationales en matière de droit humain.

[480] Comp. M. Fabre-Magnan, « Nouvel agenda pour la justice sociale et droit des contrats », Mélanges J. Mestre, LGDJ, 1019, « What is a Modern Law Contract for a New Manifesto for Social Justice in European Contract Lawé, European Review of Contract Law, 2017, p. 376.

révision du contrat pour imprévision, refusée pour les contrats de droit privé depuis l'arrêt *Canal de Craponne* de 1876[481] et qui a fait l'objet de larges débats[482].

Depuis l'article 1195 du Code civil propose un mécanisme permettant de traiter l'hypothèse d'un changement de circonstances économiques.

Plusieurs arguments militaient en faveur de la révision du contrat pour imprévision : la référence à l'équité ou la bonne foi dans l'exécution du contrat voire l'abus dans l'exécution du contrat. Plus intéressant était l'argument fondé sur le fait que le Code civil connaisse cette solution en d'autres circonstances (Cf. C. civ., art. 1244), le principe même de la force obligatoire du contrat, qui impose peut-être de ne pas s'arrêter à la prévision des parties au jour de la formation du contrat qui justifierait la présence d'une clause « *rebus sic stantibus »* (les choses restant en l'état), mais son contraire, une clause *« rebus non sic stantibus »*. Le consentement au contrat serait ainsi subordonné à la permanence de l'état de fait présent au moment de la conclusion du contrat. Cette clause est toujours considérée comme sous-entendue dans les traités internationaux. Inversement, une telle clause peut paraître divinatoire, au pire contraire à la volonté effective des parties, car le contrat réalise une emprise sur l'avenir. On ne conclurait pas *« rebus sic stantibus »* mais, au contraire, pour se prémunir contre les changements de l'état des choses, on conclut dans la pensée que les choses changeront peut-être et, précisément, pour s'assurer contre ces variations. Autre argument rejeté : la force majeure. A la différence des jurisprudences allemande ou italienne qui admettent que l'impossibilité d'exécution du contrat peut n'être pas seulement matérielle mais aussi économique, la jurisprudence française a toujours enserré dans de rigoureuses limites la notion de force majeure : la dépréciation monétaire peut rendre extrêmement onéreuse l'exécution de l'obligation, elle ne constitue pas, pour autant, un obstacle insurmontable.

Pourtant ce sont les arguments qui militent contre la révision du contrat pour imprévision qui l'emportaient. La sécurité juridique aurait commandé le maintien du prix initial et le respect du principe de la force obligatoire des contrats. L'instabilité des circonstances économiques aurait pu d'ailleurs faire l'objet d'une clause à et effet, une clause d'adaptation, une clause de hardschip.

Pourtant, les contrats de droit administratif sont susceptibles de révision depuis l'arrêt de principe « *Gaz de Bordeaux »* du Conseil d'Etat le 30 mars 1916[483]. En revanche, les contrats de droit privé connaissent une solution contraire, à la

---

[481] Cass. civ. 6 mars 1876, *DP* 1876, 1, 193, note A. Giboulot, *Grands arrêts*, n°163 : *« Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les parties »*.

[482] Cf. not. L. Aynès, « L'imprévision en droit privé », *Rev. Jur. Comm*. 2005, p. 397, B. Fauvarque-Causson, « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67 ; D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *Mélanges A. Sayag*, 1997, p. 403.

[483] S, 1916, 3, 17, note Hauriou

différence de nombreux droits étrangers, depuis le célèbre arrêt de principe *Canal de Craponne*. L'arrêt « *Gaz de Bordeaux* » admettait le jeu de l'imprévision dans les contrats de droit public. La Compagnie du Gaz de Bordeaux était, avant la guerre de 1914, concessionnaire de la distribution du gaz de la ville. Le contrat de concession fixait les tarifs d'abonnement. Ces tarifs avaient été établis en fonction du prix du charbon avant la guerre. La guerre entraîna une augmentation du prix du charbon telle que la Compagnie se trouva en difficulté. Elle demanda une révision à l'autorité préfectorale qui refusa en se prévalant de l'article 1134 du Code civil et du principe de la force obligatoire des contrats. Elle s'adressa, alors, au Conseil d'Etat qui fit droit à sa demande en raison, notamment, du principe de la continuité du service public qui ne peut être assurée qu'à travers une correction du contrat.

A l'inverse, l'arrêt de principe *Canal de Craponne* le rejetait pour les contrats de droit privé**.** Un propriétaire disposait sur son terrain, près de Pélissane, d'un canal d'irrigation ; les redevances dues par les propriétaires des terrains voisins irrigués par ce canal avaient été fixées, dans le contrat conclu par Adan de Craponne, en 1560, à 3 sols par carteirade (mesure ancienne de longueur), en contrepartie de l'entreprien du canal. Bien que révisé ensuite, mais faiblement, le propriétaire du canal, estimant la contrepartie insuffisante auregard du coût d'entretien du canal, et se heurtant à un refus des débiteurs, demanda la révision du contrat en justice ; les juridictions du fond admirent sa demande ; la Cour de cassation l'écarta, rejetant toute substitution d'une clause nouvelle à celles acceptées par les parties[484] : *« dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »*.

On observera, alors, qu'il s'agissait bien de proposer au juge de réécrire en partie le contrat et d'appliquer une technique de modification d'un contrat qui n'en comportait pas. Il s'agissait donc, en l'espèce, d'une formule absolue de traitement de l'imprévision, voire de l'imprudence, contractuelle. Or, bien des hypothèses de révision du contrat pour imprévision se contentent d'une formule relative : l'identification d'une obligation de négociation, même en l'absence de prévision expresse en ce sens par les parties, en cas de changement des circonstances économiques.

En toute hypothèse, l'arrêt *Canal de Craponne* découlait de l'impossibilité de principe pour le juge de modifier un contrat, cette prérogative étant du seul ressort des contractants (cf. C. civ., art. 1193). Le juge a pour mission de trancher un litige, mission qui trouve sa limite dans ce qui ressort de la volonté des contractants : il ne peut fixer ou modifier un prix (cf. C. civ., art. 1592),

[484] Et depuis Cass. civ. 6 juin 1921, *D*.1921.1.73 : *« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et aucune considération d'équité n'autorise le juge, lorsque ces conventions sont claires et précises, à modifier, sous prétexte de les interpréter, les stipulations qu'elles renferment »*; Cass. com. 18 janvier 1950, *GP* 1951, 1, 320 : *« Le juge ne saurait faire état des hausses de prix, même homologuées, pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés ».*

modifier le contenu d'une clause claire, etc.

280. Tempéraments légaux. – Un certain nombre de tempéraments ont été apportés. Dans la loi, d'abord. A la suite des grandes guerres, le législateur était intervenu à plusieurs reprises pour proroger des baux, ou faire obstacle à la résiliation de contrats ou, dans le cadre de la législation économique, via une technique de blocage des prix (jusqu'en 1986 tout de même), soit dans le cadre de protection de certains contractants, comme les salariés et le mécanisme de hausse annuelle du salaire minimum, ou comme les débiteurs en difficultés ou encore dans le cadre du traitement du surendettement, soit des consommateurs (règles sur le surendettement) soit des entreprises (règles de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises).

281. Tempéraments jurisprudentiels, obligation de renégocier ? – La question se pose surtout de savoir si la jurisprudence de droit privé peut changer sa position, ce qui suppose de modifier les termes du débat. Ce qui est en jeu est moins la question de la *révision* du contrat par le juge, faisant de ce dernier presque une partie au contrat : le juge n'a pas cette vocation. En revanche, la question de la stabilité du contrat pose une autre difficulté : les parties ont parfaitement conscience, en concluant un contrat de longue durée, que l'état contractuel, figé par le consentement, est mouvant, évolutif, ce qui pose la question de savoir si les parties ne doivent pas prendre en compte cet évolutivité du contrat : une obligation de renégociation serait ainsi latente, inhérente, au contrat de longue durée. Le juge ne serait alors plus appelé à *réviser* le contrat, dire que le prix est désormais celui-ci que telle clause est désormais celle-là, mais à constater que les parties, face à une difficulté économique ou autre, une modification des circonstances, ont exécuté ou n'ont pas exécuté cette obligation.
Une évolution en ce sens est apparue, via l'appréciation de l'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats ou de l'abus de droit, notamment les arrêts du 3 novembre 1992 et du 24 novembre 1998 ou de l'arrêt *Soffimat* du 29 juin 2010 (cf. supra) qui peuvent être lus comme sanctionnant un refus de renégocier un contrat alors que les circonstances économiques avaient changé. Il en résulte que l'évolution jurisprudentielle se situe sans doute moins dans un pouvoir de révision du contrat que le juge s'accorderait, contre tous les principes du droit privé des contrats, que dans la sanction, au nom de la bonne foi contractuelle, d'une obligation de renégocier inhérente au contrat en cas de déséquilibre économique trop important[485].

282. Clauses d'adaptation. – La meilleure solution, face à cette incertitude théorique et, surtout face à la réalité pratique du risque de changement de circonstances, repose sur la gestion contractuelle de ce risque à travers des clauses *d'adaptation*. Celles-ci sont nombreuses, clauses d'indexation clauses de renégociation, clauses de suspension, clauses de force majeure, etc. Elles

[485] Cf. D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1ère, 16 mars 2004, *D*. 2004, p. 1754.

s'inspirent de la pratique américaine des clauses de *« hardship »* ([486]). Parfois, de telles clauses sont les clauses d'adaptation automatiques, par exemple une clause d'indexation, une clause d'adaptation en cas de changement de monnaie, de changement d'objet, etc. mais plus ordinaires sont les clauses imposant un changement non automatique, via une obligation de renégociation qui, comme toute négociation, n'impose pas la réussite de celle-ci[487].Une clause voisine, la *MAC clause* (*Material Adverse Change*)[488] impose, souvent au stade de la négociation d'un contrat, mais adaptable à sa renégociation, la prise en compte des changements significatifs défavorables pendant le temps de la négociation.

283. Consécration. Article 1195 du Code civil : renégociation du contrat en cas de changement de circonstances. Ce texte constitue indubitablement l'une des grandes nouveautés instaurées par la réforme du droit des contrats de 2016 : *« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe »*.

La première partie de ce texte n'est que la reprise de la séquence jurisprudentielle initiée par l'affaire *Huard* et du reste, la faculté, pour un contractant, de demander de renégocier le contrat n'est pas soumise à la condition d'un changement de circonstances économiques[489].

284. Conditions de la renégociation. L'article 1195 prévoit que la partie qui subit un changement de circonstances économiques peut demander la renégociation du contrat. Il ne s'agit cependant pas nécessairement de changement de circonstances *économiques* : mais un changement de *circonstances*, il pourrait donc s'agir d'autres circonstances qu'économiques.

285. Validité d'une clause de non-adaptation ? Par ailleurs elles doivent être imprévisibles au moment de la conclusion du contrat et se déclarer au moment de l'exécution du contrat, et cette formule, assez mystérieuse, affecter *« une partie qui n'avait pas accepter d'en assumer le risque »*.

Deux interprétations sont possibles. La première, la plus usuellement utilisée,

[486] Cf. R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ*. 1983, p. 19.
[487] Cf. Cass. com. 3 oct. 2006, *D*. 2006, p. 765, note D. Mazeaud.
[488] Cf. A.-C. Pélissier, « La MAC clause (ou l'art d'appréhender l'adversité pendant la période de réalisation des conditions suspensives) », *RDLC* 2006, n°1081.
[489] Cass. com. 18 déc. 2012, n° 07-21260 RTD civ. 2013, p. 317, obs. B. Fags et H. Barbier : la demande de renégociation d'un contrat par une partie ne vaut pas inexécution de ses obligations contractuelles.

consiste à considérer que le mécanisme de l'article 1195 du Code civil est supplétif et que les parties peuvent prévoir une clause faisant obstacle à sa mise en œuvre : une partie aurait ainsi *accepté d'assumer le risque* d'un éventuel changement de circonstances économiques. Pour autant, cela poserait alors la difficulté de la validité d'une clause de non-adaptation dans le contrat même qui suppose la mise en œuvre d'un « droit à la renégociation » du fait de ce texte. Or une telle clause pourrait être considéré comme une renonciation à ce droit, qui ne peut donc intervenir qu'une fois le droit né, donc pas dans le même contrat qui crée ce droit, voir une clause contraire à l'obligation essntielle du contrat (C. civ., art. 1170) ou créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (C. civ., art. 1171, C. com., art. L. 442-1, I, 2°).

Une deuxième interprétation viserait alors considérer qu'un contrat dans lequel une partie a *accepté d'en assumer le risque* est un contrat dans lequel le risque est inhérent à ce contrat, un contrat aléatoire ou comprenant un effet aléatoire. En ce cas, il en résulterait que le mécanisme de l'article 1195 s'impose dans tous les contrats synallagmatiques, mais surtout qu'il pourrait alors être considéré comme un mécanisme impératif, en ce sens qu'une clause pourrait toujours proposer un régime plus favorable.

En effet, la plupart des auteurs considèrent, avec raison, que des clauses d'adaptation proposant un régime autre que celui de l'article 1195 du Code civil sont possibles. Par conséquent, ces auteurs considèrent, aussi, que, par conséquent, l'article 1195 du Code civil est supplétif, en ce sens qu'il n'est pas impératif. A bien des égards, on peut considérer tout aussi bien que cette conséquence ne s'impose pas. Par exemple l'article 1126 du Code civil propose un régime nouveau de la *résolution unilatérale* d'un contrat en cas d'inexcution par une partie. Ce régime peut être aménagé par les parties, par une clause de résolution ou de résiliation, mais on n'imagine assez mal que les parties insère une clause interdisant à une partie de rompre le contrat, clause qui rendrait le contrat perpétuel (pour un contrat à durée indéterminée) ou à la merci de l'autre partie (pour un contrat à durée déterminée). Par conséquent, la même réflexion peut être conduite pour le régime de l'article 1195 du Code civil : un mécanisme de base, impératif, susceptible d'être aménagé, *in favorem*, par les parties. Par exemple pour diminuer les conditions de la renégociation (toutes circonstances, par nécessairement imprévisibles), pour insérer une clause d'indexation, qui peut être considére comme une clause d'apdatation automatique, de prévoir des modalités particulières de la renégociation, de faire supporter le coût de la renégociation par les deux parties, de permettra à une partie de suspendre l'exécution de ses obligations le temps de la renégociation, etc.

286. Mise en œuvre du mécanisme de renégociation. En l'absence de clause aménageant le mécanisme de l'article 1195, la première règle qui s'appliquer est l'obligation pour celui qui s'inquiète du changement de circonstances et demade à renégocier de *continuer d'exécuter le contrat*, alors même que cette exécution est devenue trop onéreuse pour lui. D'où l'intérêt d'insérer une clause permettant la suspension du contrat dès l'annonce de la demande de renégociation, à charge pour les parties de faire supporter le coput de l'échec de

la renégociation au débiteur.
La suite est le mécanisme de renégociation lui-même où tout semble être préparé pour inciter à une suite faste de cette renégociation, de manière à éviter le recours au juge.
La première phase est celle de la (re)négociation elle-même, qui peut aboutir à un succès ou à un échec.
Dans ce dernier cas, la deuxième phase est, normis l'hypothèse d'un commun accord des parties pour mettre fin au contrat ou pour demander au juge de réviser le contrat, l'action, passé un délai raisonnable, présentée par l'une des parties, au juge compétent, pour réviser le contrat ou bien pour qu'il y mette fin.

287. Limitation du champ d'application de l'article 1195. La loi de ratification de l'ordonnance, en 2018 a modifié le champ d'application du texte, en créant un nouvel article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier qui dispose que « *l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code »* lequel définit les « instruments financiers », comme les titres financiers, définis comme les titres de capital émis par les sociétés par actions et les titres de créance, et les contrats financiers ou instruments financiers à terme. Or, ces instruments sont l'objet de contrats, par exemple de cession conclus souvent sur une certaine durée, soit parce qu'ils sont des contrats à terme ou parce qu'ils s'effectuent en deux temps, un premier temps correspondant à la cession proprement dite, et un deuxième temps au paiement du prix des titres cédés, sur la base d'un calcul, par exemple en fonction du dernier bilan de la société objet des titres cédés. Durant ce laps de temps, un événement peut être considéré comme un changement de circonstances, emportant donc la possibilité de déclencher le mécanisme de l'article 1195, jusqu'à ce que des esprits s'emeuvent et proposent exception au mécanisme par l'article L. 211-40-1 du CMF.

IV. – La simulation

288. Insincérité contractuelle ? – La notion de simulation identifie une situation dans laquelle une réalité contractuelle est dissimulée derrière un masque contractuel, qu'on appelle souvent une contre-lettre, révélé au tiers. Une certaine forme de sincérité contractuelle est ainsi mise en défaut par un montage juridique dont la validité peut, parfois, être remise en cause. Toutefois, la Code civil, par les articles 1201 et 1202 du Code civil, propose un véritable régime juridique à cette institution contractuelle, la simulation, qui ne s'inscrit pas systématiquement dans une logique de fraude. Le stratagème organisé par l'opération de simulation n'est ainsi pas systématiquement illicite et l'article 1321 du Code civil propose, au contraire, un principe de validité de l'opération, mais limitant son opposabilité aux tiers.

A – Définition et manifestations de la simulation

289. Acte ostensible et acte occulte. – Le montage juridique que révèle la simulation, met en scène deux actes, un acte apparent et un caché.
L'acte apparent ou *acte ostensible* est l'acte révélé au tiers. Il masque la volonté réelle des parties laquelle se manifeste dans un acte caché ou *acte occulte*, dit aussi *contre-lettre* ou *side letter* dans la pratique des affaires. La contre-lettre, qui est la réalité du contrat est alors totalement occultée et parfois radicalement transformée, par l'acte apparent dont les tiers ont connaissance.
La présence de ces deux conventions, l'une révélée mais fausse et l'autre secrète mais véritable pose difficultés dans toutes sortes d'opérations fictives ou, parfois, la fraude tient une certaine place.

290. Déguisement de la réalité contractuelle. – On trouve ainsi des hypothèses de simulation dans lesquelles l'opération contractuelle est masquée, déguisée. C'est le cas de la *donation déguisée* qui est une donation, acte secret, mais qui prend les apparences d'une vente, soit pour des raisons fiscales, soit pour des raisons tenant à l'application du droit des successions. L'opération prend alors apparemment la forme d'une vente, dans toutes ses composantes, mais une contre-lettre précise que le prix ne sera pas perçu, révélant la réalité de la donation [490].
Le déguisement peut être moins total et ne concerner qu'une partie du prix, la vente se présentant sous un prix apparent, inférieur à la réalité du prix, révélée dans une contre lettre qui se présente, dans le langage courant comme un *« dessous de table »* destiné à frauder le fisc.

291. Interposition de personnes. – Bien des hypothèses de simulation se présentent comme l'organisation d'une forme d'interposition de personnes. Ce qui peut apparaître comme une autre forme de déguisement. Ainsi en est-il de la convention de prête-nom, par laquelle une personne se prétend titulaire d'un contrat alors qu'en réalité c'est une autre personne : ce peut-être pour permettre à une personne d'obtenir un prêt ou des facilités bancaires. La convention de prête-nom sera alors conclue entre l'emprunteur apparent et l'emprunteur réel et prévoira que seul ce dernier sera tenu au remboursement.
Ce peut-être pour assurer une représentation discrète, dans une vente aux enchères par exemple, ou encore pour permettre à une personne interdite d'exercer une activité commerciale ou d'être associée dans une société commerciale d'exercer une activité, par une telle convention qui, en droit des sociétés, prend le nom de *convention de croupier*, ou pour tourner d'autres règles d'ordre public, comme l'interdiction faite à un médecin de recevoir des biens d'un patient, ou même d'acquérir ces biens (C. civ., art. 909, art. 1595), hypothèses dans lesquelles l'interposition de personne révèle une situation de fraude à la loi ou de fraude aux droits des tiers. Par exemple, une personne menacée de recours important cède un biens ou dépense son argent au profit d'autrui pour organiser son insolvabilité (acte ostensible), alors qu'un acte secret assure le retour du bien ou de l'argent dans son patrimoine une fois la menace

[490] Cf. Cass. com. 30 juin 1987, *Bull. civ*. IV, n°168.

envolée[491].
Bien que l'acte secret et l'acte ostensible aient été conclus entre des personnes différentes, le régime de la simulation s'applique à cette situation[492] mais le tiers dispose alors du choix d'exercer une action contre son contractant ou contre le véritable bénéficiaire de l'acte conclu [493].

B. – Régime de la simulation

292. Simulation ordinaire. – Dans la simulation ordinaire, qui se manifeste hors fraude, non seulement la contre-lettre, l'acte caché, n'est pas considéré comme invalide ou frappé d'une quelconque restriction dans ses effets mais, elle s'impose entre les parties, parce qu'il est le reflet de leur engagement véritable et supplante l'acte apparent. Mieux, l'acte secret prime de façon totale sur l'acte apparent, illustrant ainsi assez bien l'opposition souvent théorique entre la volonté déclarée et la volonté interne, chère, notamment, au droit allemand des obligations : une vente fictive par exemple ne pourra donner lieu à exécution des obligations de la vente (livraison, paiement, garantie, etc.).
L'acte secret s'impose cependant pour autant qu'il soit valable : cette validité, en rien entravée par le caractère occulte du contrat, répond aux conditions générales de validité du contrat. On dit en général pour résumer cette proposition que la simulation ne nuit pas. Cela suppose le respect des conditions de fond de la validité des contrats, conditions ordinaires et spéciales. Par exemple, le caractère hors commerce juridique d'un acte apparent rejaillit sur l'acte secret, l'interdiction de conclure un contrat particulier (libéralité ou vente faite à une personne incapable d'acheter ou de recevoir) s'impose à l'acte secret, etc. En revanche, toutes les conditions de fond de l'acte apparent ne s'imposent pas : ainsi une donation déguisée en une vente ne peut faire l'objet d'une annulation au motif que le prix ne serait pas réel, ou serait vil[494].
Cela suppose également, en principe, le respect des conditions de forme, par hypothèse impossible, puisque l'acte est secret. On admet alors que l'acte secret est valable s'il respecte les conditions de forme de l'acte ostensible. Pour reprendre l'exemple précédent, une donation déguisée en vente n'en sera pas moins valable quoiqu'elle ne soit pas constatée par un acte authentique.
A l'égard des tiers, la situation est différente. Se pose, en premier, une question de preuve. En effet, les règles traditionnelles de preuve des actes juridiques empêchent, chaque fois qu'un écrit est obligatoire au dessus de 1 500 euros de prouve *contre et* outre l'écrit. La preuve de la contre-lettre suppose une *déclaration de simulation* qui ouvre, processuellement, la possibilité de prouver que l'acte apparent ne retrace pas l'entièreté ou la vérité de l'engagement des parties.

---

[491] Cass. civ. 1çre 19 sept. 2007, n° 06-14550, RTDciv. 2007, p. 772, obs. J. Mestre et B. Fages
[492] Cf. Cass. civ. 1ère, 28 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n° 311, *Defrénois* 2001, p. 237, obs. R. Libchaber, *RTD civ*. 2001, p. 134, obs. J. Mestre et B. Fages.
[493] Cass. civ. 1ère, 19 juin 1984, *Bull. civ.* I, n°205 ; Cass. com. 26 avril 1982, *D*. 1986, p. 233, note D. Rambure.
[494] Cf. Cass. civ. 1ère, 27 oct. 1993, *Bull. civ*. I, n°300.

Surtout, les tiers se retrouvent, pour autant qu'ils soient parvenus à prouver l'existence et le contenu de la contre-lettre, face à deux actes contradictoires ou, à tout le moins différents. L'article 1201 du Code civil leur permet d'opposer aux parties ou bien l'acte apparent ou bien l'acte secret selon leur intérêt : l'article 1321 du Code civil dispose ainsi que *« Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir »*. Les tiers disposent donc d'une option, s'en tenir à l'acte ostensible ou retenir l'acte secret. Ainsi le fisc, dans l'hypothèse d'une simulation par dissimulation du prix, aura intérêt à invoquer l'acte secret ; les créanciers d'une société auront intérêt dans le cas d'une convention de croupier, à invoquer ou bien l'actionnaire apparent ou bien l'actionnaire réel, selon le cas.

293. Simulation frauduleuse. *Fraus omnia corrompit* et article 1202 du Code civil. – La fraude corrompt tout : la contre-lettre est alors frappée de nullité. Certains textes prévoient parfois (cf. C. civ., art. 1099, al. 2 à propos des donations déguisées entre époux ; CGI, art. 1840, à propos des dissimulations de prix). Ce dernier texte prévoit en effet que toute contre-lettre ayant pour objet de dissimuler une partie du prix de la vente d'un immeuble, d'une cession de fonds de commerce ou d'office ministériel, de clientèle ou d'un droit au bail est nulle : le bénéficiaire du prix majoré (le vendeur) devra alors restituer le prix qui faisait l'objet de l'acte secret[495]. L'article 1202 du Code civil dispose, en redoublant la formule que à cet effet que *« Est nulle toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel. Est également nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix, lorsqu'elle porte sur une vente d'immeubles, une cession de fonds de commerce ou de clientèle, une cession d'un roit à un bail, ou le bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle »*.

Section 2. – La force obligatoire du contrat et le juge : l'interprétation du contrat

294. Pouvoir souverain des juges du fond. – Depuis longtemps, la Cour de cassation considère la question de l'interprétation des contrats est une question de fait qui relève du pouvoir souverain des juridictions du fond[496].
Il en résulte que l'interprétation d'un contrat suppose la prise en considération de faits sur lesquels la Cour de cassation ne se prononce pas, en principe. L'interprétation donnée par une juridiction du fond ne peut donc donner lieu à pourvoi sauf en cas de dénaturation des termes clairs et précis du contrat par les

[495] Cf. Cass. civ. 1ère, 4 avr. 2001, *Bull. civ*. I, n°103.
[496] Cass. sect. Réun., 2 février 1808, *arrêt Lubert*, S.1808, I, 183, *Grands arrêts*, n°91.

juges[497] : lorsqu'une clause ou un contrat est exprimé de manière claire, il doit être interprété strictement. Ainsi l'article 1192 reprend cette formule « *on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* ».

295. Interprétation du contrat et interprétation du droit des contrats. On ne doit surtout pas confondre la question de l'interprétation du droit des contrats, qui est une question ordinaire d'interprétation des normes juridiques, que la règle soit peu claire, incomplète ou absente, question ordinaire associée à la norme juridique. L'activité de la Cour de cassation est ordinairement une activité d'interprétation des règles de droit, qu'il s'agisse des lois ou des décisions précédemment rendues par cette même Cour de cassation, pour aménager, compléter, amender, voire renverser sa propre jurisprudence.
L'interprétation du contrat est une autre question, assez voisine, cependant, mais limitée à l'accord existant entre les parties.
C'est souvent une question délicate, par exemple pour considérer qu'une clause indiquant que telle stipulation n'est pas contractuelle qu'elle l'est en réalité, ou bien pour identifier des obligations sur le fondement de l'article 1104 ou 1194 du Code civil.
D'une manière plus générale, la question de l'interprétation d'un contrat suppose que cette interprétation reflète au mieux *la commune intention des parties*, masquée derrière une formule peu claire, une contradiction, une formule incomplète, etc.

296. Petit guide âne. – Le Code civil offre, un cadre général de l'interprétation des contrats un « petit guide âne » selon la formule de J. Dupichot[498], par les articles 1188 à 1192 qui réforment et modifient les règles précédentes (anciens art.1156 à 1164)[499], règles supplétives que le contrat peut modifier[500].
Deux attitudes sont possibles. Une première réponse, individualiste, met l'accent sur une interprétation subjective. Le juge est « *le serviteur du contrat* » de sorte qu'il ne peut interpréter le contrat qu'en recherchant quelle a été leur volonté.
Une seconde réponse, volontariste, invite à une interprétation objective qui accorde au juge des pouvoirs propres d'interprétation. Bien souvent, en effet, les parties n'ont pas envisagé différents problèmes d'application dans leur contrat : telle clause est peu claire, donne lieu à plusieurs interprétations, ou un élément, voire la clause tout entière, une obligation, fait défaut dans le contrat. C'est, bien entendu, une fiction que de rattacher à une volonté inexistante, ou en tout cas

[497] Cass. civ. 15 avr. 1872, *DP* 19872.1.176, *Grands arrêts*, n° 92 ; J. Boré, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ*. 1972, p. 249.
[498] J. Dupichot, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », *Mélanges J. Flour*, 1979, p. 179.
[499] Et comp. Principes Unidroit, art. 4.1 s., PECL, art. 5:101.
[500] Cf. par exemple à propos de la *clause des quatre coins,* ou *clause d'intégralité*, excluant le recours à tout autre document que le contrat lui-même : Paris, 15 juin 2005, *RTD civ*. 2006, p. 111, obs. J. Mestre et B. Fages ; M. Lamoureux, « La clause d'intégralité en droit français, anglais et américain », *RDLC*, 2007/35, n°2418 ; E. Rawach, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D*. 2001, Chr. p.223.

inexprimée, des parties la solution de tous les problèmes posés par l'exécution d'un contrat. Le juge doit alors recourir à un système d'interprétation objective à partir de la loi, des usages, de l'équité.

De ce point de vue, la question de l'interprétation du contrat rejoint celle de l'exécution du contrat, notamment des problèmes posés par l'exécution de bonne foi du contrat.

Le Code civil se prononce en faveur des deux attitudes : la première est révélée par les règles d'interprétation proprement dites (C. civ., art. 1188, al. 1er et 1189, al. 2)) et la seconde est réservée par l'application des articles 1188, al. 2, 1189, al. 1er, 1190, 1191 et 1192 mais encore et peut-être surtout de l'article 1194 du Code civil (Cf. supra).

Les règles proposées par les articles 1188, al. 1er et 1189, al. 2 du Code civil proposent alors une grille d'analyse de principe. On doit *« rechercher la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes »* (C. civ., art. 1188), en utilisant des documents annexes, antérieurs, le comportement des parties, etc. De manière voisine l'article 1189, al. 2 dispose que dans les contrats complexes, *« lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci »*.

Plus objectivement, « *lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* (art. 1188, al. 2). De même, dans les contrats complexes, *« Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier »* (art. 1189, al. 1er). Ou encore « *Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun »* (C. civ., art. 1191, ancien 1157).

Enfin, l'article 1190 propose une règle d'interprétation reprenant, dans les contrats de gréà gré celle de l'ancien article 1162 et une interprétation *in favorem* dans les contrats d'adhésion : *« Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé »* (C. consom., art. L.133-2).

Mais l'article 1194 du Code civil assure un certain « forçage » du contrat, ce qui est une manière d'exprimer que l'interprétation objective peut conduire à *découvrir* voire *inventer* des obligations dans le contrat. Un exemple classique s'en trouve dans l'obligation de sécurité, d'abord, dans les contrats de transport puis, dans de nombreux autres contrats, obligations de sécurité auxquelles s'attachent des effets que les parties n'avaient pas envisagés, la plupart du temps, à la conclusion de la convention.

CHAPITRE 2. – LE PRINCIPE DE L'EFFET RELATIF DU CONTRAT

297. L'autre pilier du droit des contrats. – Le principe de l'effet relatif du contrat est directement dérivé de celui de l'article 1103 du Code civil : les contrats légalement formés s'imposent *« à ceux qui les ont faits »*. Les contrats n'ont d'effet obligatoire qu'à l'égard des parties et point envers les tiers. C'est ce qui résulte surtout de 1199 du Code civil : *« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV »*.
Il fait suite à l'ancien article 1165 qui présentait les choses de manières voisine : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».*
La formule de ces deux textes est la traduction d'une vieille maxime latine *« res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest »* (l'accord passé entre les uns ne saurait ni nuire ni profiter aux autres).
La règle est élémentaire et fondamentale : la puissance de la force obligatoire du contrat, les obligations et effets qu'il produit, est réservée aux contractants, point aux tiers. En même temps, certains tiers ne peuvent ignorer le contrat de telle manière que la question des rapports des contractants entre eux et à l'égard des tiers se pose, en termes d'*opposabilité*.
La compréhension du principe suppose alors la détermination des parties et des tiers (Section 1), avant d'aborder la signification du principe (Section 2) et les exceptions à ce principe (Section 3).

Section 1. – La détermination des parties et des tiers

298. Détermination controversée. – L'exercice consistant à déterminer les parties (I) et les tiers (II) est l'un des problèmes classiques du droit des contrats et des plus controversés[501], en raison de son importance fondamentale pour l'application du contrat, son exécution, sa circulation également.

I – Les parties

A – Les parties au moment de la formation du contrat

299. Deux ou plus. – Les parties sont, en premier, les personnes qui ont participé à la

[501] Cf. J.-L. Aubert, « A propos d'une analyse renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ*. 1993, p. 263 ; C. Guelfucci-Thibierge, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat…à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ*. 1994, p. 275 ; J. Ghestin, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ*. 1994, p. 777 ; Ph. Delmas-Saint-Hilaire, *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, 2000 ; M.-L. Mathieu-Izorche, « Une troisième personne bien singulière ou « 2+2 = tout autre chose », *RTD civ*. 2003, p. 51.

conclusion du contrat, celles qui ont exprimé leur consentement au contrat, sur le fondement, toujours présent au moins à ce stade de l'acceptation des engagements contractuels, soit personnellement, soit par voie de représentation contractuelle ou légale. Peu importe que les parties soient deux, ce qui est généralement le cas ou plusieurs. La pluralité peut alors impliquer des intérêts divergents (deux covendeurs et deux co-acheteurs) ou convergents, telles les parties à un contrat de société, ou qu'une seule partie soit en relation avec plusieurs, elles-mêmes ayant des intérêts distincts, comme le contrat conclu par un chef d'orchestre avec son orchestre, dans un *acte conjonctif*[502].

300. Personnes intervenantes au contrat. – Autre, cependant, est la situation des intervenants non parties au contrat, par exemple le rédacteur du contrat[503] mais aussi celles chargées de fournir une autorisation, un conseil, une expertise, une déclaration, une attestation[504], ou une authentification[505]. Ces personnes interviennent dans le contrat mais n'y sont pas juridiquement des parties.

301. Conjoint du contractant. – Le conjoint du contractant n'est pas davantage partie au contrat du seul fait du mariage et demeure un tiers, sauf dans certaines hypothèses, dans le bail d'habitation, notamment (C. civ., art. 1751), mais, surtout, la question se pose en termes de pouvoirs contractuels (cf. supra).

B. – Les parties au moment de l'exécution du contrat

302. Transmission du contrat. – Lors de l'exécution du contrat, tout une série d'événements peuvent survenir : décès d'un contractant, fusion de société, cession de contrat (cf. infra, n°247 s.).

En cas de *transmission à cause de mort*, l'ancien article 1122 du Code civil posait la solution de la transmission de principe, sauf clause contraire ou bien si la nature de la convention y fait obstacle. Parce que cet héritier est considéré comme le *« continuateur de la personne du défunt »,* le décès du contractant emporte donc transmission du contrat, par principe, à ses héritiers, qu'ils soient *ayant causes à titre universel* (héritiers qui reçoivent l'intégralité de la succession) ou *à titre universel* (héritiers qui reçoivent une quote-part, active et passive, de la succession). Cependant, une clause peut y faire obstacle, clause interdisant une telle transmission ou bien prévoyant un agrément du successeur mais aussi lorsque la nature du contrat l'empêche. C'est le cas des contrats

---

[502] Cf. R. Cabrillac, *La notion d'acte conjonctif*, LGDJ, 1990.

[503] Cf. pour le fournisseur d'un modèle de contrat : Cass. 1re civ., 4 mai 1999, n° 97-14.187, *Bull. civ.* I, n°147, *Contr. conc. consom*. 1999, n°124, obs. L. Leveneur, Defrénois 1999, p. 1004, note D. Mazeaud, *JCP* éd. E 1999, p. 1827, note C. Jamin, *JCP* éd. G 1999, II, 10205, note G. Paisant, *RTD civ*. 2000, p. 107, obs. J. Mestre et B. Fages.

[504] Cf. Cass. soc., 19 juin 1987, *RTD civ*. 1988, p. 126, obs. J. Mestre (visa apposé par une administration).

[505] Cf., pour un notaire, Cass. civ. 3ème, 28 oct. 1992, no 90-17.652, *RTD civ*. 1993, p. 123, obs. J. Mestre. Adde : M. Vasseur, « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres », *RTD civ*. 1949, p. 173.

intuitu personae. En outre, il convient que les mécanismes successoraux aient fonctionné et notamment que l'héritier n'ait pas renoncé à la succession.
La réforme de 2016 n'a pas repris cette disposition, qui, à bien des égards, relève davantage du droit des successions que du droit des contrats. Les solutions demeurent les mêmes. On peut ajouter par ailleurs que ces règles valaient aussi pour la transmission des contrats conclus par une personne morale, absorbée et dissoute, par fusion avec une société absorbante.
En cas de *transmission entre vifs*, s'il s'agisse d'une technique de droit des sociétés (fusion partielle, apport partiel d'actif, scission) qui opèrent transmission universelle du patrimoine, comme le décès d'une personne, la solution est globalement la même, alors que les techniques de nature contractuelle, comme dans le cas de cession de contrat, la solution est beaucoup complexe, en raison de la difficulté à appréhender la notion même de cession de contrat (cf. infra, n°247 s.) : retenons ici que la cession de contrat est en principe possible, emportant changement de contractant.

II. – Les tiers

303. Penitus extranei et tiers intéressés. – Sont des tiers, en premier lieu, les tiers absolus ou *penitus extranei*, totalement étrangers au contrat et généralement ignorant de l'existence même du contrat.
En revanche, certains tiers sont particulièrement intéressés par le contrat conclu, souvent parce qu'ils sont eux-mêmes en relation avec l'une des parties : c'est le cas notamment des créanciers et des débiteurs des contractants. Le banquier, l'assureur, les différents contractants sont évidemment intéressés par l'ensemble des contrats, qu'ils soient susceptibles d'appauvrir ou d'enrichir le contractant.
Les créanciers ordinaires qu'on appelle les *créanciers chirographaires* de l'une des parties, dont le droit de gage général (C. civ., art.2284) pourrait se trouver affecté sont plutôt mal protégés, sinon par le jeu des actions obliques et pauliennes (cf. infra).
Les *ayant causes à titre particulier* sont les personnes qui recueillent un bien déterminé d'une personne (de manière purement active, à la différence des ayants cause universels ou à titre universel), recueilli soit dans un rapport de succession ou de donation, soit à titre onéreux. La question de la transmission des droits et actions et d'opposabilité est, à leur, égard, particulièrement important.

Section 2 - Le contenu du principe de l'effet relatif des contrats

I – Signification du principe de l'effet relatif du contrat

304. Limitation de la portée de l'effet obligatoire. – Le principe de l'effet relatif du contrat signifie que les obligations qu'il contient sont réservées aux parties contractantes et ne s'appliquent par aux tiers : un tiers ne saurait ainsi être rendu débiteur sans sa volonté, sans être partie au contrat, donc. Par exemple, le propriétaire d'un appartement loué, n'est pas tenu par le contrat de réparation

conclu par son locataire et, inversement, l'entrepreneur ne peut pas demander paiement au bailleur : le bailleur est tiers au contrat d'entreprise conclu par le locataire et, réciproquement, l'entrepreneur est tiers au contrat de bail. Le principe est fondamental : le tiers n'étant pas partie au contrat, il ne peut subir ni engager une action en exécution forcée, en responsabilité.
Le mécanisme fonctionne en toutes circonstances.
Par exemple, l'associé ou le dirigeant d'une société est un tiers à l'égard des contrats conclus par la société, et réciproquement. Les dettes et les créances de la société ne sont pas celles de l'associé ou du dirigeant, à moins qu'ils se soient personnellement engagés avec la société[506], de même que, dans un groupe de sociétés, les sociétés filles du groupe sont toutes des tiers les unes par rapport aux autres et à l'égard de la société mère[507] : un contrat conclu par la société mère ne lie pas la filiale[508], et réciproquement[509].
Ce principe est assorti de certaines exceptions, la question des sous-contrats, des actions directes notamment (Cf. Infra).

II. – L'opposabilité du contrat à l'égard des tiers

305. L'opposabilité du contrat : complément du principe de l'effet relatif. – Le principe de l'effet relatif du contrat ne signifie pas que le contrat est isolé du reste du monde.
Tout au contraire, un contrat, et les obligations qu'il contient, s'insèrent dans la myriade des contrats qui l'entourent. C'est en ce sens que le principe de l'effet relatif du contrat est limité, ou plus exactement, complété par le principe de l'opposabilité du contrat à l'égard des tiers qui permet de mesurer les effets du contrat à l'égard des tiers. Il n'en résulte pas que le tiers peut devenir créancier ou débiteur exactement comme le serait une partie, mais que le tiers peut bénéficier ou subir l'effet contractuel.
Pourtant, ce principe n'est pas formulé dans le Code civil, il est le résultat d'un long travail de la doctrine, depuis le début du XXès iècle[510]. Ce principe signifie

[506] Cf. Cass. civ. 1ère, 20 mai 2003, *Bull. civ.* I, n°119.
[507] Cf. Cass. com. 29 juin 1993, *Bull. civ*. IV, n°271 ; Cass. soc. 22 mai 1995, *Bull. civ.* V, n°162 (à propos d'une clause de non-concurrence souscrite par un salarié avec une société, non opposable par les autres sociétés du groupe). Comp. D. Mainguy, Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée, *Rev. Soc*. 1996, p. 17.
[508] Cass. com. 15 sept. 2009, n° 08-16551, RTDcom. 2009, p. 756, obs. Cl. CHampaud et D. Danet.
[509] Cass. Ass. Plén. 9 oct. 2006, n° 56-11056, JCP G 2006, II, 10175, note Th. Bonneau, RTDciv. 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages.
[510] Cf. not. : R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ*. 1934, p. 525, A. Weill, *La relativité des contrats en droit privé*, Th. Strasbourg, 1939 , J.-L. Goutal, *Recherches sur le principe de l'effet relatif des contrats*, Th. Paris, II, 1977, Y. Flour, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, Th. Paris, II, 1977, F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, Th. Paris II, 1979, J. Duclos, *L'opposabilité*, LGDJ, 1984, M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers (Comparaisons franco-belges)*, LGDJ, 1993, M. Bacache-Gibelli, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996 ; R. Winston, « Etude critique de la notion d'opposabilité » in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, LGDJ, 2004.

qu'un contrat peut être opposé aux tiers en ce sens que les tiers doivent respecter la situation contractuelle créée par ce contrat. Cependant, ce respect ne peut en principe s'effectuer par des voies contractuelles : le contrat ne crée pas d'obligation à l'égard ou à l'encontre du tiers, il constitue simplement une situation de fait, un fait juridique qui leur est opposable, c'est-à-dire qu'ils doivent respecter. Inversement, les tiers peuvent opposer le contrat aux parties contractantes.

306. Le contrat opposé aux tiers. – Le contrat peut être opposé au tiers dans ses situations extraordinaires, comme dans le cas de la *simulation* (Cf. supra), de l'action oblique ou de l'action paulienne (Cf. infra), ou dans la situation originale des *ayants cause à titre particulier* (cf. infra).

En revanche, la situation ordinaire du tiers est celle dans laquelle il méconnaît des droits contractuels qu'il connaît et, notamment, dans laquelle il est susceptible d'engager sa responsabilité *délictuelle* lorsqu'il participe à la violation du contrat ou se rend complice de cette violation. Tiers au contrat, il ne saurait voir sa responsabilité contractuelle engagée, c'est bien de responsabilité délictuelle dont il s'agit, le contrat étant pour lui un fait juridique, de telle manière que les règles ordinaire de la responsabilité délictuelle s'appliquent : il suffit au contractant de démontrer son préjudice, la faute du tiers (et la connaissance par ce dernier du contrat) et le lien de causalité entre les deux, mais sans qu'aucune autre condition s'ajoute, intention de nuire par exemple.

C'est la théorie de la *tierce complicité de la violation d'un contrat*[511] qu'illustre, par exemple l'hypothèse du débauchage d'un salarié par un employeur en violation du contrat de travail en cours avec un autre employeur[512] ou d'une clause de non concurrence conclue avec l'ancien employeur, ou d'une clause de confidentialité[513] ou encore en raison de la constitution d'une société par les cédants d'un fonds de commerce tenus par une clause de non concurrence[514], mais aussi les hypothèses de violation d'un pacte de préférence ou d'une promesse de vente (Cf. supra).

L'hypothèse est aussi fréquemment retenue dans la gestion des contrats de distribution. Lorsqu'un fabricant met en place un réseau de distribution exclusive ou sélective il inclut fréquemment dans les contrats une interdiction de revendre les produits à d'autres distributeurs que ceux membres du réseau, de manière à éviter toute situation de distribution parallèle : le tiers qui s'approvisionne en dépit de cette interdiction commet une faute qui engage sa

[511] Cf. P. Hugueney, *La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, th. Dijon, 1910, E. Lalou, « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers », *DH* 1928, Chr. 69, B. Starck, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP* 1954, I, 1180.
[512] Cf. Cass. com. 20 juin 1972, *Bull. civ*. IV, n°198.
[513] Cass. civ. 17 févr. 2000, n° 97-22498, JCP G 2001, I, 338, obs. G. Viney, *D*. 2001, p. 952, note M. BIlliau et J. Moury.
[514] Cf. Cass. com. 30 nov. 1999, *RJDA* 2000, n°129.

responsabilité pour concurrence déloyale[515], solution aujourd'hui consacrée par la loi (C. com., art. L. 442-1). L'intérêt pour le contractant est majeur : d'une part, il peut engager une action de nature contractuelle contre son cocontractant, qui a violé une stipulation contractuelle, mais aussi une action en responsabilité délictuelle contre le tiers, complice de cette violation et même obtenir leur condamnation *in solidum*[516].

Cette opposabilité du contrat au tiers s'impose aujourd'hui comme un principe, consacré comme tel par la Cour de cassation[517]. Il convient de s'arrêter un instant sur le caractère exceptionnel de cette avancée jurisprudentielle.

L'opposabilité du contrat au tiers ne pose guère de difficulté lorsque le contrat présente un effet réel, constitutif, translatif ou extinctif de droit réel. Une vente, par exemple propose un transfert de propriété. Alors que la propriété est, par nature, opposable *erga omnes*, il n'est guère difficile de mesurer que le transfert de propriété est opposable à tous, plus par l'effet de l'opposabilité de la propriété transférée que par l'effet *contractuel* du transfert. Plus exactement, les obligations du contrat, l'obligation de délivrance dans la vente par exemple, sont des techniques d'extériorisation qui permettent de donner corps à l'opposabilité du transfert de propriété, qui s'effectue dans la vente par le seul fait du contrat (l'acheteur est propriétaire de la chose dès le consentement mais les tiers s'en rendent vraiment compte lorsque la chose est livrée).

Lorsque, en revanche, le contrat ne présente pas d'effet réel, mais simplement des obligations ordinaires, le principe d'opposabilité du contrat aux tiers prend tout son effet. Les tiers auxquels le contrat est opposable doivent ainsi *respecter* le contrat de telle sorte que les faits des tiers de nature à participer à la violation, par les parties de leurs obligations, engagent la responsabilité du tiers. Un temps, suivant Planiol au début du XXè siècle, on pouvait penser qu'il en résultait une *obligation passive universelle*, une obligation d'abstention, alors que les principes de la responsabilité civile délictuelle suffisent amplement[518].

307. Opposabilité du contrat aux ayants cause à titre particulier. – La situation est plus complexe face aux ayants cause à titre particulier. Est un ayant cause à titre particulier celui qui recueille d'une personne, qu'on appelle son *auteur*, un bien déterminé, ce qui est le cas d'un donataire ou d'un acheteur. Par exemple, c'est le cas de l'acheteur d'un bien alors qu'un contrat ayant pour objet ce bien a été conclu par le vendeur. La situation est alors la suivante, A (l'auteur) a conclu un contrat avec B et a vendu le bien avec C, ayant cause à titre particulier et tiers

---

[515] Cf. Cass. com. 27 oct. 1992, *D*. 1992.505, note A. Bénabent, Cass. com. 25 avr. 2001, *Contrats, conc. consom*. 2001, n° 108, obs. L. Leveneur, à propos de l'approvisionnement de revendeurs automobiles non concessionnaires ayant acquis des véhicules de sociétés de location; Cass. com. 19 oct. 1999, *Contrats, conc. consom*. 2000, n° 6, obs. M. Malaurie-Vignal; Cass. com. 10 févr. 1998, *Contrats, conc. consom*., 1998, n° 61, obs. L. Leveneur..

[516] Cass. com. 24 févr. 1998, *Bull. civ*. IV, n°IV, n°111, *D*. 1999, somm. 13, obs. R. Libchaber.

[517] Cf. Cass. civ. 1ère, 17 oct. 2000, préc..

[518] Cf. Cass. civ. 1ère, 26 janv. 1999, *Bull. civ.* I, n° 32, *D*. 1999, somm. p. 263, *RTD civ*. 1999, p. 405, obs. P. Jourdain : *« le contractant, victime d'un dommage né de l'inexécution d'un contrat peut demander, sur le terrain de la responsabilité délictuelle, la réparation de ce préjudice au tiers à la faute duquel il estime que le dommage est imputable »*.

au contrat A-B. La question n'intéresse ici que cette situation particulière dans laquelle contrat conclu a pour objet de bien transmis. S'agissant des contrats n'ayant aucun rapport avec le bien vendu, le contrat conclu par l'auteur est opposable au tiers acquéreur, comme tout contrat, mais pas davantage. En revanche, lorsque le contrat A-B a pour l'objet la chose elle-même (contrat de bail, contrat constitutif d'une servitude, etc.,), la situation du tiers acquéreur est plus difficile à résoudre.

Une première situation concerne les contrats créant des effets réels. Si le vendeur a consenti une servitude de passage ou un usufruit (ou en bénéficie), celle-ci est également subie par l'acquéreur (ou lui profite). D'une façon plus large, la plupart des contrats constitutifs de droit réel font l'objet d'un régime de publicité qui rend l'effet réel de ce contrat opposable aux tiers, via les techniques de la publicité foncière (D. 4 janv. 1955).

Plus complexe est l'hypothèse dans laquelle le contrat A-B n'est pas constitutif d'effet réel, mais simplement d'effets personnels, d'obligations. La question se pose alors de savoir si le tiers acquéreur est tenu des droits et obligations contractés par son auteur. La loi règle parfois la question en ce sens, par exemple dans le cas du contrat de bail conclu par le bailleur vendeur (C. civ. art. 1743), rendant l'acquéreur tenu de ces baux, du contrat d'assurance (C. ass., art. L. 121-10) ou encore s'agissant des contrats de travail dans le cas d'un transfert de propriété de l'entreprise qui emploie les salariés (C. trav., art. L. 1224-1, al. 2).

A l'inverse lorsque la loi ne prévoit rien en revanche, aucune règle n'impose, en principe, la transmission des droits et obligation à l'ayant cause à titre particulier de sorte que le principe est celui de la non transmission des contrats, créances et obligations, à l'ayant cause à titre particulier, principe assorti de tempéraments et il faut bien reconnaître que les solutions dégagées en jurisprudence laissent place à une certaine incertitude, s'agissant des transmissions actives (transmission des créances) et passives (transmission des obligations) ([519]). La transmission des créances semble plus acceptable lorsque les créances ou les actions en justice entretiennent un rapport étroit avec la chose. Ainsi en est-il de la créance de non concurrence s'agissant d'une clause de non concurrence dont profitait le cédant ([520]), celle-ci profite à l'acquéreur du fonds de commerce ou de l'entreprise, spécialement lorsqu'il résulte de la clause que celle-ci pouvait ainsi circuler. Ainsi, s'agissant des actions que le vendeur aurait pu engager du fait de désordres subis par le bien, la jurisprudence considère généralement que les actions ne sont pas transmises avec la chose ([521]), sauf clause expresse en ce sens, et hors solution relevant du régime des actions directes (cf. infra, n°237 s.).

---

[519] Cf. O. Deshaye, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, LJDJ 2004.

[520] Cf. Cass. civ. 1ère, 3 déc. 1996, *Bull. civ.* I, n°436, *RTD civ*. 1997, obs. J. Mestre : *« la clause de non-concurrence doit être, sauf preuve contraire, présumée comprise parmi les droits transmis par le cessionnaire lorsqu'il vient, à son tour, à procéder à la même opération à l'égard d'un tiers ».*

[521] Cf. Cass. civ. 3ème, 4 déc. 2002, *JCP* 2003, II, 10058, note P. Jourdain, Cass. civ. 3ème, 17 nov. 2004, *JCP*, éd. N., 2006, 1002, note J.-A. Gravillou, *RDC* 2005, p. 347, obs. Ph. Brun.

La transmission passive en revanche, est en général impossible de sorte que l'acquéreur d'un fonds de commerce n'est pas tenu, sauf clause particulière par l'obligation de non-concurrence souscrite par le cédant ([522]), à moins qu'elle constitue une servitude réelle.

308. Le contrat opposé par les tiers. – La question complémentaire de la précédente, celle de l'opposabilité du contrat par les tiers à l'un ou aux parties contractantes, résulte de la considération du contrat comme un fait juridique pour le tiers[523].

Le tiers peut ainsi utiliser le contrat auquel il n'a pas participé à titre probatoire : l'inexécution du contrat, la violation d'une stipulation contractuelle peut ainsi servir de démonstration de l'existence d'une faute, ou bien du préjudice subi par le tiers[524].

Surtout, le tiers peut invoquer le manquement au contrat, comme fait juridique, et donc comme faute *délictuelle*, si ce manquement est à l'origine du préjudicie qu'il a subi.

Un temps, la Cour de cassation était divisée sur ce point. Pour la première chambre civile[525], rejointe par la troisième[526], le seul manquement par le contractant à son obligation était équivalent à une faute à l'égard du tiers sans qu'il soit besoin d'un autre élément ou d'une autre preuve. Mais à l'inverse, la Chambre commerciale[527] considérait que le tiers devait identifier une faute distincte de la mauvaise exécution du contrat, sauf à confondre responsabilité contractuelle, donc effet obligatoire du contrat, et responsabilité délictuelle.

Cependant, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a, le 6 octobre 2006, dans le célèbre arrêt *Bootshop,* tranché la question en faveur de la position de la première chambre civile : *« le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »*[528]. Dans cette affaire, des bailleurs

---

[522] Cf. Cass. civ. 1ère, . 9 oct. 1996, *Bull. civ.* I, n°25; Cass. com. 1er avr. 1997, *Bull. civ.* V, n°89; Cass. com. 18 juill. 1989, *JCP* 1989, IV, 357.

[523] Cf. Cass. com. 22 oct. 1991, *Bull. civ.*, IV, n°302, *D*. 1993, p. 181, Note J. Ghestin.

[524] Cf. Cass. civ. 1ère, 10 mai 2005, *Bull. civ.* I, n°205, *D*. 2006, p. 1156, note A. Guégan-Lécyuer, *RTD civ*. 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages.

[525] Cass. civ. 1ère, 15 déc. 1998, *Bull. civ.* I, n°368, Contrats, conc. Consom., 1999, n°37, obs. L. Leveneur ; Cass. Civ. 1ère, 13 févr. 2001, *JCP* 2002, II, 10099, note C. Lisanti-Kalzcinski; Cass. civ. 1ère, 23 oct. 2003, *Bull. civ.* I, n°219, *D*. 2004, p. 233, note Ph. Delebecque, *JCP* 2004, II, 10006, note G. Lardeux. V. Cependant, Cass. civ. 1ère, 18 mai 2004, *RTD civ*. 2004, p. 516, obs. P. Jourdain. Adde : J.-P. Tosi, « Le manquement contractuel dérelativisé », *Mélanges M. Gobert*, 2004, p. 479 ; C. Hécart, *L'inexécution contractuelle : fait générateur de responsabilité délictuelle envers les tiers*, Th. Paris V.

[526] Cass. civ. 3ème, 10 janv. 2001, *RD imm*ob. 2001, p., 179, obs. Ph. Malinvaud, à propos de l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant.

[527] Cass. com. 8 oct. 2002, *Resp. civ. et ass*. 2003, n°2 ; Cass. com. 5 oct. 2005, *Contrats, conc. consom*. 2005, n°149, obs. L. Leveneur, *RDC* 2006, p. 687, obs. D. Mazeaud.

[528] Cass. ass. plén. 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *Bull. ass. plén*. n°9, *D*. 2006, p. 2825, note G. Viney, *JCP* 2006, II, 10191, avic. M. Gariazzo, note M. Billiau, *JCP* 2006, I, 115, n°4, obs. Ph. Stoffel-Munck, *RTD civ*. 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages, *RDC* 2007, p. 269, obs. D. Mazeaud, p. 279, S. Carval, p. 379, obs. J.-B. Seube et p. 537, débats. Adde : Ph. Brun, « Feu la

avaient loué un immeuble commercial à une société qui avait confié la gérance de son fonds de commerce à une autre société. Ce gérant imputait aux bailleurs le défaut d'entretien de l'immeuble et avait engagé une action (en référé) pour obtenir la remise en état des lieux et la réparation de leur préjudice d'exploitation. Pour la Cour de cassation, donc, cette action est possible, un manquement contractuel peut être utilisé par un tiers comme un fait dommageable sanctionné par les règles de la responsabilité extracontractuelle.
L'article 1200 du Code civil donne désormais un écho à cette solution : *« Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait »*.
Les illustrations de cette situation sont très nombreuses, dans toutes les situations contractuelles où le tiers, éventuellement lié contractuelle à l'un des contractants, est victime de l'inexécution de ce dernier contrat, par exemple dans certaines chaînes de contrats comme dans la situation de la sous-traitance, permettant au maître d'ouvrage d'agir en responsabilité contre le sous-traitant qui a mal exécuté le contrat de sous-traitance conclu avec l'entrepreneur[529].
Mais c'est surtout dans les hypothèses dans lesquelles un tiers subit un dommage corporel du fait de l'exécution d'un contrat que la question a connu un large succès. La jurisprudence a en effet identifié une obligation de sécurité dont l'inexécution peut profiter aux tiers par l'existence d'une stipulation pour autrui tacite (cf. infra) ou bien sur le fondement de l'opposabilité du contrat à l'égard des tiers[530].

309. Fortes critiques. – De fortes critiques s'élèvent contre cette solution, qui valide le principe dit de « l'identité des fautes contractuelles et délictuelles », dans la mesure où elle pourrait placer les tiers dans une situation plus favorable que celle des parties elles-mêmes. En effet, le manquement contractuel est, pour le tiers, un « fait », par ailleurs détaché du contrat lui-même dans lequel il s'inscrit. Par exemple, dans l'arrêt *Bootshop* de 2006, la « faute » du bailleur était considérée comme le défaut d'entretien des locaux, situation difficilement séparable du contexte contractuel entre le bailleur et le locataire ; en dehors de ce contexte, la question aurait pu se poser de savoir si ce défaut d'entretien était constitutif d'un défaut de pridence ou de dilligence au sens de l'article 1241 du Code civil (ancien art. 1383). Lorsque l'obligation contractuelle invoquée se présente comme un devoir de diligence ou de prudence, la ritique porte

relativité de la faute contractuelle », *RLDC*, janv. 2007, p. 5. V. aussi Cass. com. 6 mars 2007, n° 05-10480,, Cass. civ. 1ère, 15 mai 2007, n° 05-16926, RDC 2007, p. 1137, obs. S. Carval, Cass. civ. 3ème, 13 juill. 2010, n° 09-67516, CCC 2010, n°11, obs. L. Leveneur, RDC 2010, p. 65, obs. Th. Genicon. Contra en droit administratif : CE 11 juill. 2011, n° 339409, D. 2012, p. 653, obs. G. Viney.

[529] Cass. civ. 3ème, 10 janv. 2001, préc. V. aussi Cass. civ. 1ère, 25 nov. 1997, *Bull. civ.* I, n°321 (responsabilité du mandataire choisi par l'une des parties pour rédiger un acte) ; Cass. civ. 2ème, 21 mai 1997, *D*. 1999, p. 150, note B. Fages (responsabilité du franchiseur à l'encontre des voisins d'un franchisé).

[530] Cf. Cass. civ. 1ère, 13 févr. 2001, préc. (responsabilité d'un centre de transfusion sanguine du fait de la contamination par le SIDA du fait de la fourniture de sang contaminé).

évidemment moins[531]. C'est le cas, notamment d'une obligation de sécurité qui est, en général, une obligation de prudence et de diligence.
Par ailleurs, l'invocation de ce manquement comme une faute déjoue les prévisions contractuelles, prescriptions, restrictions dans l'appréciation de l'exécution, etc., toutes choses qui constituent la substance de l'obligation contractuelle entre les parties. Par ailleurs, la question n'est pas posée de savoir si, au préalable, le tiers « victime » ne pouvait engager une autre action plus proche de la protection de ses intérêts, par exemple contre la société locataire, ou encore si les éléments du contrat pouvaient ou non être opposées au tiers, par exemple une clause limitative de responsabilité ou une clause de compétence, alors qu'elles auraient pu être opposées au contractant.
Une autre critique repose sur l'idée que cette solution est une atteinte portée au principe de l'effet relatif du contrat. En effet, l'obligation d'entretien, par exemple dans l'arrêt *Bootshop*, a pour contrepartie les obligations du preneur, dont le paiement d'un loyer : le tiers peut donc jouir d'une prestation pour laquelle aucune contre-prestation n'a été convenue. La solution est donc assez similaire à celle des actions directes dans les contrats, considérées (cf. infra) comme « nécessairement » contractuelle[532]. Par exemple, le tiers à un contrat impliquant une prestation quelconque, qui est mal exécutée, et qui n'est pas équivalente à une obligaton de prudence ou de diligence (une prestation de réparation ou de conseil par exemple) est traitée, du fait de la généralité de la solution de l'arrêt *Bootshop*, sans considération de l'absence de contre-prestation par le tiers.
Dès lors une partie de la jurisprudence postérieure a maintenu des solutions contraires à celle de l'arrêt *Bootshop.* Ainsi, en 2011, la Cour de cassation décidait qu'un contractant ne pouvait se voir opposer sa propre prestation contractuelle sans que soit démontré *« en quoi le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi délictuelle »*[533], projetant donc la jurisprudence dans la situation prévalent avant 2006 : le manquement contractuel par un contractant peut être invoquée par un tiers, à condition que ce manquement puisse être assimilé à une faute délictuelle ou quasi-délictuelle, renversant donc la règle de l'identité des faute contractuelle et délictuelle[534].

---

[531] Cf. Cass. com. 17 juin 1997, n° 95-14535, RTDciv. 1998, p. 113, obs. P. Jourdain, *« si la faute contractuelle d'un mandataire à l'égard de son mandant peut être qualifiée de faute quasi-délictuelle à l'égard d'un tiers, c'est à la conditionnqu'elle constitue aussi la violation d'une obligation générale de prudence et de diligence »*.
[532] Comp. Cass. civ. 1ère, 19 sept. 2018, n° 16-20164, AJ contrats, 2018, p. 480, note B. Neraudau, RTDciv. 2018, p. 902, obs. H. Barbier (obligation de conseil due à un contractant, invoquée par un tiers).
[533] Cass. civ. 1ère, 15 déc. 2011, n° 10-17691, D. 2012, p. 659, note D. Mazeaud. V. aussi Cass. civ. 3è 18 mai 2017, n° 16-11203, D. 2017, p. 1225, note D. Houtcieff, RTDciv. 2017, p. 651, obs. H. Barbier : cassation de l'arrêt qui *« par des motifs qui, tirés du seil manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices, sont impropres à caractériser une faute délictuelle »*, Cass. com. 18 janv. 2017, n° 14-16442, D. 2017, p. 1036, note D. Mazeaud, RTD civ. 2017, p. 651, obs. H. Barbier.
[534] V., not., Cass. civ. 3e, 22 oct. 2008, n° 07-15.583, RTD civ. 2009, p. 121, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1re, 15 déc. 2011, n° 10-17.691, préc. Cass. com. 28 janv. 2014, n° 12-27.703, D.

Or, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a, dans un arrêt Récemment, un second arrêt d'assemblée plénière dit *« Sucrerie de Bois Rouge »,* comme on préfèrera, a, au contraire de toutes les critiques émises contrat l'arrêt *Bootshop,* est confirmé la solution de l'arrêt *Boot shop* dans un arrêt du 13 janvier 2020[535]. Dans cette affaire, En l'espèce, deux sociétés de fabrication et la commercialisation de sucre de canne avaient conclu un accord prévoyant notamment leur assistance mutuelle. Dans le cas où l'usine de l'une d'elles viendrait à cesser de fonctionner, l'autre devrait assurer le traitement de la canne à sa place. Un incendie s'était déclaré dans la centrale thermique qui alimentait l'usine d'une des deux sociétés en électricité, cette dernière dut arrêter son activité, l'autre, en vertu de l'assistance promise, devant traiter la canne à sa place, emportant, de son côté, des pertes d'exploitation. Son assureur les ayant couvertes, il chercha à s'en faire dédommager auprès de l'exploitant de la centrale thermique qui, par sa défaillance contractuelle causée par l'incendie, avait paralysé l'usine et déclenché l'assistance. L'action fut rejetée par les juges du fond aux motifs qu'aucune négligence ou imprudence de l'exploitant de la centrale thermique n'était établie. Or, pour la Cour de cassation reprend la solution de 2006 et dont on peut retenir que, sur le fondement de l'ancien article 1165 « *Le manquement par un contractant à une obligation contractuelle est de nature à constituer un fait illicite à l'égard d'un tiers au contrat lorsqu'il lui cause un dommage »,* qu'il « *importe de ne pas entraver l'indemnisation de ce dommage »* et que, dès lors, *« le tiers au contrat qui établit un lien de causalité entre un manquement contractuel et le dommage qu'il subit n'est pas tenu de démontrer une faute délictuelle ou quasi délictuelle distincte de ce manquement ».* La solution a paru assez surprenante pour les observateurs dans la mesure, d'une part, des décisions rendue depuis 2008 par cette même cour de cassation et, d'autre part, en raison de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile qui, dans son projet d'article 1234, al 1er envisage que *« lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II. (al. 2). Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les*

2014, p. 1010, chron. A.-C. Le Bras, H. Guillou et F. Arbellot ; RTD civ. 2014, p. 361, obs. H. Barbier ; Cass. com. 18 janv. 2017, n° 14-16.442, préc.; Cass. civ. 3e, 18 mai 2017, n° 16-11.203, préc.

[535] Cass., ass. plén., 13 janv. 2020, n° 17-19.963, Dalloz actualité, 24 janv. 2020, obs. J.-D. Pellier ; *ibid.*, 27 fév. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2020. 416, note J.-S. Borghetti, p. 353, obs. M. Mekki, p. 394, point de vue M. Bacache, 2021, p. 46, obs. P. Brun, O. Gout et C. Quézel-Ambrunaz, p. 310, obs. R. Boffa et M. Mekki ; AJ contrat 2020, p. 80, obs. M. Latina ; RFDA 2020, p. 443, note J. Bousquet ; Rev. crit. DIP 2020, p. 711, étude D. Sindres ; RTD civ. 2020, p. 96, obs. H. Barbier, p. 395, obs. P. Jourdain. V. aussi Com. 15 juin 2022, F-B, n° 19-25.750.

contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite ».

Section 3. – Les exceptions au principe de l'effet relatif du contrat

310. Présentation. – Nombreuses sont les exceptions au principe de l'effet relatif du contrat, d'une part sen raison des liens toujours plus importants noués entre les contrats d'où apparaît la notion de groupe de contrats (I) mais également en raison d'exceptions particulières posées par la loi, les engagements pour autrui (II) et les obligations obliques et pauliennes (III).

I – Les groupes de contrats

311. Décloisonnement contractuel. – Le mécanisme de l'article 1199 du Code civil fonde une logique de cloisonnement des contrats, particulièrement utile pour l'affirmation de la force obligatoire du contrat et leur distinction, et que le principe complémentaire de l'opposabilité du contrat renforce.
Cependant ces deux principes conjugués ne résolvent pas la question posée par les groupes de contrats[536] qu'illustre le cas de la pluralité de contrats conclus par des mêmes contractants (ensembles contractuels) et des chaînes de contrats. Un temps, l'hypothèse des groupes de contrats était de nature à rompre avec le principe de l'effet relatif des contrats de façon à rendre moins autonomes les contrats insérés dans un tel groupe, de telle manière que les effets d'un contrat puissent se propager à d'autres contrats lorsque certaines conditions étaient respectées.
Ainsi se dégagent les chaînes de contrats : des suites de contrats unis par un même objet, comme le cas des sous-contrats (contrat de bail et sous-contrat de bail par exemple) et des chaînes de contrats de vente (vente et revente d'une même chose)[537], où la question des liens entre les maillons de la chaîne se pose. Ou des ensembles de contrats unis par un objectif voisin (contrat de vente et contrat de financement de ce bien, contrat de vente et contrat de maintenance, etc.). Vœu doctrinal, la promesse ne fut pas suivie des effets majeurs escomptés sauf dans trois hypothèses, celle des sous-contrats, des actions directes dans les chaînes translatives de contrats et de l'indivisibilité frappant les ensembles contractuels.

312. Chaînes de contrats : les sous-contrats. – Les sous-contrats s'insèrent dans des chaînes de contrats partageant un même objet ou un même ouvrage[538]. Une partie conclut un contrat avec une personne qui, à son tour conclu un contrat qui permet l'exécution du premier : un bailleur conclut un bail avec un locataire qui sous-loue tout ou partie de la chose louée, un mandant conclut un mandat avec

---

[536] Cf. B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975, M. Bacache-Gibelli, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996.
[537] Cf. D. Mainguy, *La revente*, Litec, 1996.
[538] Cf. J. Néret, *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979.

un mandataire qui fait exécuter tout ou partie de la mission avec un sous-mandataire, un maître d'ouvrage conclut un contrat d'entreprise avec un entrepreneur qui fait exécuter tout ou partie de l'ouvrage avec un sous-traitant, pour envisager les hypothèses les plus usuelles.

La loi envisage parfois la situation. Ainsi le sous-contrat de bail est permis sauf clause contraire (C. civ., art. 1753, permettant au bailleur d'agir en paiement contre le sous-locataire en cas de non-paiement par le locataire principal), de même le sous-mandat (Cf. C. civ., art. 1998) que le régime de la sous-traitance est organisé par une loi du 31 décembre 1975 ([539]), assurant une action directe en paiement par le sous-traitant contre le maître d'ouvrage, en cas de non-paiement par l'entrepreneur principal. En principe, contrat principal et sous-contrat sont indépendants, autonomes, de telle manière que les relations entre les membres ultimes (le maître d'ouvrage et le sous-traitant, le bailleur et le sous-locataire) n'existent en principe pas : le premier ne peut agir en exécution contre le dernier et ce dernier en paiement contre le premier, sauf hypothèse envisagée par la loi, comme dans la sous-traitance, le bail, le mandat, notamment.

313. Chaînes de contrats translatifs de propriété : l'action directe. – L'exemple le plus topique, et passablement complexe, des relations entre contractants dans un groupe de contrats repose sur les chaînes de contrats translatives de propriété, les chaînes de vente notamment : un vendeur vend une chose à un revendeur qui la revend à un sous-acquéreur, situation ordinaire de la distribution de marchandises.

Le droit français, assez isolé cependant[540], considère que l'action engagée par le sous-acquéreur contre le vendeur initial est de nature nécessairement contractuelle[541], action en garantie des vices cachés ou en responsabilité du fait d'une délivrance non conforme par exemple[542]. L'importance de cette action

---

[539] D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 13 éd., 2022, n°445s.

[540] Sur l'application des règles européennes de conflit de juridictions : CJCE, 17 juin 1992 (*Jacob Handte*) : *JCP* G 1992, II, 21927, note Ch. Larroumet ; *JCP* E 1992, II, 363, note P. Jourdain et I, 199, obs. J. Raynard ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 730, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD eur*. 1992, p. 709, note P. de Vareilles-Sommieres ; *JCP* G 1993, I, 3664, obs. G. Viney et 3666, note M.-C. Boutard-Labarde ; *D*. 1993, somm. p. 214, obs. J. Kullman ; *RTD civ*. 1993, p. 173, obs. P. Jourdain, solution appliquée par la Cour de cassation : Cass. civ. 1ère, 27 janv. 1993, n° 89-14179. Par ailleurs, La CJUE rejette l'opposabilité de la clause attributive de juridiction au sous-acquéreur s'il n'y as consenti (CJUE 7 févr. 2013, aff. C-543/10 *Refcomp SpA,* D. 2013, p. 1110, note S. Bollée, JCP G 2013, 516, note Ph. Guez et Cass. civ. 1ère, 11 sept. 2013, n° 09-12442, D. 2014, p. 121, note D. Mazeaud, Cass. civ. 1ère, 25 mars 2015, n° 13-24796). Sur l'application de convention de Vienne : Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999 (*Thermo King*) : *D*. 1999. 383, note. Cl. Witz ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 519, note V. Heuzé; *JCP* G 2000, I, 199, n° 7, obs. G. Viney ; *JCP* E 1999, p. 962, note L. Leveneur; *RTD civ*. 1999, p. 502, obs. J. Raynard.

[541] Cass. civ., 1ère, 9 oct. 1979, *Bull. civ.* I, n° 241, p. 192 ; *D*. 1980, IR, p. 222, obs. Ch. Larroumet, *RTD civ*. 1980, p. 352, obs. G. Durry.

[542] C. Jamin, *La notion d'action* directe, LGDJ, 1991, C. Lisanti-Kalszynski, « L'action directe dans les chaînes de contrats ? Plus de dix ans après l'arrêt *Besse* », *JCP* 2003, I, 102, D. Mainguy, « L'actualité des actions directes dans les chaînes de contrats », *Mélanges J. Béguin*, 2005, p. 449 ; P. Puig, « Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ? », *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.913.

doit être soulignée : en principe, le sous-acquéreur n'a aucun lien avec le vendeur initial, de telle sorte que la seule action possible est, en principe, une action en responsabilité délictuelle. La solution se justifiait par la transmission de la chose[543].

Assez curieusement cependant, l'ordonnance de 2016 ne s'est pas prononcé sur cette question, alors même que la jurisprudence s'est considérablement développé sur ce point depuis la fin des années 1970.

Le mécanisme fonctionne donc dans des chaînes de ventes et, plus largement, dans des chaînes translatives de propriété, et même acquisitives de propriété (vente = contrat d'entreprise avec fourniture de matière, comme l'action du propriétaire d'un immeuble qui agit contre le fournisseur de matériaux que son contractant entrepreneur a acquis). Mais la question s'était posée de savoir si, au-delà des contrats emportant transfert de propriété, une telle action directe contractuelle s'imposait, dans une querelle interne à la Cour de cassation qu'avait tranché l'arrêt *Besse* du 12 juillet 1991[544] pour n'admettre ce type d'action contractuelle que dans les chaînes acquisitives de propriété[545]. Chance ou piège ? L'action directe a longtemps été promue comme une chance pour le sous-acquéreur qui pouvait « remonter » la chaîne des ventes, alors qu'une action « délictuelle » l'aurait également permis[546], jusqu'à ce que la jurisprudence, tirant logiquement les conséquences du mécanisme considère que le vendeur initial pouvait opposer au sous-acquéreur, même consommateur, les clauses limitatives de responsabilité ou de garantie[547] ou compromissoire[548].

Explication difficile du mécanisme : une telle chaîne de contrats emporte-t-elle transmission des actions comme accessoire de la chose vendue ; est-ce en raison

---

[543] Cass. ass plén., 7 fév. 1986, *D*. 1986, 293, note A. Bénabent ; *JCP* 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud ; *RTD civ*., 1986, 364, obs. J. Huet, 595, obs. J. Mestre, 605, obs. Ph. Rémy, *Gaz. Pal*. 1986, 2, jur., p. 543, note J.-M. Berly , *RD imm*. 1986, p. 210, note Ph. Malinvaud et B. Boubli ; *Grands arrêts*, t. II, n°252, p. 495 : *« le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée ».*

[544] Cf. Cass. ass. plén. 12 juill. 1991, *D*. 1991, p. 549, *JCP* 1991, II, 21743, note G. Viney, *RTD civ*. 1991, p. 750, obs. P. Jourdain.

[545] Sur leur détermination D. Mainguy, « L'actualité des actions directes dans les chaînes de contrats », art. cit.; P. Puig, « Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ? », art. cit.

[546] Cf. C. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991 ; « La restauration de l'effet relatif du contrat », *D*. 1991. Chr. 157.

[547] Cass. civ. 1ère, 7 juin 1995, *D*. 1996, p. 395, note D. Mazeaud, *D*. 1996, somm., p. 14, obs. O. Tournafond, *Contr. conc. consom*. 1995, n° 159, obs. L. Leveneur. Comp. Cass. com. 22 mai 2002, *Bull. civ*. IV, n°89. Pour un sous-acquéreur « ordinaire » : Cass com. 26 mai 2010, n° 07-11744 JCP G 2010, 1015, n° 12, obs. Ph. Stoffel-Munck.

[548] Cass. civ. 1ère, 17 nov. 2010, n° 09-12442, CCC 2011, n° 23 ? obs. L. Leveneur (*« dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façàn automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette clause »*), Cass. civ. 1ère, 6 février 2001, *Bull. civ.* I, n°22, *JCP*, éd. E, p.1238, note D. Mainguy et J.-B. Seube, *D*. 2001, somm. 1135, obs. Ph. Delebecque, *Defrénois*, 2001, p. 708, obs. R. Libchaber, *Contr. conc. consom*. 2001, n°82.

du phénomène du transfert de propriété que l'exception au principe de relativité du contrat est ainsi tolérée, est-ce une application de l'équité ? Explication difficile comme chaque fois qu'on tente de justifier un mécanisme purement prétorien avec des outils du Code civil.

314. Les ensembles de contrats : l'indivisibilité contractuelle. – Les groupes de contrats peuvent également s'illustrer à travers la figure contractuelle des ensembles de contrats, composés de contrats différents mais poursuivant un même objectif économique : un contrat de vente de matériel acquis par A avec un vendeur B, accompagné d'un contrat de vente de marchandises avec un fournisseur C, un contrat de financement du tout avec un contractant D, etc.. Le problème qui se pose ici est celui de savoir si le sort de l'un de ces contrats aura une incidence sur celui des autres[549]. L'application du principe de l'article 1165 du Code voudrait, là encore, que chaque contrat soit autonome de telle manière que la rupture, quelle qu'en soit la cause, de l'un soit ignorée des autres. L'avancée jurisprudentielle et doctrinale fut de reconnaître un *lien d'indivisibilité* entre les contrats faisant partie d'un tel ensemble, de telle sorte que le sort de l'un a un effet sur les autres : l'annulation ou la résolution de l'un des contrats emporte la résiliation voire la caducité de ou des autres[550], voire permettant aux effets d'un contrat, comme une clause compromissoire, de se communiquer aux autres[551]. Ici encore, l'explication est difficile à trouver, hormis les hypothèses prévues par la loi (Cf. C. consom., art. L. 311-21), tant le mécanisme est original, au regard de la notion de cause (chaque contrat sert-il de cause aux autres) mais aussi de l'économie du contrat[552].

L'article 1186 du Code civil propose une solution nouvelle à la jurisprudence rendue jusqu'alors sur le fondement de la cause du contrat[553].

Sur ce fondement, l'effet d'interdépendance peut se produire lorsque l'exécution des contrats en cause est *nécessaire* à la réalisation d'une *même opération d'ensemble* mais également que le contractant contre lequel la caducité est invoquée ait connu l'existence de cette opération au moment du consentement du contrat.

Ces deux conditions rassemblées, la disparition de l'un des contrats emportera caducité du ou des autres lorsque celui-ci ou ceux-ci voient leur exécution rendue impossible par cette disparitation ou lorsque l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement à l'autre contrat.

---

[549] Cf. J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999.

[550] Cf. Cass. Ch. Mixte, 13 avr. 2018, n° 16-21345, JCP G 2018, 543, note F. Buy, Cass. Com. 4 nov. 2014, n° 13-24270, RTDciv. 2015, p. 127, obs. H. Barbier, Cass. civ. 1ère, 1er juill. 1997, *Bull. civ.* I, n°224, *D*. 1998, somm. 110, obs. D. Mazeaud ; Cass. civ. 1ère, 4 avr. 2006, *RDC* 2006, p. 700, obs. D. Mazeaud.

[551] Cf. Cass. civ. 1ère, 30 mars 2004, *Bull. civ.*, I, n°95.

[552] Cf. Cass. com. 15 févr. 2000, *Bull. civ.* IV, n°29, *JCP* 2000, I, 272, obs. A. Constantin, *D*. 2000, somm. p. 364, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ*. 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages, utilisant la notion d'économie du contrat pour évincer une clause de divisibilité dans un ensemble indivisible.

[553] Cf. S. Bros, « Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 févr. 2016 », JCP G 2016, 975.

En revanche, si l'article 1186 règle le cas de ce que l'on appelait l'indivisibilité ou l'interdépendance *objective*, il ne règle pas celui de l'indivisibilité ou l'interdépendance *subjective*, c'est-à-dire le cas des clauses d'indivisibilité liant des contrats qui, à défaut, ne serait pas considérés ainsi, ou de divisibilité, déliant des contrats qui, à défaut d'une telle clause seraient considérés comme entrant dans le champ de l'article 1186. De telles clauses sont en principe valables, notamment s'agissant des clauses d'indivisibilité[554]. S'agissant des clauses de divisibilité, la jurisprudence antérieure considérait que l'interdépendance objective doit s'imposer, notamment dans les ensembles de contrats de location financière[555].

II. – Les engagements pour autrui

315. Prohibition de principe. – l'engagement pour autrui est, en principe, prohibé : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même » dispose l'article 1203 du Code civil[556], héritage de la règle *« Alteri stipulari nemo potest »*, sous deux réserves cependant, celle de la promesse de porte et surtout du mécanisme de la stipulation pour autrui.

A – La promesse de porte-fort

316. Définition de la promesse de porte-fort. – La première exception à la prohibition de la promesse pour autrui est la promesse de porte-fort, validée de manière assez peu précise par l'article 1204 du Code civil : « *On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts. Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit »*[557].

Il s'agit d'un contrat créant à la charge d'une personne, appelée « promettant », l'obligation de faire son possible pour obtenir au profit d'une autre personne, appelée « bénéficiaire », l'engagement d'une tierce personne (livrer quelque chose, payer le prix de vente, par exemple).

Le contrat de porte-fort ne constitue qu'une exception apparente au principe de l'effet relatif du contrat car la promesse de porte-fort n'est pas véritablement une

---

[554] Cass. civ. 1ère, 28 oct. 2010, n° 09-68014, D. 2011, p. 566, note D. Mazeaud.

[555] Cass. com. 15 févr. 2000, n° 97-19793, préc., Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768, D. 2013, p. 1658, note D. Mazeaud, JCP G 2013, 673, note F. Buy.

[556] Ancien art. 1219 : *« on ne peut en général s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même ».*

[557] Ancien art. 1220 : *« Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ».* Cf. S. Véricel, « Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort ? », *D*. 1988, chr., p. 123 ; A. Jonville, « Pratique de la promesse de porte-fort », *Dr. & patr*. 1998, n°57, p. 28.

promesse pour autrui mais un engagement personnel du porte-fort, autonome[558]. Le contrat de porte-fort n'engage pas autrui ; il engage seulement le porte-fort à faire son possible pour amener un tiers, demeuré libre, de traiter avec le bénéficiaire et, en cas d'échec, à verser à ce dernier une certaine somme.

Par exemple, le dirigeant d'une société envisage de conclure un contrat avec un tiers qui dépasse les pouvoirs que lui confient les statuts et se porte-fort d'obtenir la ratification de ce contrat par la société, ou bien une personne, une société mère par exemple, se porte-fort au profit du contractant d'un de ses filiales que cette dernière exécutera son engagement[559].

On peut alors distinguer ces deux formes de porte-fort, porte-fort de ratification, qui participe à un processus de formation d'un contrat, et porte-fort d'exécution. Elle peut également utilement servir d'instrument de garantie[560] ; c'est même un engagement personnel autonome[561] du moins curieusement lorsqu'il s'agit d'une promesse de porte de ratification, mais point lorsqu'il s'agit d'une promesse d'exécution[562]. Le porte-fort d'exécution est en outre redoutable pour le promettant qui s'engage comme un garant, en payant sa propre dette, de manière autonome et non la dette du tiers[563]. Toutes les applications ne sont cependant pas valables. Ainsi, la promesse de porte-fort ne saurait constituer un moyen de détourner des règles impératives[564].

---

[558] Cass. civ. 1ère, 25 janv. 2005, n° 01-15.926, *Contrats, conc. consom*. 2005, n°81, obs. L. Leveneur, *RTD civ*. 2005, p. 391, obs. J. Mestre et B. Fages.

[559] Cass. civ. 1ère, 26 nov. 1975, *D*. 1976, p. 353, note C. Larroumet, *JCP* éd. G 1976, II 18500, note F. Monéger, *RTD civ*. 1976, p. 117, obs. Y. Loussouarn s'agissant d'un tuteur concluant une promesse de porte-fort pour son pupille ; Cass. civ. 3ème, 20 déc. 1971, *Bull. civ.* III, n°653, à propos de la vente d'un bien en indivision par un indivisaire porte-fort de la ratification par les autres ; Cass. civ. 1ère, 22 avr. 1986, *Bull. civ.* I, n°99, *RTD civ*. 1987, p. 305, obs. J. Mestre, à propos de la souscription d'engagements par les futurs associés d'une société avant la période de constitution, c'est-à-dire avant que les dispositions de l'article 1843 du Code civil ne jouent à propos des actes accomplis pendant la période de formation, après la constitution. Adde G. Tillement, « Promesse de porte-fort et droit des sociétés », *Rev. soc*. 1993, p. 50.

[560] Ph. Simler, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP* éd. G 1990, I, 3427 ; « Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ? », *RD bancaire et bourse* 1997, p. 223.

[561] Cass. civ. 1ère, 25 janv. 2005, n° 01-15.926, préc.

[562] Cf. Cass. com. 13 déc. 2005, *Bull. civ.* IV., n°256, *Defrénois*, 2006, p. 414, obs. E. Savaux, *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. Simler, *RTD civ*. 2006, p. 305, obs. J. Mestre et B. Fages : « *Attendu que celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même* ».

[563] Cass. com. 18 juin 2013, n° 12-18890, D. 2013, p. 1621, obs. X. Delpech, 2561, note J.-D. Peltier, JCP G 2013, 960, note G. Mégret, JCP E 2013, 43, note L. Leveneur, RTDciv. 2013, p. 842, obs. H. Barbier. Adde Cass. com., 1er avr. 2014, n°13-10629, D. 2014, p. 1185, note B. Dondero, p. 1610, obs. P. Crocq, Cass. civ. 1ère, 16 avr. 2015, n° 14-13694, D. 1015, p. 1569, note J.6. Lemouland, D. Noguero et J.-M. Plazy, RTDciv. 2015, p. 622 ? obs. H. Barbier.

[564] Ainsi, à propos des règles de congestion du logement familial (C. civ., art. 215, al. 3) : Cass. civ. 1ère, 11 oct. 1989, *JCP* éd. G 1990, II, 21549, note M. Henry, *D*. 1990, p. 310, note R. Le Guidec, *RTD civ*. 1991, p. 387, obs. B. Vareille. Mais aussi Cass. civ. 1ère, 15 juill. 1993, *Bull. civ.* I, n°255, *JCP* éd. G 1994, I, 3733, obs. Simler Ph., nullité de la promesse de porte-fort

317. Effets de la promesse de porte-fort. – La promesse de porte-fort oblige le porte-fort à obtenir l'engagement du tiers : c'est une véritable obligation de résultat.

Si le tiers s'engage effectivement, s'il ratifie donc, le porte-fort sera libéré et il le sera à l'instant de cet engagement : peu importe que le tiers n'exécute pas ensuite l'obligation car il n'est pas la caution de ce tiers[565], à moins que le contrat de porte-fort n'ait prévu que le porte-fort promettait l'exécution correcte de l'obligation[566].

Si, au contraire, le tiers ne ratifie pas l'engagement objet de la promesse de porte-fort, le porte-fort n'a pas exécuté sa propre obligation, à savoir obtenir du tiers cette ratification, et il doit une indemnité au sens de l'article 1120 du Code civil, c'est-à-dire des dommages et intérêts, qui peut être fixée par la promesse.

Le tiers, en revanche, n'est pas lié par la promesse de porte-fort, de sorte que celle-ci ne constitue pas véritablement une exception, ni au principe de l'article 1199 du Code civil, ni à celui de l'article 1202 : le porte-fort ne s'est engagé que pour lui-même. Le tiers est toujours libre de ne pas ratifier.

La ratification par le tiers peut être tacite ou expresse. Elle a pour effet de l'engager avec le bénéficiaire, puisque tel était l'objet de la promesse de porte-fort. Cette ratification a pour effet de faire disparaître le porte-fort du champ contractuel, alors libéré de tout engagement, comme l'indique l'article 1204, al. 2[567]. Corrélativement, la ratification a comme conséquence d'engager rétroactivement le tiers au jour de la date de conclusion du contrat de porte-fort. Par ailleurs, étant un acte unilatéral, la ratification n'exige pas le concours du bénéficiaire.

A l'inverse, la non-ratification par le tiers n'est pas non plus sans effet car le contrat promis par le porte-fort au contractant est condamné à l'inexistence.

B.– La stipulation pour autrui

318. Définition. – Le mécanisme de la stipulation pour autrui est une figure contractuelle encore plus originale, une opération à trois personnes. L'ancien article 1121 relatif à la stipulation pour autrui disposait que : « *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre* ».

---

relative à la cession d'un fonds de commerce commun ; mais inversement Cass. com., 1er oct. 1996, *JCP* éd. G 1998, I, n°135, obs. Ph. Simler, *RTD civ*. 1997, p. 989, obs. B. Vareille. Ou encore, s'agissant d'une convention ayant pour objet d'entraver la révocation *ad nutum* du directeur général d'une société anonyme : Cass. com., 4 juin 1996, *Bull. civ.* IV, n°162.

[565] Cf. Cass. com. 13 déc. 2005, *Bull. civ.* IV, n°256.

[566] Cf. Cass. civ. 1ère, 18 avr. 2000, *Bull. civ.* I, n°115, *JCP* éd. E, 2000, 50, p. 2005, note G. Virassamy, *RTD civ*. 2000, p. 832, obs. J. Mestre et B. Fages, à propos d'une promesse de contrat de travail dans une cession de parts sociales.

[567] Cass. civ. 1ère, 2 mars 2018, n° 15-21244, AJ contrats, 2018, p. 231, obs. Ph. Delebecque, D. 2019, p. 279, obs. M. Mekki, RTDciv. 2018, p. 396, obs. H. Barbier.

Institution très ancienne, dans des conditions au départ extrêmement limitées (condition d'un contrat pour soi et pour un tiers, ou donation avec charge), que la jurisprudence et des lois postérieures ont ensuite élargies pour intégrer d'autres mécanismes et, notamment, le contrat d'assurance.

On peut définir la stipulation pour autrui comme le contrat conclu entre une personne, le *stipulant*, et une autre personne, le *promettant*, obligeant celle-ci au profit d'une troisième personne, le *tiers bénéficiaire*, qui bénéficiera d'un droit direct sur le promettant. L'exemple type est fourni par le mécanisme de l'assurance, l'assurance-décès par exemple : contrat conclu entre un stipulant, l'assuré, et un promettant, l'assureur, obligeant celui-ci à verser, au jour du décès, un capital à un tiers bénéficiaire ([568]) mais aussi par l'assurance-responsabilité, par lequel un stipulant conclu un contrat un promettant au profit de n'importe quel bénéficiaire, qui aurait à souffrir d'un préjudice causé par l'assuré.

De même observe-t-on ce mécanisme dans le contrat de transport, pendant longtemps pour expliquer le rôle du destinataire, tiers au contrat[569], jusqu'à ce que la loi en fasse une partie au contrat (Cf. C. com., art. L. 132-8). Surtout, par des décisions célèbres, la jurisprudence a déniché dans le contrat de transport de personnes une stipulation pour autrui tacite stipulée par le voyageur avec le transporteur au profit de ses proches pour le cas où le transporteur manquerait à son obligation de résultat de le conduire sain et sauf à destination, de façon à justifier une action en responsabilité contractuelle contre le transporteur fondée sur la méconnaissance d'une obligation de sécurité[570] solutions aujourd'hui obsolètes eu égard à l'évolution de la responsabilité dans le transport maritime et aérien. Le mécanisme se justifiait en un temps où les mécanismes de responsabilité étaient sans doute moins aboutis : la jurisprudence le maintenait parfois quoiqu'avec moins de générosité[571].

L'article 1205 du Code civil, issu de la réforme de 2016 est plus positif : « *on peut stipuler pour autrui* », et ce, sans que cette règle ne se présente comme une exception à l'article 1203 selon lequel *« on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même »* : la stipulation pour autrui ne présente donc comme un opération contractuelle *autonome* de l'hypothèse de l'engagement pour autrui.

---

[568] Cass. civ., 16 janv. 1888, *Grands arrêts*, n°169.

[569] Mais V. J.-P.Tosi, « L'adhésion du destinataire au contrat de transport », *Mél. Mouly Ch.*, t. II, Litec, 1998, p. 175.

[570] Cass. civ., 6 déc. 1932 et 24 mai 1933, *D.* 1933, 1, p. 137, note L. Josserand, *S.* 1934, 1, p. 81, note P. Esmein, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, n°263 et 265 ; Cass. com., 19 juin 1951, *D.* 1951, 717, note G. Ripert, *JCP* éd. G 1951, II, 6426, note E. Becqué, S. 1952, 1, p. 89, note R. Nerson ; Cass. civ., 23 janv. 1959, *D.* 1959, p. 281, note R. Rodière ; Cass. civ. 2ème, 23 janv. 1959, *JCP* éd. G 1959, II, 11002, note M. de Juglart, *D.* 1959, p. 101, note R. Savatier, où les proches, bénéficiaires d'une telle stipulation pour autrui tacite ne l'acceptèrent pas, évitant ainsi la clause de non-responsabilité que le contrat comportait, préférant une action délictuelle fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil.

[571] Cf. Cass. civ. 1ère, 28 oct. 2003, *Bull. civ.* I, n°219, *D.* 2004, p. 233, obs. Ph. Delebecque, stipulation rejetée dans un contrat d'agence de voyages au profit des victims par ricochet.

319. Conditions de la stipulation pour autrui. – La stipulation pour autrui repose sur un contrat conclu entre deux personnes, le stipulant et le promettant et les conditions de validité de ce contrat sont les mêmes que pour tout contrat, hormis la question de volonté de stipuler, s'agissant des stipulations pour autrui tacite.
La place du tiers bénéficiaire se situe au moment de l'exécution de la stipulation pour autrui.
Par conséquent, l'acceptation de la stipulation pour autrui par le bénéficiaire n'est pas une condition de validité ou d'efficacité du mécanisme (cf. infra).
Il doit s'agir d'une personne sinon déterminée à la conclusion du contrat du moins déterminable à son exécution, comme dans les assurances de responsabilité. Il peut s'agir du stipulant lui-même, d'une personne future, à condition qu'elle soit certaine ; le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui doit être une personne née, du moins conçue (Cf. C.civ. art.906). Une exception a, cependant, été prévue pour l'assurance-décès par l'article L.132-8 du Code des assurances mais qui peut sans doute être élargie à l'ensemble des autres hypothèses de stipulations pour autrui.
S'agissant de l'opération, la stipulation ne peut faire naître en principe qu'un droit au profit du tiers, et point une dette. Or, quelques décisions ont paru admettre l'existence de *stipulation pour autrui avec charge* voire d'une stipulation de contrat pour autrui[572].

320. Effets de la stipulation pour autrui. – Dans les *rapports entre le stipulant et le promettant*, la relation contractuelle est ordinaire : les parties doivent exécuter leurs obligations. La seule difficulté repose sur la sanction du comportement du promettant qui n'exécuterait pas son engagement à l'égard du bénéficiaire : le stipulant peut demander lui-même l'exécution du contrat (C. civ. art. 1208) comme la jurisprudence le décodait avant 2016. Si le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui acquiert contre le promettant un droit propre et direct, le stipulant n'en possède pas moins une action en exécution de la promesse souscrite pour le débiteur[573].
Dans les rapports entre le *promettant et le tiers bénéficiaire*, la stipulation pour autrui crée un droit direct et de nature contractuelle contre le promettant (C. civ., art. 1206).
Il peut donc agir contre le promettant pour obtenir l'exécution de la promesse. Ce droit naît le jour de la conclusion du contrat (ou au jour de la détermination de la personne du bénéficiaire) peu importe qu'il ait accepté ou non la

---

[572] Cass. civ. 1ère, 21 nov. 1978, *Bull. civ.* I, n°356, *D.* 1980.309, note D. Carreau, *JCP* 1980, II, 19315, note R. Rodière ; Cass. civ. 1ère, 8 déc. 1987, *Bull. civ.* I, n° 343, *RTD civ*. 1988.532, obs. J. Mestre : *« la stipulation pour autrui n'exclut pas, dans le cas d'acceptation par le bénéficiaire, qu'il soit tenu de certaines obligations »*. Adde G. Vénandet, « La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire », *JCP* éd. G 1989, I, 3391 ; D. R. Martin, « La stipulation de contrat pour autrui », *D*. 1994, chr., p. 145. Et depuis : Cass. civ. 1ère, 14 déc. 1999, *Bull. civ.* I, n°341, *RJDA* 2000, n°501.

[573] Cf. Cass. civ. 12 juill. 1956, *D*. 1956, p. 749, note R. Radouant (action en exécution) ; Cass. civ. 1ère, 7 juin 1989, *Bull. civ.* I, n°233 (action en responsabilité contractuelle) ; Cass. civ. 1ère, 14 déc. 1999, *Bull. civ.* I, n°341 (action en garantie).

stipulation.
Le promettant peut opposer au bénéficiaire des exceptions résultant du rapport qu'il entretient avec le stipulant : inexécution de ses obligations (comme le non-paiement d'une prime d'assurance), nullité du contrat, exception de compensation, même lorsque le tiers a accepté la stipulation pour autrui consentie en sa faveur ([574]).
En conséquence, ce droit d'action directe est un droit de créance personnel et direct contre le promettant. Ce droit lui appartient en propre et ne passe pas par le patrimoine du stipulant. Au décès de ce stipulant, le bénéficiaire de l'assurance-décès n'aura pas, par conséquent, à subir le concours des créanciers personnels du *de cujus*.
Dans les *rapports entre le stipulant et le tiers bénéficiaire*, les relations peuvent être fragiles. La stipulation peut en effet être révoquée par le stipulant (C. civ., art. 1207, al. 2 et 1207, comp. C. ass., art. L.132-9) ce qui entraîne la disparition du droit du tiers bénéficiaire et permet au stipulant de désigner alors un autre bénéficiaire (C. civ. art. 1207, al. 2). Cette faculté de révocation est cependant paralysée par l'acceptation de la stipulation par le bénéficiaire qui vient ainsi consolider l'opération car elle rend la stipulation irrévocable (C ; civ., art. 1206, al. 3). L'acceptation peut émaner du bénficiaire ou après son décès par un tiers, elle peut être expresse ou tacite, intervenir après le décès du stipulant ou du promettant (C. civ., art. 1208). L'acceptation a un effet rétroactif : elle fait courir le droit du bénéficiaire du jour de la conclusion du contrat passé entre le stipulant et le promettant.

III. – Les actions obliques et pauliennes

321. Présentation. – Les actions dites *obliques* et *pauliennes* se présentent de manière ambigues en droit des contrats. Avant la réforme de 2016, elles s'inscrivaient expressément comme des exceptions au principe de l'effet relatif du contrat (C. civ., ancien art., 1166 et 1167). Dans le même temps ces « actions » se présentaient comme des accessoires de certaines obligations particulières, voire des systèmes de protection du droit de gage général d'un créancier, de telle manière que, depuis 2016, elles s'inscrivent dans la partie consacrée au régime général des obligations, dans le chapitre consacré aux actions ouvertes au créancier (C. civ. art. 1341-1 et 2).
Le paiement suppose en effet des garanties, offertes par les sûretés ou leurs substituts, que le droit des obligations offre parfois, comme le phéonmène de la solidarité. Le principe en effet est que le débiteur engage l'ensemble de son patrimoine en garantie du paiement d'une dette sur le fondement du droit de gage général (C. civ., art. 2284 et 2285). Tout créancier non nanti et disposant ce faisant d'une sûreté, tout créancier chirographaire donc, peut ainsi saisir n'importe quel bien du débiteur en paiement de sa créance.
Or, il est certain que ces créanciers chirographaires sont directement intéressés

[574] Cass. civ. 1ère, 29 nov. 1994, *Bull. civ.* I, n°353, *Defrénois* 1995, p. 1405, note Ph. Delebecque, *RTD civ*. 1995, p. 622, obs. J. Mestre.

par les contrats conclus par leur débiteur : le patrimoine de celui-ci grossit ou diminue au gré des contrats qu'il conclut et qui sont opposables à ce tiers créancier, comme à toute autre personne. La situation des chirographaires est alors proche de celle des héritiers.
Pourtant, contrairement aux ayants causes universels ou à titre universel, le créancier chirographaire ne deviendra jamais partie aux contrats conclus par son débiteur ; il est et restera toujours un tiers à ces contrats. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Code civil a dû aménager quelque peu la situation de ces tiers en leur accordant des actions qu'il présente comme des exceptions au principe de l'effet relatif des contrats.
Le droit civil offre alors deux actions, curieusement envisagées comme exception au principe de l'effet relatif du contrat, l'action oblique (C. civ., art ; 1341-1) et l'action paulienne (C. civ., art. 1341-2).

A – L'action oblique

322. Définition. – Prévue par l'article 1341-1 du Code civil[575], l'action oblique permet à un créancier d'exercer les droits et actions de son débiteur négligent et insolvable : « *lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur* ». Elle permet ainsi à un créancier, mais seulement à celui-ci, d'exercer, à la place de son débiteur, les droits et actions, quelles qu'elles soient pourvu qu'elles ne soient pas personnelles, *« exclusivement attachées à la personne »*, et qui sont certaines, liquides et exigibles.
Deux rapports juridiques et trois personnes sont donc nécessaires. Un lien d'obligation (pas nécessairement contractuel) entre une personne, couramment appelée *créancier poursuivant*, et une autre, le *débiteur principal*, elle-même liée à une troisième personne, appelée *tiers poursuivi* ou *sous-débiteur*. Par l'action oblique, le créancier poursuivant pourra ainsi exercer, contre le tiers poursuivi, les droits et actions du débiteur principal, comme s'il était ce débiteur principal ou, plus exactement, à sa place.
Deux conséquences en résultent.
En premier lieu, exerçant les droits de son débiteur, le créancier poursuivant ne peut disposer de plus de droits que ce débiteur n'en a lui-même : le créancier poursuivant est contraint par les limites que le droit du débiteur principal connaît à l'égard du tiers poursuivi de sorte que l'action engagée se soumettra aux conditions que le débiteur principal aurait lui-même subies.
En second lieu, l'action oblique n'ayant pas pour effet de permettre au créancier poursuivant de se substituer au débiteur principal mais simplement de lui assurer la faculté d'exercer une action à sa place, le fruit de son action demeurera dans le patrimoine du débiteur principal. Résultat, le créancier poursuivant sera placé à égalité avec les éventuels autres créanciers du débiteur principal pour être payé

[575] C. civ., ancien art. 1166 : *« néanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ».*

de sa créance.

1 – Conditions de l'action oblique

323. Conditions tenant aux droits et actions du débiteur principal à l'égard du tiers poursuivi. – Le créancier poursuivant, étranger au rapport débiteur principal-tiers poursuivi, peut exercer tous les droits et actions du débiteur principal, hormis ceux qui seraient exclusivement attachés à sa personne.

La première condition est donc la *carence* du débiteur principal à exercer une action contre le tiers, carence qui porte atteinte aux droits des créanciers, et, principalement, du créancier poursuivant. C'est cette situation de carence, d'inaction qui justifie que le créancier poursuivant soit autorisé à prendre sa place, c'est-à-dire à s'imiscer dans ses affaires. Peu importe que ce cette carence soit intentionnelle ou de pure négligence[576].

La deuxième est la situation d'insolvabilité du débiteur, non du point de vue du droit de la faillite, mais en ce sens que sa situation financière rend inutile une action du créancier contre lui, en sorte que c'est, là encore, la crance du débiteur qui fonde cette insolvabilité.

Il s'agit donc de tous les droits ou actions de nature patrimoniale dont dispose le débiteur principal : action en paiement, en résolution d'un contrat[577], en réparation, en nullité[578], en garantie, etc., droits substantiels ou droits ou actions processuels, comme une inscription d'un droit soumis à publicité, la déclaration d'une créance dans le cadre du redressement judiciaire du débiteur du débiteur, des saisies, une déclaration de sinistre, etc.

Plus difficile est le cas des options ou des facultés : le créancier peut-il accepter l'offre de contracter faite au débiteur, à sa place, peut-il agréer un cessionnaire, peut-il exercer le droit d'option du débiteur bénéficiaire d'une promesse de contracter, etc. ? La considération d'une option comme créant un droit né permet de l'admettre[579], ce qui paraît cependant aller très au-delà de la simple considération du patrimoine de son débiteur par le créancier. Dès lors l'exercice d'une option relève difficilement de l'action oblique dans la mesure où l'exercice d'une option, par exemple relève du consentement du débiteur. En revanche, l'exercice ou le non-exercice d'une option dans des conditions frauduleuse des droits du créancier s'inscrit dans le domaine des actions pauliennes.

Sont exclus du jeu de l'action oblique les droits des droits et actions *« exclusivement attachés à la personne »* ce qui recouvre les droits et actions de nature extrapatrimoniale (action en divorce, en reconnaissance d'enfant naturel,

---

[576] Cass. Civ. 1ère, 28 mai 2002, n° 00-11049, RTDciv., 19 avr. 2002, p. 513 ? obs. J. Mestre et B. Fages, Cass. civ. 17re, 5 avr. 2005, RTD civ. 2005, p. 598, obs. J. Mestre et B. Fages ?

[577] Cf. Cass. civ. 3ème, 14 nov. 1985, *D.* 1986, p. 368, note J.-L. Aubert, *RTD civ*. 1986, p. 599, obs. J. Mestre.

[578] Cf. J.-L. Aubert, « Le droit pour un créancier d'agir en nullité des actes passés par un débiteur », *RTD civ*. 1969, p.692.

[579] En ce sens I. Najjar, *Le droit d'option, contribution à l'étude des droits potestatifs et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, n°77.

action en paiement d'une pension alimentaire) mais aussi certains droits de nature patrimoniale mais exclusivement attachés à la personne, comme les droits ou actions portant sur des biens insaisissables ou inaliénables[580], l'action en réparation d'un préjudice moral, une action en séparation de biens, la révocation d'une donation, mais aussi les droits et actions portant sur des biens ayant un caractère personnel ou familial (Cf. en matière de régime matrimoniaux, C. civ., art. 1402) ce qui peut alors étendre l'exception aux outils, ustensiles et matériels d'une profession libérale,.

324. Conditions tenant aux rapports entre créancier poursuivant et débiteur principal. – L'article 1166 du Code civil ne s'intéresse qu'aux rapports entre débiteur principal et tiers poursuivi ; il n'envisage pas les conditions de l'action oblique tirées de la relation entre créancier poursuivant et débiteur principal. Cependant, comme l'article 1166 évoque un créancier et un débiteur, on en déduit bien évidemment qu'un lien d'obligation doit exister entre eux. La jurisprudence ajoute à ce lien d'obligation la nécessité d'un intérêt sérieux et légitime du créancier et que la créance soit liquide, exigible et fongible[581]. Cet ajout est a priori inutile car il repose sur les principes généraux de procédure civile, mais il a permis de mieux cerner les conditions d'exercice de l'action oblique par le créancier poursuivant et, dans une certaine mesure, de limiter l'ingérence dans les affaires du débiteur que constitue l'action oblique.

2 – Effets de l'action oblique

325. Jouer collectif. – Par l'action oblique, le créancier est substitué au débiteur en sorte que le tiers peut lui opposer les exceptions qu'il aurait pu opposer au débiteur (exception de compensation, nullité de la créance…) et que les sommes ainsi obtenues tombent dans le patrimoine du débiteur, point dans celui du créancier, ce qui retire beaucoup d'intérêt à l'action, dans la mesure où le créancier poursuivant ne dispose pas, par l'effet d'une action oblique, d'un droit de préférence au paiement de sa créance, d'une sorte de *« prime à l'action »* : la créance justifiait, pour préserver son paiement, le jeu de l'action oblique, dont les résultats bénéficient collectivement à tous les créanciers, également titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur.

B. – L'action paulienne

326. Définition. – L'article 1341-2 du Code civil ajoute une autre action de nature à préserver le droit de gage général d'un créancier, l'action paulienne, dont l'origine remonte au droit romain et plus exactement à une sentence un prêteur ou d'un jurisconsulte appelé Paul auquel on doit les célèbres sentences, quoique l'action paulienne avait, en droit romain des caractères différents.
Ainsi la *venditio bonorum*¸ tel était son nom, était une sorte de procédure

[580] Cf. Cass. civ. 1ère, 29 mai 2001, *Bull. civ.* I, n°150.
[581] Cf. Cass. req. 25 mars 1924, *DH* 1924, 1, 282.

collective. Ainsi elle était exercée *ut universis*, pour le bien de tous les autres créanciers par un « *curateur aux biens* » et était pénalement sanctionnée[582]. L'article 1341-2 du Code civil dispose que « *le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposable un acte fait par son débiteur en fraude de ses droits à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte onéreux, que le tiers contractant avait connaissance de la fraude* »[583].

A la différence de l'action oblique, c'est la fraude du débiteur, et non sa simple négligence qui est ici poursuivie, lorsque, par exemple, un débiteur tente de soustraire à son patrimoine quelque actif, à son profit ou au profit de tiers, au détriment des créanciers. Par exemple, un débiteur effectue des dons à des proches pour échapper à ses créanciers, ou effectue des achats à ses proches pour épuiser son crédit, pour les mêmes raisons : il s'agit donc d'une forme d'organisation civile de l'insolvabilité. Un acte d'appauvrissement est, ainsi, un acte qui fait sortir du patrimoine du débiteur un bien sans contrepartie ou presque, concernant au premier chef les actes à titre gratuit, donations, renonciation à une succession ou à un legs mais aussi les actes à titre onéreux conclus à des conditions anormales et dont, par exemple, le caractère lésionnaire pourrait être repéré comme une vente à un prix réduit[584] ou bien encore un contrat conclu à des conditions normales mais qui altère fortement la valeur du bien comme un bail d'une très longue durée[585]. En revanche, une renonciation à un enrichissement n'est pas une condition d'ouverture de l'action paulienne, comme la renonciation à une donation à la différence de la renonciation à une succession.

L'action paulienne est une action personnelle dirigée par le créancier poursuivant contre le tiers complice du débiteur (principal) et ce dernier est généralement également mis en cause ce qui a pour résultat de déclarer l'acte frauduleux inopposable au créancier et, par conséquent, de remettre les choses en état à son égard.

1. – Conditions de l'action paulienne

327. Conditions tenant aux actes attaqués. – La première condition est l'organisation de l'insolvabilité du débiteur. La Cour de cassation considérait que même en cas d'absence d'insolvabilité, l'action paulienne peut être engagée lorsque l'acte attaqué a eu pour effet de rendre impossible l'exercice du droit spécial dont disposait le créancier sur la chose aliénée[586], de même que

[582] O. Barret, *L'appauvrissement injuste aux dépens d'autrui en droit privé*, Thèse Paris I, 1985.

[583] C. civ., ancien art. 1167 : « *Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre "Des successions" et au titre "Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux", se conformer aux règles qui y sont prescrites* ».

[584] Cf. Cass. civ. 1ère, 13 janv. 1993, *Bull. civ.* I, n°5 (vente d'un bien au dessous de sa valeur vénale, Cass. civ. 1ère, 4 juin 1996, *Bull. civ.* I, n°235 ; donation déguisée (vente à un prix fictif).

[585] Cf. Cass. civ. 1ère, 18 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n°324.

[586] Cass. civ. 3ème, 6 oct. 2004, n° 03-15392, RTD civ. 2005, p. 120, obs. J. Mestre et B. Fages.

s'agissant de paiements réalisés par des moyens inhabituels[587]. En principe, tous les actes juridiques effectués par le débiteur peuvent être attaqués. Par ailleurs, seuls des actes juridiques sont susceptibles d'une action paulienne dans la mesure où la fraude suppose une manifestation de volonté que l'on ne retrouve que dans un acte juridique ; la notion de fraude paulienne est étrangère aux faits juridiques et laisse la place à la notion de faute.
L'acte doit par ailleurs avoir été commis en toute connaissance de cause, intentionnellement, afin de causer un préjudice au créancier, voire de lui nuire.
De ce point de vue, une distinction était faite entre les actes à titre gratuit, supposant la complicité du tiers, ou à titre onéreux au profit du tiers, ou son implication ou sa bonne était indifférente. L'article 1341-2 reprend cette distinction à son compte.

328. Conditions tenant au créancier poursuivant et à la créance. – L'action paulienne est réservée aux créanciers du débiteur suspect de fraude paulienne avec le tiers poursuivi. Par conséquent, elle n'est pas ouverte aux parties au contrat litigieux ni à leurs ayants cause. Par ailleurs, seuls les créanciers disposant d'un droit né antérieurement à l'acte frauduleux reproché peuvent exercer l'action paulienne. C'est qu'en effet, l'action paulienne se veut un gardien du droit de gage général des créanciers. Or, le droit de gage général des créanciers est, par définition, soumis aux aléas de la gestion du débiteur. Les créanciers postérieurs ne peuvent donc se plaindre d'un acte frauduleux commis avant même que leur patrimoine fût en relation avec celui du débiteur.
Il convient en outre que la créance soit certaine, liquide et exigible même si la jurisprudence assouplit parfois ces conditions.

2 – Effets de l'action paulienne

329. Inopposabilité. – Le résultat de l'action paulienne est l'inopposabilité de l'acte frauduleux à l'égard du créancier poursuivant, et point une sanction aussi drastique que la nullité de l'acte. Le créancier eut agir comme si l'acte frauduleux n'existait pas à son égard, lui permettant de saisir le bien entre les mains du tiers-acquéreur, ce qui suppose toutefois une seconde action. Ce n'est pas en effet l'action paulienne qui produit ce résultat directement[588]. Simplement, elle permet au créancier de considérer que, à son égard, tout se passe comme si, rétroactivement, l'acte ne s'était pas produit de façon à saisir le bien comme s'il n'avait pas été vendu à bas prix ou donné, d'exercer une action sur les biens d'une succession comme si le débiteur l'avait acceptée.
Le tiers peut cependant désintéresser le créancier poursuivant en versant une indemnité en sorte qu'il bénéficie d'une sorte d'option consistant à rendre le bien ou à verser le montant de sa valeur.

---

[587] Cass. com. 1er avr. 2008, n° 07-11911, D. 2008, p. 1142, obs. A. Lienhard, RTDciv. 2008, p. 301, obs. B. Fages.
[588] Cass. civ. 1ère, 30 mai 2006, *Bull. civ.* I, n°268.

L'acte n'est cependant qu'inopposable : dans les relations entre le débiteur et le tiers[589], l'acte demeure et doit être exécuté, quitte à permettre au tiers d'exercer un recours en garantie contre le débiteur, à cause duquel il a été évincé. En outre, les autres créanciers du débiteur ne profitent pas de l'action, ce qui résulte de la sanction, l'inopposabilité, qui produit un effet individuel, à la différence de l'action oblique[590].

[589] Cass. com. 14 mai 1996, *Bull. civ.* IV, n°34, *RTD civ*. 1997, p. 942, obs.J. Mestre.
[590] V. toutefefois, lorsque l'action paulienne est exercée par un organe de la procédure collective, dans l'intérêt collectif des créanciers : Cass. com. 13 nov. 2001, *Bull. civ.* IV, n°178.

CHAPITRE 3. – LA CIRCULATION DU CONTRAT

330. Lien et bien contractuel. – Le contrat est un lien entre personnes, mais est aussi une valeur, un bien susceptible d'échange, de circulation, pour employer un terme devenu classique[591]. Nous avons déjà, à travers certaines questions touchant à l'effet relatif du contrat, rencontré quelques uns des aspects touchant à la conclusion d'un sous contrat ou bien encore de la reconnaissance des actions directes dans les contrats, de la stipulation pour autrui, autant d'exemple des effets du contrat au-delà des contractants. De même, le régime des obligations montre bien des situations de circulation des obligations, cession de créance, cession de dette, subrogation, délégation de créance notamment.

331. Cession de contrat. – Autre cependant est la question de cession du contrat[592] formule par laquelle une partie à un contrat déjà conclu le contrat ou plus exactement sa position contractuelle, celle de bailleur, de locataire, de franchisé, de mandataire, etc. L'opération met alors en scène trois personnes, le cédant, qui sort en principe de l'opération, le cessionnaire qui deviendra le nouveau contractant et le cédé, qui demeure. On peut s'entendre sur les termes utilisés : cession, cédant, etc., il s'agirait donc d'un contrat de vente ayant pour objet un contrat. Par exemple un concessionnaire cède sa qualité de distributeur à un nouveau contractant, un nouveau concessionnaire. Certaines règles légales connaissaient des cessions de contrat particulières par exemple en matière de cession de bail (C. civ., art. 1717), l'impose parfois (Cf. not. C. civ., art. 1743, cession de la position de bailleur avec la cession du bien loué, C. com., art. L. 145-16, cession de bail commercial accompagnant la cession d'un fonds de commerce, C. trav., art. L. 1224-1, transmission des contrats de travail avec l'entreprise, etc.), l'interdit parfois (C. rur., art. L. 411-35 à propos de la cession d'un bail rural ; L. 6 juill. 1989, art. 8, s'agissant de la cession d'un bail d'habitation).

332. Cession conventionnelle de contrat. Avant 2016 aucune disposition générale n'envisageait l'hypothèse de la cession de contrat. La doctrine s'interrogeait sur ce mécnonisme, « cession de contrat » proprement dite », cession de créance et de dette (alors interdite), changement conventionnel de contractant[593], mécanisme de substitution de contractant[594] ou « cession de position contractuelle »[595]. Depuis Laurent Aynès, la conception contemporaine tend à se dissocier de cette

[591] Comp. M.-L. Izorche, *Circulation du contrat*, J.-Cl. Contrats-distribution, fasc. 160.
[592] Cf. L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984.,
[593] Cf. D. R. Martin, « Du changement de contractant », *D*. 2001, Chr. P. 3144.
[594] E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ, 1999 ; « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D*. 1998, Chron. p. 356.
[595] L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, op. cit. ; I. Najjar, « Clause de substitution et « position contractuelle », *D*. 2000, Chr. p. 635.

considération pour reconnaître le caractère original de la « cession de contrat » révélée alors comme une cession de position contractuelle ou en une substitution conventionnelle de contractant.

Même ainsi cependant, la doctrine opposée à la reconnaissance de l'opération considérait, par une conception très subjective du contrat, d'une part que la volonté sert à former le contrat de sorte qu'une partie ne saurait le défaire seule, ce que suppose l'accord du cédé. Dès lors, si le cédé ne donne pas son accord, la cession lui est inopposable, et s'il donne son accord, un nouveau contrat se forme entre le cédé et le cessionnaire : il n'y a donc pas de cession conventionnelle de contrat[596].

A l'inverse, les auteurs favorables à cette reconnaissance se fondaient sur une conception objective du contrat, le contrat est un bien, susceptible de circulation : le contrat, bien, peut être cédé comme n'importe quel élément du patrimoine d'une personne et le cessionnaire devient partie au contrat[597].

333. Cessions complexes. A bien des égards, la pratique contractuelle avait tranché validant l'opération de cession de contrat, comme alternative ou comme complément d'une cession de fonds de commerce (le fonds de commerce ne comprend pas les contrats sauf exceptions, sa cession emporte abandon des contrats, sauf à assurer leur cession), mais aussi dans le cadre d'opérations sociétaires, comme des fusion, apports partiels d'actif, cession d'une branche d'activité, scission, etc. par exemple, les actionnaires d'une société franchisée décident de fusionner avec une autre société ou bien cèdent les titres à une autre société, etc. Dès lors la reconnaissance juridique de l'opération permet de les valider pleinement et de leur conférer un régime juridique. Mieux, cette reconnaissance valorise juridiquement les contrats, notamment les contrats d'affaires, qui font déjà l'objet d'une reconnaissance comptable et fiscale : la cessibilité des contrats leur assure une certaine perpétuation.

334. Validation de la cession de contrat depuis 2016. Depuis 2016, au contraire les articles 1216 et suivants proposent un ensemble de règle validant l'opération de cession de contrat, la considérant comme une cession de qualité de partie au contrat, c'est-à-dire de position contractuelle : « *un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé* ».

335. Conditions de la cession de contrat. – Les conditions de l'efficacité de la cession de contrat ont été concentrées sur la question du consentement du cédé. Les auteurs défavorables à la cession de contrat considéraient que l'accord du cédé est une condition de validité de l'opération tandis que ceux qui sont favorables à la cession de contrat considéraient que cet accord n'était ni requis ni utile.

---

[596] J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, op. cit., n° 689. C Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes*, Th. Paris II, 1978.

[597] Cf. L. Aynès, *La cession de contrat et les operations juridiques à trois personnes*, op. cit.

Une autre manière de présenter le débat repose sur les qualités du contrat, selon qu'il est conclu *intuitu personae* ou non et donc sur le point de savoir si, par nature et en l'absence de toute clause ou situation particulière le contrat présente ou non un *intuitu personae*. Face à contrat conclu *intuitu personae* l'accord du cédé s'impose puisque la personne du contractant devient un des éléments fondant l'accord des parties, alors qu'en son absence, le contrat, anonyme, serait librement cessible. Tout contrat peut donc être cédé, même un contrat conclu *intuitu personae*[598]. Dans cette dernière hypothèse supposant l'accord du cédé, par une clause le validant ou au moment de l'opération. Dès lors, le cédé disposerait de la possibilité de rompre le contrat si son accord n'a pas été requis et que le cessionnaire ne lui convient pas voire d'un droit d'agrément, même en l'absence de clause, susceptible de contrôle[599].

D'une manière générale cependant, l'article 1216 impose l'accord du cédé, qui peut être donné par le cédé dès la conclusion du contrat conclu avec le cédant, ou plus tard, à l'occasion de l'opération de cession elle-même, voire organisée par une clause d'agrément (cf. infra).

De manière voisine, bien des opérations de circulation, directe ou indirecte, d'un contrat, se produisent sans cession, comme c'est le cas des opérations de fusion, de restructuration d'une société contractante plus exactement[600], ou d'une opération de cession de contrôle d'une société. La question de la transmission du contrat en cas de fusion de sociétés pose difficultés : la fusion de sociétés est une opération par laquelle une société absorbe une autre société qui est alors dissoute, ou bien dans la laquelle deux sociétés sont absorbées par une société nouvelle créée à ce effet. Il s'agit essentiellement d'une opération qui a des incidences sociétaires, sociales, fiscales. Les règles du droit des sociétés disposent que fusion emporte dissolution de la société absorbée et transmission

---

[598] Cf. Cass. com. 7 janv. 1992, n° 90-14831, *D*. 1992, somm. 278, obs. L. AYnès, *RTD civ*. 1992, p. 762, obs. J. Mestre : *« le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient trnasférés à un tiers, dès lors que l'autre partie y a consenti »*, Cass. civ. 1ère, 6 juin 2000, *D*. 2001, p. 1345, note D. Krajesji, *RTD civ*. 2000, p. 571, obs. J. Mestre et B. Fages, à propos de la cession d'une convention d'honoraires, contrat éminemment *intuitu personae.* Jurisprudence antécédante : Cass. Com. 6 mai 1997, *Bull. civ*. IV, n°117, *D*. 1997, p. 588, note M. Billieu et Ch. Jamin, *Contrats, conc. consom*., 1997, n°146, obs. L. Leveneur, Defrénois 1997, p. 977, obs. D. Mazeaud, *RTD civ*. 1997, p. 936, obs. J. Mestre. Adde L. Aynès, « Cession de contrat : nouvelles precisions sur le rôle du cédé », *D*. 1998, Chr. p. 25, C. Larroumet, « La cession de contrat : une régression du droit français ? », *Mélanges M. Cabrillac*, 1999, p.151 ; Cass. civ. 3ème, 12 déc. 2001, *D*. 2002, p. 984, note M. Billau et Ch. Jamin. Adde. C. Larroumet, « La descente aux enfers de la cession de contrat », *D*. 2002, Chr. P. 1555 (exigeant que les conditions de la délégation de créance soient réunies).

[599] Cf. Cass. com. 3 nov. 2004, *JCP* éd. E, 1177, n°1, obs. D. Mainguy, *RDC* 2005, p. 1130, obs. M. Béhar-Touchais : *« le contrat de concession exclusive a été résilié et (…) les relations entre les parties ont repris peu de temps après par un contrat verbal, l'arrêt détermine souverainement le contenu du nouveau contrat en retenant qu'il stipule l'impossibilité de céder le contrat sans accord préalable du concédant, dont le droit d'agrément est limité par l'abus »*

[600] Cf. C. Prieto, *La société contractante*, PUAM, 1994, « Evénements affectant la personne de la société contractante », in J. Mestre (dir.), *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 81.

universelle de son patrimoine dans celui de la société bénéficiaire (C. com. art. L. 236-3). La société recueille ainsi l'actif et le passif de la société, sur le modèle du décès d'un contractant : le principe est donc la transmission du contrat à la société bénéficiaire sauf clause à cet effet. Toutefois le décès d'un contractant emporte parfois rupture du contrat notamment s'agissant des contrats conclus *intuitu personae* et la jurisprudence reprend cette solution en matière de fusion de sociétés[601].

336. Clauses relatives à la circulation du contrat. – Face à ces incertitudes, l'idéal consiste à opter pour une clause délimitant clairement les conditions et les effets d'une telle circulation[602].

Cela passe généralement par une clause d'*intuitus personae* utile pour préciser le domaine de l'*intuitus personae* que les parties ont identifié, mais bien insuffisante pour conférer un régime à l'éventuelle cession de contrat.

Il peut s'agir d'interdire toute circulation, à travers des clauses d'incessibilité, que ce soit la cession proprement dite mais également les opérations produisant un résultat voisin, comme les opérations sociétaires, ce qui suppose de renforcer l'intuitus personae du contrat au associés de la personne morale contractante.

Il peut s'agir à l'inverse de favoriser la circulation du contrat, par exemple face à une licence de marque, de brevet ou de logiciel consentie à un groupe de sociétés[603].

De façon médiane cependant et plus couramment, les clauses en la matière assurent un contrôle de la circulation via des clauses d'agrément, sur le modèle des formules rencontrées très ordinairement dans les contrats de bail commercial. Celles-ci supposent, avec une grande variété de stipulations, que la circulation recueille l'avis du cédé. Il est remarquable, alors, qu'un tel agrément soit, d'une part, proposé même en l'absence de clause[604] mais surtout que sa mise en œuvre est contrôlée de telle manière que le non-agrément établi de mauvaise foi soit sanctionné au nom de l'abus du droit d'agréer ou de ne pas agréer[605].

337. Effets de la cession de contrat. – La cession de contrat dépend de l'accord u cédé. L'accord du cédé vaut alors agrément du cessionnaire, avec lequel le cédé sera désormais en relation contractuelle, à la place du cédant.

Le principal effet de la cession de contrat est d'emporter transmission de la

---

[601] Cf. Cass. com. 13 déc. 2005, *Bull. civ*. IV, n°255; Cass. Com. 7 juin 2006, *Bull. Joly*, soc. 2006, p. 1491, note M.-L. Coquelet (transmission des actions en justice), Cass. com. 8 nov. 2005 (2arrêts), *Bull. civ*. IV, n°218 et 219, *Bull. Joly*, soc. 2006, p. 344, note P. Le Cannu, *RDC* 2006, obs. D. Houtcieff (transmission de plein du contrat de cautionnement).

[602] Cf. L. Aynès, « Les clauses de circulation du contrat », in J. Mestre (dir.), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM 1990.

[603] Cf. D. Mainguy, « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », *Rev. soc*. 1996, p. 17.

[604] Cf. Cass. Com. 3 nov. 2004, préc.

[605] Cf. cass. Com. 2 juill. 2002, *JCP*, 2003, II, 1002, note D. Mainguy, *RDC* 2003, p. 152, obs. M. Béhar-Touchais (admission de l'abus), Cass. Com. 5 oct. 2004, *RDLC* 2004/12, p.5, note J.-L. Respaud et D. Mainguy, *RDC* 2005, p. 384, obs. M. Béhar-Touchais (Rejet de l'abus).

position contractuelle du cédant, comme si un « transfert de propriété » de cette position contractuelle s'était opéré du fait de la « cession ». En toute hypothèse, il en résulte que ce n'est pas un nouveau contrat qui se forme entre le contractant cédé et le cessionnaire[606], mais bien la poursuite du premier, avec toutes ses qualités mais aussi ses éventuels défauts : c'est le même contrat qui se poursuit.
L'accord donné par le cédé vaut par ailleurs libération du cédant pour l'avenir (C. civ., art. 1216-1) ; il demeure donc tenu des dettes antérieures (sauf accord contraire). A défaut d'accord, le cédant demeure solidairement tenu des dettes du cessionnaire, ce qui suppose donc que la cession puisse opérer même sans l'accord du cédé, le cédant demeurant solidairement tenu, puis toujours tenu par le contrat.

[606] Cass. com., 12 oct. 1993, *Bull. civ.* IV, n333, *D*. 1994, p. 353, note O. Playoust, *JCP* 1994, I, n° 3744, obs. M. Billiau, *JCP* éd. G 1994, I, 3759, obs. M. Cabrillac et P. Petel, *RJDA* 1994, n° 211.