
DROIT DES CONTRATS

(Vol. 4)

Daniel Mainguy

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne

ECOLE DE DROIT DE LA SORBONNE

LICENCE 2

2022-2023



CHAPITRE 4 – L'INEXÉCUTION DU CONTRAT ET SES REMÈDES

338. Présentation. – L'hypothèse faste, celle de l'exécution spontanée du contrat est celle qui prévaut dans la plupart des situations, soit que les parties se fassent confiance, soit que l'accord soit économiquement équilibré en sorte que nul n'a intérêt à ne pas exécuter, soit que l'accord soit le fruit d'une réflexion cohérente et se traduise par la rédaction d'un « *bon* » contrat règle du jeu.

339. Théorie des risques. – Le contrat est un pari sur l'avenir dans la mesure où chacun des contractants peut supposer que son propre contractant respectera sa part d'obligations, pour autant qu'elle soit économiquement utile pour lui, ou qu'il le puisse. Les économistes invoquent la théorie de l'agence ou théorie des jeux pour expliquer la coopération contractuelle, en situation d'asymétrie d'information, expliquant que chacun des contractants a intérêt à coopérer jusqu'à ce qu'il ait intérêt à ne plus exécuter le contrat.

En droit français, la théorie des risques est formulée à partir de la considération de celui sur lequel pèse la charge des conséquences de l'inexécution.

En principe, les risques sont à la charge de celui qui n'exécute pas correctement le contrat. Le débiteur supporte donc la charge des conséquences dommageables de l'inexécution comme contrepartie de son obligation, en application de l'adage.

Mais la théorie des risques implique de considérer le risque véritable, l'aléa, lié à la survenance d'un cas fortuit, d'un événement de force majeure. On estime en général que c'est le créancier de l'obligation qui supporte ce risque, à défaut, si c'était le débiteur, alors ce dernier subirait une véritable obligation de garantie de l'exécution du contrat.

En réalité, l'« invention » d'obligations nouvelles, comme l'obligation de sécurité, permet de repousser les limites de la théorie des risques. Par exemple, une personne se rend dans un restaurant et déjeune, mais l'un des plats contient une bactérie quelconque, dont le restaurateur n'est *a priori* pas responsable, au sens où il a respecté l'ensemble des règles imposées en cuisine. La théorie des risques pourrait laisser entendre que la consommation d'un repas au restaurant comporte un risque, un aléa, même infime, d'une contamination, que le créancier de l'obligation de fourniture, le consommateur, devrait supporter. Le restaurateur pourrait invoquer l'existence d'une cause étrangère pour se décharger de sa responsabilité, alors que l'insertion d'une obligation de sécurité lui impose d'indemniser son client.

Plus complexe est l'hypothèse dans laquelle une chose est l'objet principal du contrat, comme dans une vente ou dans un bail, et dans laquelle la chose disparaît, par cas fortuit au cours de l'exécution du contrat, l'immeuble loué brûle, la chose vendue mais non encore livrée à l'acheteur est détruite. En cas, la question se pose dans des termes un peu différents : le locataire doit-il continuer à payer ses loyers, l'acheteur doit-il payer le prix. La théorie des risques se décompose, ici. En principe, *res perit domino*, le risque de la perte de la chose pèse sur la tête du propriétaire : le bailleur dans le premier cas, l'acheteur dans

le second (à moins que le transfert de propriété soit retardé dans la vente, auquel cas c'est le vendeur qui supporte ce risque) ce qui entraîne pour conséquences immédiate que le bailleur perd la chose qui était pourtant entre les mains du locataire, et que l'acheteur doit payer le prix de la chose détruite, entre les mains du vendeur. Par complément, alors, *res perit debitori*, le risque de la perte de la chose pèse sur le débiteur d'une obligation portant sur cette chose, une obligation de conservation posée d'ailleurs de manière générale dans cette situation (C. civ., art. 1137) : le locataire assumait une obligation de conservation de la chose louée, le vendeur assumait une obligation de conservation de la chose vendue mais non encore livrée, obligation de moyens, de sorte que en cas d'inexécution de cette obligation (cf. C. civ., art. 1732 pour le bail), le bailleur pourra réclamer des dommages et intérêts (couverts en principe par l'assurance responsabilité civile du locataire) et l'acheteur ne devra pas payer ou pourra exiger une autre chose⁶⁰⁷. Il est bien évident que les incidences de ces mécanismes sont très importantes, par exemple pour prévoir les mécanismes assurantiels auxquels les parties feront prudemment appel, pour aménager le contrat des clauses adaptant, limitant, partageant ou transférant les risques dans le contrat.

340. L'exécution du contrat ou son inexécution comprises comme une option ; *Efficient Breach of contract*. – Par ailleurs, la solution française voit dans l'inexécution un mal, une maladie qui doit systématiquement aboutir à une sanction.

On reconnaît là la portée de l'analyse morale qui irrigue le droit des contrats, comme d'ailleurs tout le droit privé.

L'analyse économique du droit, de source américaine, propose au contraire des solutions parfois différentes : il y aurait ainsi des situations dans lesquelles un contractant a intérêt à ne plus exécuter le contrat, ce qui revient à dire qu'il peut avoir intérêt à ne plus poursuivre la relation contractuelle. La logique n'est alors plus celle de sanction d'un comportement regardé comme fautif mais de la sauvegarde de ses propres intérêts. Selon les tenants de l'analyse économique du droit la théorie de l'inexécution efficace du contrat (*efficient breach of contract*) constate alors une rupture dans les termes de l'échange⁶⁰⁸, généralement décriée en droit français⁶⁰⁹. Au départ, chaque contractant estime que la prestation de son cocontractant a autant sinon plus de valeur que la sienne et il exécute le contrat dans cet esprit, jusqu'au jour où il estimera que sa prestation vaut davantage que celle de l'autre et qu'il aura intérêt à investir son argent, son

⁶⁰⁷ Cf. Cass. com. 19 oct. 1982 (aff. Mécarex), *Bull. civ.* IV, n° 321, *RTD civ.* 1984.515, obs. J. Huet ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 1991, *Bull. civ.* I, n°325 (livres perdus pendant l'expédition) ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, acquéreur d'un bateau volé avant sa livraison).

⁶⁰⁸ En droit français : C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ 2002, Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2002, C. Fluet, « La rupture efficace du contrat », in C. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 155, J. Rochfeld, « la rupture efficace », in C. Jamin (dir.) *Droit et économie des contrats*, op. cit., p. 169, et les références citées.

⁶⁰⁹ Cf. M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, Puf, n°226.

travail, son temps, ailleurs. Nous avons déjà observé l'exemple des promesses de contracter (Cf. supra). A promet de vendre un bien à B pour 100 et C propose un prix de 200. Le bénéfice global résultat de l'inexécution de la promesse est supérieur à celui de son exécution, nous sommes dans une situation d'*inexécution efficace* (pris dans le sens anglais de *efficient*) du contrat. Autre exemple, un distributeur A conclut un contrat de distribution exclusive avec un fournisseur B et se rend compte que passé un certain temps un autre fournisseur C propose des produits identiques ou voisins moins chers, techniquement meilleurs, de meilleure image, etc. Si B refuse de renégocier le contrat, A retirera un bénéfice de l'inexécution de l'obligation d'exclusivité pour se fournir auprès de C. Nous sommes en situation d'inexécution efficace si B avait la possibilité de renégocier le contrat mais ne l'a pas souhaité ou a rejeté la proposition, et que par ailleurs B voit son préjudice réparé du fait de la rupture du contrat du fait de l'inexécution par A.

Le mécanisme, devenu la règle en droit américain des contrats a des conséquences majeures sur les institutions contractuelles : l'exécution forcée en nature d'une obligation ou d'un contrat est exclue (cf. infra), la réparation des conséquences de l'inexécution n'est pas affectée mais doit alors être observée avec minutie : la rupture unilatérale d'un contrat doit être efficace mais réparable.

- 341.** En toute hypothèse il existe un vaste ensemble de solution pour faire face à une inexécution contractuelle. Certaines sont extrajuridique, la tolérance d'une inexécution, la compensation par une baisse de prix, d'autres sont juridiquement saisies, l'inexécution de ses propres obligations, la rupture du contrat, l'exécution forcée des obligations ou du contrat, l'indemnisation du créancier, etc, éventuellement contractuellement organisées.

Si, avant 2016, le traitement des inexécutions contractuelle était envisagé de manière d'une part partielle et d'autre part judiciaire. La rupture du contrat pour inexécution par exemple, dite *résolution judiciaire du contrat* (C. civ., ancien art. 1184), cotoyait l'exécution forcée (et donc judiciaire) d'une obligation ou d'un contrat ou la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, quelques clauses particulières (clause pénale, C. civ., anciens art. 1226 s.), etc.⁶¹⁰.

La réforme du droit des contrat avait pour objet de proposer un ensemble de règles plus adaptées, plus utiles pour les parties, de manière à faire face aux différents types d'inexécutions susceptibles de survenir, et à proposer des techniques, qui ne sont plus appelés « *sanctions* » mais « *remèdes* » à l'inexécution, à l'instar des *remedies* anglo-américains.

L'article 1217 du Code civil énumère ainsi presque tous les remèdes possibles à une telle inexécution :

« *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :*

— *refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*

⁶¹⁰ Cf. Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004.

- *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;*
- *obtenir une réduction du prix ;*
- *provoquer la résolution du contrat ;*
- *demander réparation des conséquences de l'inexécution.*

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

L'ensemble, alors que chacun de ces remèdes fait ensuite l'objet de dispositions spécifiques, auxquelles s'en ajoutent d'autres (la question de la force majeure par exemple). Les parties ne sont, par ailleurs, pas tenues par tel ou tel remède en fonction de considérations particulières, ni par une hiérarchie organisée ou un ordre chronologique particulier. Les parties disposent du libre choix du remède choisi, sauf « *sanctions incompatibles entre elles* », sans toutefois que l'article 1217 ne propose un critère quelconque permettant de d'apprécier une telle incompatibilité. Certaines paraissent *a priori* incompatibles, comme une demande d'exécution forcée du contrat en nature et sa résolution en même temps. En revanche, on peut penser qu'une demande d'exécution forcée d'une obligation (de payer une somme d'argent par exemple) et une résolution ne sont pas nécessairement incompatibles. Par ailleurs, aucun indice permettant de trancher l'incompatibilité éventuelle n'est proposé par exemple pour privilégier telle demande et rejeter telle autre⁶¹¹.

Par ailleurs, ces remèdes sont envisagés de manière supplétive. La pratique contractuelle, depuis longtemps, a élaboré des types de clauses permettant de suppléer les règles existant avant 2016 ou de pallier l'absence de règles particulières. Dans cet esprit, la réforme de 2016 admet que ces règles supplétives peuvent être librement aménagées contractuellement.

Le nouveau régime des sanctions, ou de remèdes, à l'inexécution s'inscrit ainsi dans la continuité du droit français des contrats tel qu'éprouvé par la jurisprudence. Ainsi le juge est considéré comme devant intervenir en dernier ressort, laissant les parties agir, unilatéralement⁶¹², sous le contrôle, alors, mais éventuel, du juge.

- 342. Plan.** – Il demeure que l'hypothèse néfaste, celle de l'inexécution du contrat ou de la mauvaise exécution est celle qui pose le plus de difficultés. Il convient alors de constater l'inexécution (Section 1) pour en tirer des conséquences et envisager les remèdes à cette inexécution (Section 2).

Section 1. – Le constat de l'inexécution

- 343. Inexécution et faute contractuelle.** – Les divers mécanismes de sanction de l'exécution du contrat supposent de repérer une inexécution contractuelle, c'est-à-dire une différence entre le résultat attendu par le créancier et le résultat

⁶¹¹ Comp. Ph. Delebecque, « *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat* », Dr. et Pat. 2016, n° 259, p. 62.

⁶¹² J. Heinich, « *Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant* », RDC 2018, p. 521.

survenu.

Une manière d'envisager une telle inexécution est conception subjective, qui se présente également comme une posture morale, c'est-à-dire, de considérer cette inexécution comme une « *faute contractuelle* »⁶¹³. Cette conception est à l'origine d'une controverse doctrinale relative majeure à l'existence même d'un régime de « responsabilité contractuelle » (cf. infra), rapproché de la responsabilité extracontractuelle, alors que le vocabulaire juridique transporte souvent, y compris ici, celui de la responsabilité délictuelle (faute, préjudice, lien de causalité, etc.). Or, si l'inexécution, selon une conception objective, peut se traduire par une faute, par un comportement particulièrement brutal, abusif voire nuisible, du contractant, l'inexécution contractuelle se présente le plus souvent de manière objective, c'est-à-dire une violation des règles du contrat, qui peut se présenter de diverse manière.

L'inexécution peut être *temporaire*, de sorte qu'une exécution est encore possible, ou *définitive*, et seules des mesures de réparation peuvent être envisagées. Elle peut être *partielle*, et on parlera effectivement d'inexécution ou de mauvaise exécution ou *totale*, et il s'agira de « non-exécution ». Elle peut être *légère* ou au contraire très grave, soit par son intensité ou sa réparation, soit parce qu'elle affecte une obligation importante, sinon essentielle, du contrat. Dans toutes ces hypothèses, des sanctions ou des remèdes à l'inexécution peuvent être apportées.

Les sanctions seront alors variées, elles dépendront qui dépendra de l'intensité de l'obligation (I), de la gravité de l'inexécution (II) mais également de la présence d'un fait d'autrui ou de la chose (III) et d'une cause d'inexécution (IV).

I – L'intensité des obligations

344. La qualité de l'exécution des divers types d'obligations : obligations de moyens et obligations de résultat. – Les divers types d'obligations sont les obligations de donner, dont l'existence même si leur existence discutée, les obligations de ne pas faire, dont l'objet est une abstention, et les obligations de faire.

La qualité de l'exécution dépend de la qualité du résultat attendu et, ce faisant, de l'intensité de l'obligation. Un exemple est particulièrement parlant : le patient qui se rend chez le médecin envisage d'être guéri, c'est le résultat attendu, mais le médecin s'engage-t-il à guérir ou à soigner le patient ? Dans le premier cas, il s'engage à un résultat, il assume une *obligation de résultat* tandis que dans le second, il s'engage à fournir tous les moyens pour obtenir le résultat, il assure une *obligation de moyens*. Substantielle en tant qu'elle se présente comme une qualité de l'obligation elle-même, ce qu'elle est effectivement au moment de l'exécution, cette distinction importe surtout en réalité en termes de preuve de l'inexécution.

Dans tous les cas en effet, le créancier de l'obligation attend le résultat promis

⁶¹³ Cf. D. Tallon, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Mélanges G. Cornu*, 1994, p. 429.

de la prestation, objet de l'obligation. C'est donc en cas d'inexécution, c'est-à-dire lorsque le résultat n'est pas atteint que la mesure de l'intensité de cette obligation se pose, soit par égard à la manière dont la clause contenant l'obligation est rédigée, soit, à défaut, par une interprétation soit de la clause, soit de l'obligation elle-même quelle que soit la manière dont elle s'exprime (appréciation de la règle légale ou de telle obligation implicite ou inhérente au contrat). Si l'obligation se révèle être *de résultat*, il suffit alors au créancier déçu de prouver que le résultat n'a pas été atteint, alors que si l'obligation est considérée comme *de moyens*, il lui faut prouver que les moyens nécessaires à l'obtention du résultat n'ont pas été fournis. Cette distinction fut proposée par la doctrine⁶¹⁴ et retenue par la jurisprudence⁶¹⁵.

345. Appréciation de l'intensité de l'obligation. Parfois le contrat précise l'intensité de l'obligation (le vendeur livrera telle chose à telle date, délai de rigueur : obligation de résultat, à telle date, délai indicatif, obligation de résultat s'agissant de la délivrance elle-même, de moyens s'agissant de la date), et des formules sont parfois analysées comme la formule « au mieux » ou « faire le nécessaire », caractéristiques d'une obligation de moyens⁶¹⁶, à moins que ce soit la loi (C. C. civ., art. 1197⁶¹⁷).

Mais à défaut, grande est la difficulté de qualifier l'intensité de l'obligation. Toutefois, les obligations de ne pas faire ne posent pas de difficulté dans la détermination de leur intensité : ce sont des obligations de résultat (on voit mal comment une obligation de confidentialité pourrait imposer de « *faire tout en sorte* » pour que tel secret soit gardé).

Les obligations de faire ou de payer posent plus de difficultés. Elles peuvent être de moyens ou de résultat, selon le cas.

346. Exemple : obligation de sécurité. L'un des exemples types de ce genre de difficulté repose sur la nature de l'obligation de sécurité.

Apparue à la fin du XIX^{ème} siècle avec le développement des accidents du travail puis, au début du XX^{ème} avec les premières grandes catastrophes des transports, elle témoigne des carences de la théorie classique du contrat et de la responsabilité contractuelle. Si, en effet, et pour reprendre les termes de Carbonnier, les tragédies et les jambes cassées sont en principe du domaine de la

⁶¹⁴ Cf. H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p.1 ; A. Tunc, « Distinction des obligations de moyens et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I ? 449, J. Béliissent, *Contribution à l'analyse de la distinction entre les obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 2001 ; V. Malabat, « De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », *Mélanges C. Lapoyade-Deschamps*, 2003.

⁶¹⁵ Cf. Cass. civ. 20 mai 1936, *DP* 1936.1.88, concl. Matter, rapp. L. Josserand, note EP, S. 1937.1.321, note A. Breton, *Grands arrêts*, n°93.

⁶¹⁶ Cf. Cass. com. 20 févr. 2007, *JCP* 2007, II, 10082, note F. Ceclère-Descorps, *Dr. soc.* 2007, n°74, note H. Hovasse, *RTD civ.* 2007, p. 340, obs. J. Mestre et B. Fages (expression « au mieux ») ; Cass. com. 26 févr. 2002, *Bull. civ.* IV, n°43 ; adde N. Rontchevsky, « Faire le nécessaire », *Mélanges Ph. Simler*, 2006, p. 417.

⁶¹⁷ C. civ., art. 1197, « *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* ».

responsabilité délictuelle, la question s'est posée de savoir comment traiter de tels préjudices causés à l'occasion de l'exécution d'un contrat. D'où l'affirmation, par exemple dans le contrat de transport de personne que le transporteur ne doit pas se contenter de transporter les voyageurs d'un point à un autre mais qu'il doit transporter les voyageurs sains et saufs. C'est alors la voie ouverte à toutes sortes de déviations : ainsi la question s'est posée de savoir si un vendeur devait assumer une obligation de sécurité s'agissant des dommages subis dans son magasin⁶¹⁸ alors qu'il assume une obligation s'agissant des produits qu'il vend.

347. Mesure de l'intensité des obligations de faire. – La mesure de l'intensité de l'obligation est une question qui vaut surtout pour les obligations de faire est alors nécessaire ; elle est à l'origine de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, dont les articles 1137 et 1147 seraient les fondements, et généralisée par Demogue en 1925, distinction qui se complique singulièrement.

L'hypothèse de départ est l'attente du créancier, un résultat, qui n'est pas obtenu du fait de l'inexécution par le débiteur. Le créancier cherche alors à obtenir réparation, qui dépend de la nature de l'obligation, de son intensité.

348. Présentation de la distinction. – La situation simple oppose obligations de moyens et obligations de résultat.

Lorsque l'obligation est une obligation de moyens, cela signifie que le débiteur devait simplement mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour que le résultat soit obtenu : s'il a mis en œuvre tous les moyens nécessaires, il n'engage pas sa responsabilité, mais c'est au créancier de faire la démonstration que le débiteur n'a pas mis en œuvre tous ces moyens.

Lorsque l'obligation est une obligation de résultat, cela signifie que le débiteur a promis le résultat : si ce résultat n'est pas obtenu, le débiteur est responsable sauf à démontrer l'existence d'un événement de force majeure, et le créancier doit simplement prouver l'inexécution, l'absence de résultat.

La situation se complique, le plus souvent pour mettre en place un panel permettant réellement un système d'intensité de l'obligation.

1 – L'obligation de moyens ordinaire d'abord. Le modèle de l'obligation de moyens est l'obligation de soins du médecin⁶¹⁹.

2 – L'obligation de moyens renforcée est l'obligation de moyens dans laquelle les moyens à employer ne sont pas simplement tous les moyens nécessaires, ceux d'un bon père de famille, mais des moyens plus ou moins strictement définis, par une réglementation étatique ou professionnelle (des règles de l'art, des règles déontologiques).

3 – L'obligation de résultat atténuée est en réalité une obligation de moyens

⁶¹⁸ Cass. civ. 2ème, 14 févr. 1979, *Bull. civ.* II, n° 51 : une personne a glissé sur un détrit, par exemple, mais le client pourra obtenir réparation par le biais de la responsabilité délictuelle du fait des choses.

⁶¹⁹ Cf. Cass. civ. 20 mai 1936, *DP* 1936.1.88, concl. Matter, rapp. L. Josserand, note EP, S. 1937.1.321, note A. Breton, *Grands arrêts*, n°93.

où la charge de la preuve a été renversée : ce n'est plus au créancier de faire la preuve que les moyens employés étaient insuffisants, c'est au créancier de prouver que ces moyens étaient suffisants. Par exemple, le médecin est débiteur d'une obligation d'information auprès de son patient sur les risques d'une opération. Si ces risques se réalisent, c'était traditionnellement au patient de prouver que le médecin ne l'avait pas informé, jusqu'à un arrêt qui, en 1997, a considéré au contraire que c'était au médecin d'apporter la preuve de l'exécution de cette obligation (cf. supra).

4 – L'obligation de résultat qui se retrouve dans quelques obligations comme l'obligation de livrer une chose, ou l'obligation de sécurité du transporteur de personnes.

5 – L'obligation de résultat renforcée est celle dans laquelle le débiteur ne peut, pour s'exonérer n'invoquer que quelques causes étrangères bien définies et non n'importe quelle cause étrangère (cf. C. civ., at. 1732).

6 – L'obligation de garantie, enfin, est l'obligation dans laquelle le débiteur ne peut invoquer aucune cause étrangère pour s'exonérer de sa responsabilité : il garantit le résultat.

349. Critère de la distinction. – Le critère le plus souvent utilisé est celui de l'*aléa* : l'obligation de moyens est celle dans laquelle existe un fort aléa, à la différence de l'obligation de résultat, ce que l'on constatera dans le cas des obligations du médecin, par exemple. Dans d'autres situations, le rôle passif ou actif de la victime entre parfois en compte :

350. Exemples d'application de la distinction. – Bien des situations contractuelles illustrent la distinction, qu'on ne saurait décrire toutes et encore moins pour celles ici envisagées.

Il peut s'agir d'obligation portant sur une chose. Les obligations portant sur une chose peuvent être de garantie (obligation de garantie des vices cachés dans la vente), de résultat (obligation de délivrance dans la vente, obligation de sécurité dans la vente) ou de moyens comme l'obligation de conservation envisagée par l'article 1197 du Code civil⁶²⁰.

S'agissant des prestations intellectuelles, la fourniture d'un service par exemple, l'obligation est de résultat chaque fois que la fourniture des services ne présente aucune difficulté particulière⁶²¹. En revanche, les obligations médicales constituent la matière d'expérimentation favorite des obligations de moyens ou de résultat. Les obligations des médecins sont le plus souvent considérées comme des obligations de moyens : le médecin s'oblige à soigner, point à

⁶²⁰ En réalité, la jurisprudence est plus complexe, retenant, par exemple une obligation de résultat atténuée dans le cas de l'obligation de conservation du dépositaire de la chose (Cf. D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, n°303).

⁶²¹ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 8 nov ; 2005, *RD immob.* 2006, p. 55, obs. Ph. Malinvaud (construction d'un ouvrage exempt de vice) ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 mai 2006, *Bull. civ.* I, n°279 (fourniture d'eau potable).

guérir⁶²², ce qui place ses obligations dans le « camp » des obligations de moyens. Cependant, le médecin doit donner des soins conformes aux données actuelles de la science, il doit donc fournir des moyens finalisés, très précisément déterminés par les obligations légales, réglementaires et déontologiques du praticien de santé, de telle manière que son obligation relève d'une obligation de moyens renforcés, il suffira alors au patient de prouver que les moyens utilisés n'étaient pas pertinents. Il en est d'ailleurs ainsi de pratiquement tous les professionnels, soumis au respect des « règles de l'art » de leur profession. En revanche, le praticien, comme tout professionnel, subi une obligation de résultat s'agissant des matériels utilisés⁶²³. De même, le sort de l'obligation d'information du médecin est sujet à caution : c'est au médecin de prouver qu'il l'a exécutée, ce qui en fait une obligation de résultat atténuée, selon notre tableau tout au moins⁶²⁴, même lorsqu'il s'agit de risques graves⁶²⁵. En revanche, la correcte assimilation des informations transmises est un résultat attendu par le créancier d'information mais qui relève d'une obligation de moyens⁶²⁶.

De même et peut-être surtout, les obligations de sécurité illustrent la distinction, souvent en raison de la participation du créancier à l'exécution. Ainsi, dans le contrat de transport de voyageurs, la Cour de cassation avait admis que l'obligation était une obligation de sécurité de résultat dès que et tant que le voyageur se trouvait dans l'enceinte de la gare, pour autant qu'il y ait contrat de transport⁶²⁷. Elle admit ensuite que l'obligation de sécurité ne naissait qu'à compter du transport de sorte qu'elle commençait au moment de la montée dans le train et s'achevait à sa descente⁶²⁸, de sorte que l'obligation de sécurité serait une obligation de résultat pendant le transport et de moyens avant ou après le transport, dans l'enceinte de la gare⁶²⁹ de sorte que, hors le transport, le voyageur était moins traité que si la responsabilité avait été délictuelle. Enfin, la Cour de cassation admit que l'obligation de sécurité – sécurité résultat – était liée à l'exécution du contrat de transport de sorte qu'elle commençait à la montée et s'achevait à la descente, au delà, la responsabilité est la responsabilité civile délictuelle⁶³⁰.

Dans bien d'autres contrats, la jurisprudence a identifié de telles obligations mais avec des résultats divers, comme dans les contrats de prestation

⁶²² Cf. arrêt Mercier, Civ. 20 mai 1936, *DP* 1936.1.88, concl. P. Matter, rapp. L. Josserand, note E. P., *S.* 1937.1.321, note A. Breton.

⁶²³ Cass. civ. 1ère, 9 nov. 1999, *Bull. civ. I*, n°300, *D.* 2000, p. 117, note P. Jourdain, *JCP G* 2000, II, 10251, note Ph. Brun.

⁶²⁴ Cass. civ. 1ère, 25 fév. 1997, *Bull. civ. I*, n°75, *Contr. conc. consom.* 1997., n°76, obs. L. Leveneur ; Civ. 1ère, 14 oct. 1997, *JCP* 1997, II, 22942, rapp. P. Sargos.

⁶²⁵ Cass. civ. 27 mai 1998, *D.* 1998.530, note F. Laroche-Gisserot ; Cass. civ. 1ère, 7 oct. 1998, *JCP* 1998, II, 10179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos.

⁶²⁶ Cf. Cass. com., 14 mars 1989, *Bull. civ.*, n°89.

⁶²⁷ Cass. civ. 1ère, 12 déc. 1978, *Bull. civ. I*, n°386.

⁶²⁸ Cass. civ. 1ère, 1er juill. 1969, *D.* 1969.640, *JCP* 1969, II ? 22811, *RTD civ.* 1970.184, obs. G. Durry.

⁶²⁹ Cass. civ. 1ère, 21 juill. 1970, *D.* 1970.767.

⁶³⁰ Cass. civ. 1ère, 7 mars 1989, *D.* 1991.1, note Ph. Malaurie.

de services. Ainsi le contrat de remontée mécanique : l'exploitant assume une obligation de sécurité de résultat dans le cas d'un téléphérique ou d'une télécabine, mais la solution est plus complexe dans le cas d'un télésiège. L'obligation serait de moyens au départ, car elle nécessite la participation active du skieur, comme à l'arrivée, mais de résultat pendant le transport, car sa participation est alors purement passive⁶³¹. En revanche, s'agissant d'un télésiège l'obligation de sécurité n'est de moyens en raison de la participation active permanente du skieur⁶³². On pourrait ainsi multiplier les exemples⁶³³.

II. – La gravité de l'inexécution

351. Echelle des inexécutions. – Plusieurs formes d'inexécution existent, héritières, d'ailleurs de la division des fautes qui existait sous l'Ancien Régime.

1 – La faute légère n'est pas ou plus soumise à un régime particulier, à la différence de l'Ancien régime où elle excluait la responsabilité de son auteur.

2 – En revanche, l'inexécution simple d'une obligation est selon cette échelle une « faute ordinaire ». C'est cependant, au-delà, que la confusion entre la « faute » contractuelle et l'inexécution peut être repérée, en raison du rôle que jouent ces inexécutions graves.

3 – Ainsi, retient le rôle de la gravité de l'inexécution, ou « faute grave », qui révèle une inexécution particulièrement importante, soit en raison de la répétition du manquement ou de la méconnaissance d'un avertissement, soit en raison de l'énormité ou de la bêtise de celui-ci. Ses conséquences se manifestent sur le terrain de l'indemnisation, censée être plus importante que pour une inexécution simple.

4 – Surtout, la très importante gravité de l'inexécution, qualifiée de « faute lourde » présente des effets importants. Il s'agit d'une inexécution dans laquelle l'élément subjectif permet peut-être de parler de faute, un comportement « *confinant au dol, manifeste l'inaptitude de son auteur à assumer les missions dont il est chargé* »⁽⁶³⁴⁾ qui est alors considérée comme une faute dolosive par application de l'adage (de l'Ancien régime) : « *culpa lata dolo aequiparatur* », de sorte qu'elle paralyse les clauses limitatives de responsabilité. Une telle faute joue aussi un rôle important sur le terrain de la rupture du contrat⁶³⁵ : celle-ci peut alors s'opérer immédiatement, sans préavis (cf. infra). Observons alors que

⁶³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2002, *Bull. civ.* I, n°166 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1998, *D.* 1998. 505, note J. Mouly malgré de nombreuses hésitations jurisprudentielles antérieures dont, auparavant : Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, *JCP* 1996, II, 22620, note G. Paisant et Ph. Brun.

⁶³² Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1992, *JCP* 1993, II, 22058, *D.* 1994.45, note Ph. Brun.

⁶³³ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1993, *D.* 1995, somm. p. 66, obs. J. Mouly (à propos de l'exploitant d'un bobsleig).

⁶³⁴ Cass. com. 26 février 1985, *Bull. civ.* IV, n° 82 ; Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, *JCP G* 2005, II, n° 10066, note G. Loiseau, *RTD civ.* 2005, p. 779, obs. J. Mestre et B. Fages, *RLDA* 2005/8, n° 85, note G. Viney. *Comp. supra*, n°165 dans l'affaire *Chronopost*.

⁶³⁵ Mais, en droit du travail, c'est la notion de faute grave qui est utilisée pour justifier un licenciement sans préavis ni indemnité de licenciement, mais seule une faute lourde permet de le priver de l'indemnité de congés payés.

cet élément subjectif, analysé comme un comportement du débiteur, une déficience, une négligence grave qui identifie l'incapacité du débiteur à accomplir la mission contractuelle, a supplanté⁶³⁶ une considération objective qui prévalait auparavant, considérant la faute lourde comme celle qui se déduisait de la violation d'une obligation essentielle : la jurisprudence *Chronopost*, notamment (cf. supra) a montré que la conception subjective l'emportait de sorte que la violation d'une obligation essentielle n'est pas nécessairement une faute lourde.

5 – La faute dolosive⁶³⁷ est la faute très grave, commise de mauvaise foi, ou dans l'intention de nuire à son partenaire contractuel (on parlera alors aussi de faute intentionnelle). Son rôle est de stigmatiser une inexécution très importante, tellement d'ailleurs, qu'elles suppriment les clauses limitatives de responsabilité qui pourraient exister et rendent inassurable le risque qui en résulte (C. ass., art. L. 113-1).

6 – Enfin, la notion de faute inexcusable est également utilisée en droit des contrats. Il s'agit d'une inexécution très importante, impardonnable, instaurée en droit du travail, en droit de la santé⁶³⁸ ou en droit du transport : elle est alors une faute qui sert comme un outil utiliser pour crever des plafonds de réparation institués par la loi. L'employeur ou le transporteur aérien par exemple voient leur responsabilité limitée par la loi (Cf. CSS, art. L. 452-1 en matière d'accident du travail, C. av. civ., art. L. 321-4)) ou des conventions internationales, limitation qu'une faute inexcusable vient exclure. Elle suppose la conscience du danger auquel le fautif expose la victime⁶³⁹.

III. – Le fait de la chose et le fait d'autrui

352. Responsabilité contractuelle du fait des choses. – Bien des contrats et obligations impliquent une chose dans leur exécution : un professionnel de santé utilise des choses, matériels, matériaux, prothèses, etc., engage contractuellement sa responsabilité à l'égard du patient⁶⁴⁰ par exemple.

Autre cependant est la question de savoir si un contractant supporte une responsabilité du fait des choses utilisées pour l'exécution du contrat. Un arrêt, dit du « cerceau brisé » l'avait admis dans des circonstances particulières⁶⁴¹. En

⁶³⁶ Cf. Cass. com. 3 avr. 1990, *Bull. civ.* IV, n°108.

⁶³⁷ G. Viney, « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.* 1975, chr., p. 263.

⁶³⁸ Cf. L. 4 mars 2002, art. 1er, al. 3 qui évoque une « faute caractérisée ».

⁶³⁹ Cf. Cass. civ. 2ème, 27 janv. 2004, *Bull. civ.* II, n°25, *D.* 2004, p. 2185, obs. L. Noël, *RTD civ.* 2004, p. 296, obs. P. Jourdain, à propos de la faute inexcusable du salarié susceptible de minorer sa rente (CSS, art. L ; 452-3) : « la faute volontaire du salarié, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience ». Comp. C. av. art. L. 321-4 : « faute délibérée qui impliquait la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable ».

⁶⁴⁰ Cass. civ. 1ère, 9 nov. 1999, *Bull. civ.* I, n°300, *D.* 2000, p. 117, note P. Jourdain, *JCP G* 2000, II, 10251, note Ph. Brun.

⁶⁴¹ Cass. civ. 1ère, 17 janv. 1995, *D.* 1995, p. 350, note P. Jourdain, *JCP* 1996, I ; 3944, obs. G. Viney, *RTD civ.* 1995.634, obs. P. Jourdain : « contractuellement tenu d'assurer la sécurité des

revanche, la jurisprudence dite des accidents de gare montre que la jurisprudence fait la part entre la responsabilité délictuelle du fait des choses et la responsabilité contractuelle fondée sur une obligation de sécurité qui, en pratique prend largement le relais d'une telle responsabilité contractuelle du fait des choses.

353. Responsabilité contractuelle du fait d'autrui. – De la même manière, bien des situations illustrent des hypothèses dans lesquelles le contractant est responsable d'un fait imputable à un tiers, comme le fait d'un salarié, d'un mandataire ou d'un contractant substitué du contractant, comme un sous-traitant, réduisant d'autant les possibilités pour le contractant d'envisager une exonération de sa responsabilité en invoquant le fait d'un tiers.

IV. – Les causes d'exonération et de non-imputabilité

354. Détermination. – Les causes d'exonération permettent au débiteur de ne pas engager sa responsabilité, lorsqu'il démontre la présence d'une cause étrangère, aux termes de l'article 1148 du Code civil (et v. aussi, C. civ., art. 1722, 1733, 1769, 1772, 1882, 1929, 1934, etc.). La cause étrangère peut alors consister en un événement de force majeure, un cas fortuit, le fait d'un tiers, le fait du prince. L'avant-projet de réforme du Code civil en matière de responsabilité civile propose un régime commun à la responsabilité civile contractuelle et délictuelle.

A – La force majeure et le cas fortuit

355. Définition légale de la force majeure, art. 1218. – La *force majeure*, avec laquelle se confond le *cas fortuit*, constitue la principale cause d'exonération possible du débiteur⁶⁴². Il s'agit d'une situation assez intuitive par laquelle un contractant est placé en situation d'inexécution en raison de la survenance d'un événement considérable qui l'empêche de procéder à cette exécution : c'est en général ce que l'on appelle un cas de force majeure.

L'article 1218 du Code civil dispose que « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ».

L'ancien article 1148 du Code civil assure simplement que, en présence d'un cas de force majeure, « *il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts* ». Il en est résulté de longues séries de décisions de jurisprudence, avec une tendance fâcheuse à la

élèves qui lui sont confiés, un établissement d'enseignement est responsable des dommages qui leur sont causés non seulement par sa faute mais encore par le fait des choses qu'il met en œuvre pour l'exécution de son obligation contractuelle », en l'espèce des cerceaux dont l'un s'était brisé fortuitement, engageant cependant la responsabilité contractuelle de l'école. Adde : F. Leduc, « La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses », *D.* 1996. Chr. 164.

⁶⁴² Cf. P.-H. Antonmattéi, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992.

fluctuation, et de grandes controverses doctrinales sur la nature et la fonction de la force majeure.

Ainsi, une définition classique identifiait la notion de force majeure comme un événement *extérieur, imprévisible et irrésistible*, les débats faisaient rage s'agissant de caractère extérieur de la force majeure, mais encore de l'intensité des caractères imprévisibles et irrésistibles (un événement absolument ou raisonnablement irrésistible et/ou imprévisible). Au moment de la réforme de 2016, le dernier état de la jurisprudence définissait la force majeure comme un événement : « *un caractère imprévisible lors de sa formation et irrésistible dans son exécution* »⁶⁴³, écartant donc l'exigence d'un événement extérieur. Par ailleurs si sa présence exonérait le débiteur, l'ancien article 1148 n'indiquait pas non plus les modalités d'application de cette technique d'exonération, ou encore si d'autres effets, comme la suspension ou l'extinction du contrat ou de l'obligation affectée par cet événement.

En toutes hypothèses, il est clair que la manière dont la loi ou la jurisprudence apprécie un tel cas a une importance considérable : une conception large de la force majeure rend nombreuses les hypothèses recevables, et réciproquement.

356. Caractères de la force majeure. – L'article 1218 du Code civil exclut désormais de sa définition le caractère irrésistible, imprévisible et extérieur de l'événement, mais retient une définition présentée sous la forme de quatre conditions : un événement « *échappant au contrôle du débiteur* », qui « *empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* », c'est-à-dire un empêchement, ou un événement *insurmontable*, son caractère « *raisonnablement imprévisible* » et « *dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées* ».

Ces quatre conditions peuvent être rassemblés en trois caractères, en les présentant de manière un peu différente, le caractère relatif à un « empêchement d'exécuter », qui ressemble à l'ancien critère d'irrésistibilité, celui de l'imprévisibilité, raisonnable et évitable, et le critère du contrôle.

357. Un empêchement. Le premier élément caractérisant la force majeure, qui est pourtant le dernier dans la définition donnée par l'article 1218, est incontournable. L'événement doit empêcher l'exécution de son obligation par le débiteur : c'est l'élément clé et les autres pourraient même être oubliés⁶⁴⁴. Il signifie que l'événement doit être d'une intensité telle que le débiteur, qui n'est pas un surhomme, ne peut le surmonter. De manière plus précise, ce n'est pas tant l'événement qui importe que sa conséquence : le caractère irrésistible ou insurmontable de l'événement *empêche* le débiteur d'exécuter son obligation. C'est donc un critère relatif : il faut que l'événement empêche *ce* débiteur, pas un débiteur moyen ou abstrait, d'exécuter son obligation. Un événement

⁶⁴³ Cf. Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, Bull. ass. Plén., n°5, D. 2006, p. 1557, note P. Jourdain, JCP 2006, II, 10087, note P. Grosser, RDC 2006, p. 1207, obs. G. Viney.

⁶⁴⁴ Cf. Cas. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1988, Bull. civ. I, n°20 : « *la seule irrésistibilité de l'événement caractérise la force majeure* ».

météorologique ou géologique, cyclone, séisme, ou politique, une révolution, une guerre, une attaque terroriste, peuvent ainsi présenter les caractères de la force majeure pour un débiteur mais point pour un autre. En outre, le fait que l'exécution soit plus difficile ou plus onéreuse n'est pas le signe d'une irrésistibilité⁶⁴⁵. Il convient donc que l'événement présente les caractères d'un *empêchement*, l'événement ne peut être surmonté. La jurisprudence qualifiera certainement cet empêchement, un événement *insurmontable* est sans doute la plus proche de la définition légale.

358. Cas particulier : empêchement par le créancier d'une obligation, débiteur d'une obligation de paiement. – Par ailleurs, la question se pose de savoir si une *obligation de payer*, une obligation monétaire de manière générale, est susceptible d'être affectée par un événement de force majeure, dans la mesure où l'événement de force majeure invoqué empêche ou n'empêche pas l'exécution de cette obligation : *a priori* en effet, et sauf événement qui bloquerait la technique de paiement elle-même⁶⁴⁶, le paiement n'est pas rendu impossible par la survenance d'un cas de force majeure « classique ». La question s'est posée par exemple dans un cas où une personne avait conclu un contrat d'hôtellerie pour trois semaines et avait été hospitalisée après quelques jours, invoquant alors la présence d'un événement de force majeure pour obtenir la résolution du contrat et une indemnisation. Or pour la Cour de cassation, rappelant le contenu de l'article 1218, il en résulte « *que le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure* », alors que les clients « *avaient exécuté leur obligation en s'acquittant du prix du séjour, et qu'ils avaient seulement été empêchés de profiter de la prestation dont ils étaient créanciers* »⁶⁴⁷. La même question s'est posée à l'occasion de la crise du Covid, s'agissant de locataires ayant invoqués un cas de force majeure pour échapper à leurs obligations de paiement⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ Cf. Cass. soc. 12 févr. 2003 (3 arrêts), *Bull. civ.* V, n°50, *RDC* 2003, p. 59 obs. Ph. Stoffel-Munck : le décès d'un acteur d'une série télévisée n'est pas un événement de force majeure, car rien n'entrave la poursuite du tournage avec un autre acteur.

⁶⁴⁶ Civ. 3^e, 17 févr. 2010, n° 08-20.943, *D.* 2010, p. 653, et 2011, p. 472, obs. B. Fauvarque-Cosson; *AJDI* 2010, p. 546, obs. Y. Rouquet.

⁶⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2020, n° 19-21.060, *D.* 2021, p. 114, note S. Tisseyre, p. 89, point de vue C. Grimaldi, p. 310, obs. M. Mekki, p. 483, chron. X. Serrier; *AJDI* 2021, 118, obs. D. Houtcieff, *AJ contrat* 2020, p. 554, obs. M. Mekki, *RTD civ.* 2021, p. 126, obs. H. Barbier, p. 152, obs. P. Jourdain ; *JCP* 2020, n° 1409, note M. Mekki ; *JCP E* 2021, n° 1131, note Ch. Lachièze ; *CCC* 2021. Comm. 1, note L. Leveneur ; *CCE* 2021. Comm. 4, note G. Loiseau. V. aussi : Cass. com. 16 sept. 2014, n° 13-20.306, *D.* 2014, p. 2217, note J. François, *Rev. sociétés* 2015. 23, note C. Juillet, *RTD civ.* 2014. 890, obs. H. Barbier, *JCP* 2014, 1117, note V. Mazeaud ; *RDC* 2015. 21, obs. Y.-M. Laithier : « *le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure* ». Adde, L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, *Economica*, 2011.

⁶⁴⁸ Civ. 3^e, 30 juin 2022, n° 21-20.127, *Sté Odalys résidences*, Civ. 3^e, 30 juin 2022, n° 21-20.190, *Sté Action France c/ Sté Foncière Saint-Louis*; Civ. 3^e, 30 juin 2022,

La solution est radicale et peut-être un peu dogmatique. D’abord parce que l’article 1218 n’envisage pas de limite particulière à son application, ni quant à certaines obligations, ni regardant certaines parties. Par ailleurs, parce que la logique de « fait du prince », comme le fut la décision de restreindre l’accès à certains établissements durant la crise du Covid-10, empêchait certains locataires de profiter de leur part de contrat, la jouissance des lieux. Comme l’évoque Cyril Grimaldi, la jurisprudence scinde les situations en deux : « *Parti pour le week-end, je reçois en chemin un appel de l’hôtelier qui m’avertit qu’il ne pourra honorer sa réservation en raison d’une tempête ayant endommagé l’hôtel. Dans l’impossibilité d’exécuter son obligation - celle de mettre une chambre à disposition -, l’hôtelier invoque la force majeure pour anéantir le contrat. C’est ici une application classique de la force majeure, invoquée par le débiteur d’une obligation dans l’impossibilité de l’exécuter. Parti pour le week-end, j’appelle en chemin l’hôtelier pour l’avertir que je ne pourrai honorer ma réservation en raison d’une tempête ayant endommagé la route. Dans l’impossibilité d’exercer mon droit - celui de profiter de la chambre mise à disposition -, j’invoque la force majeure pour anéantir le contrat. C’est là une application nouvelle de la force majeure - dont il semblerait qu’elle soit admise en droit positif* ». Dans le premier cas pourtant, l’hôtelier peut valablement invoquer la force majeure pour obtenir la suspension ou l’anéantissement de son *obligation*, dans le second, le client ne peut l’invoquer pour obtenir l’anéantissement du *droit contractuel* de jouir de sa chambre d’hôtel, ce qui présenté ainsi, paraît bien singulier⁶⁴⁹.

En effet, la règle permettant d’invoquer un événement de force majeure devrait pouvoir être considéré comme un argument économiquement neutre, n’affectant ni la potentialité de prise en charge des risques contractuels de l’un des contractants, ni ceux de l’autre. Or, en écartant, par principe, l’invocation de la force majeure par le créancier d’une obligation qui envisagerait, comme débiteur d’une obligation de payer (chose de genre-type, impérissable) d’utiliser cet argument, cet équilibre est rompu, notamment lorsque le créancier de

n° 21-19.889, *Sté Bourse de l’immobilier c/ Sté Lafran*, D. actu. 4 juill. 2022, obs. P. Gaiardo ; D. 2022, p. 1445, note D. Houtcieff ; p. 1398, point de vue S. Tisseyre ; AJDI 2022. 605, avis B. Sturlèse et obs. J.-P. Blatter ; JT 2022, n° 255, p. 11, obs. X. Delpech ; JCP 2022. Act. 839, obs. A. Colin ; JCP N 2022. Act. 742, obs. A. Thobie et Y. Heyraud ; CCC 2022. Comm. 129, note L. Leveneur. *Adde* : J. Monéger, La Cour de cassation sonne l’armistice : les loyers « Covid-19 » sont dus ! Observations sur trois décisions dirimantes de la 3^e chambre civile du 30 juin 2022, JCP 2022. Doctr. 975 ; M. Mekki, Baux commerciaux et crise sanitaire - Voici venu le temps de « *la douloureuse* », JCP N 2022. Etude 1216.

⁶⁴⁹ C. Grimaldi, « La force majeure invoquée par le créancier dans l’impossibilité d’exercer son droit », D. 2009, p. 1298, à propos de Cass. civ. 1^{re}, 10 févr. 1998, n° 96-13.316, D. 1998, p. 539, note D. Mazeaud, RTD civ. 1998, p. 674, obs. J. Mestre, p. 689, obs. P. Jourdain ; JCP 1998. I. 155, obs. C. Jamin, et II. 10124, note G. Paisant. *Adde* : M. Mekki, note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2020, n° 19-21.060, AJ Contrats, 2002, p. 554, C. Jamin, « Paiement du loyer des baux commerciaux : libre lecture de l’article 1221 du Code civil », D. 2020, p. 888.

l'obligation, débiteur du paiement, *n'a plus d'intérêt* à la poursuite du contrat du fait de la force majeure. En effet, l'article 1218 permet au débiteur de suspendre son obligation, voire d'éteindre le contrat. SI, dans le cas d'une obligation de payer, la suspension est possible, la résolution du contrat est exclue : or c'est cette seconde exclusion dont la radicalité est exagérée, parce qu'envisagée de manière trop générale, par exemple en cas de perte d'intérêt du contrat par le débiteur de paiement. On peut par ailleurs penser que d'autres arguments, bonne foi, cause, disproportionnalité économique de l'exécution forcée de l'obligation, disparition de l'objet, etc., pourraient être utilisés pour tendre à une amélioration de la situation.

359. Imprévisibilité raisonnable et inévitable. – Les deux conditions peuvent effet être observées ensemble. L'événement doit également être imprévisible, caractère plus discutable. Avant 2016, déjà, la notion d'imprévisibilité signifiait que l'événement devait ne pas pouvoir être envisagé lors de la conclusion du contrat car, à défaut, les parties auraient dû en tenir compte. L'article 1218 précise qu'il s'agit d'une imprévisibilité raisonnable : en effet un événement imprévisible de manière absolue est rarissime, parce que le critère se rapproche de l'impossibilité : une guerre, une révolution, même en France, une crise sanitaire majeure, sont sans doute statistiquement peu probables, mais pas impossibles. Un événement est *raisonnablement imprévisible* lorsqu'il est statistiquement improbable.

Le deuxième critère qui lui est associé, le caractère inévitable de l'événement, complète le premier. Dans certains cas, en effet, l'événement, insurmontable, est pleinement prévisible (accident automobile, vol) de sorte que le critère se transforme : on recherchera « l'évitabilité » ou « l'inévitabilité » de l'événement par des moyens appropriés, c'est-à-dire proportionnés, raisonnables, critère évidemment discutable⁶⁵⁰. Ainsi un événement n'est un cas de force majeure qu'à partir du moment où le débiteur a pu, si l'événement pouvait être prévu, prendre les mesures pour l'éviter⁶⁵¹.

360. Contrôle – Le troisième critère qui était traditionnellement défini comme celui de l'exteriorité, n'est pas totalement éclipsé, mais transformé en un événement échappant au contrôle du débiteur, est le résultat global de la réduction du critère de l'exteriorité. Avant 2016 en effet, si l'événement doit être extérieur au débiteur, cela signifie qu'il ne doit pas être sous sa maîtrise. Il en résulte que le vice caché, dans la vente⁶⁵² ou la maladie du débiteur⁶⁵³ ne sont pas un

⁶⁵⁰ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1994, *JCP* 1994, éd. G, I, 3773, obs. G. Viney.

⁶⁵¹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1994, préc., Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, *Bull. civ.* I, n°307 et P.-H. Antonmattéi, « Ouragan sur la force majeure », *JCP* 1996, I, 3907.

⁶⁵² Et cf. pour le sang contaminé : le VIH, vice interne du sang n'exonère pas l'établissement fournisseur, faute d'exteriorité : Cass. civ. 1^{ère}, 12 avril 1995, *JCP* 1995, II, 22467, note P. Jourdain.

⁶⁵³ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 10 févr. 1998, *Bull. civ.* I, n°53, Cass. civ. 3^e, 19 sept. 2019, n° 18-18.921, AJDI 2019. 819, Cass. ass. plén. 14 avr. 2006, préc.

événement de force majeure⁶⁵⁴. La question s'est essentiellement posée pour la grève : le contractant peut-il s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la grève déclanchée par les salariés de son entreprise ? L'événement, non imprévisible et encore moins extérieur ne pourrait jamais être invoqué, sauf à admettre l'hypothèse d'une grève surprise⁶⁵⁵ trouvant sa cause hors de l'entreprise⁶⁵⁶.

B – Effets de la force majeure

361. Inexécution justifiée, résolution ciblée. – La survenance d'un événement de force majeure emporte une inexécution partielle ou définitive du contrat. Les effets de la force majeure sont alors la libération du débiteur de l'obligation en application de la théorie des risques du contrat : il s'agit de répondre à deux questions : qui supporte le risque de la survenance d'un événement empêchant l'exécution de l'obligation ? Comment les effets de ces risques sont-ils supportés ?

S'agissant de la première question, si, conformément à la théorie des risques (*res perit debitori*), le risque d'inexécution pèse évidemment sur la tête du débiteur d'une obligation, la survenance d'un cas, avéré, de force majeure, inverse le processus : c'est alors le créancier qui supporte le risque de l'inexécution par le débiteur. Cette inversion, spectaculaire, explique la conception plutôt stricte, voire très stricte, de la notion de force majeure par la jurisprudence.

S'agissant de la seconde, le nouvel article 1218, al. 2 du Code civil rend compte d'une réalité pratique assez intuitive, selon que l'inexécution provoquée par l'événement de force majeure est temporaire ou définitive : « *Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1* ».

Une telle présentation des effets de la force majeure a plusieurs incidences. La prise en compte d'une inexécution temporaire et de la *suspension* de l'obligation est une technique de sanction opérant une forme de *gestion efficace* de l'événement de force majeure⁶⁵⁷.

La *résolution de plein droit* du contrat en cas d'inexécution temporaire est plus radicale : les parties sont alors libérées dans les conditions des articles 1351 et 1351-1 lesquels concernent l'hypothèse de l'impossibilité d'exécuter une

⁶⁵⁴ Cass., ass. plén., 10 juill. 2020, n° 18-18.542, D. 2020, p. 1473, RTD civ. 2020, p. 623, obs. H. Barbier, p. 895, obs. P. Jourdain : « *le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de ce cette obligation en invoquant un cas de force majeure* » (en matière de responsabilité extracontractuelle et pour des faits avant 2016).

⁶⁵⁵ Cf. Cass. com. 12 nov. 1969, JCP 1970, II, 16791, note M. de Juglard et E. du Pontavice ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 févr. 1998, D. 1998, p. 539, note D. Mazeaud.

⁶⁵⁶ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 1993, JCP 1993, II, 22154 note Ph. Waquet.

⁶⁵⁷ Cf. déjà, Cass. civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, RTDciv. 2006, p. 764, obs. J. Mestre et B. Fages.

obligation. L'article 1351 dispose que « *l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure* » et le suivant concerne l'hypothèse d'une inexécution due à la perte de la chose qui serait l'objet de l'obligation⁶⁵⁸.

Par conséquent, la résolution du contrat de plein opère, mais, contrairement à la mise en œuvre habituelle de la théorie des risques, selon laquelle l'événement de force majeure libère alors totalement le débiteur, désormais, ce dernier n'est libéré « *qu'à due concurrence* ». Il n'est libéré que dans la mesure de l'impossibilité d'exécuter, et pas nécessairement pour le tout, c'est-à-dire pour des obligations qui seraient détachables de l'obligation empêchée et qui pourrait ou aurait pu être exécutées.

Ce n'est donc que dans des circonstances assez simples que l'événement de force majeure exonère totalement le débiteur. Cette situation rend assez bien compte de contrats complexes comme les contrats d'affaires. Ainsi, un contrat de longue durée impliquant diverses obligations structurantes comme une communication de savoir-faire, une assistance technique, la mise à disposition de personnel qualifié, etc., contenant des obligations de confidentialité, de non-utilisation d'éléments incorporels, etc., alors que, par exemple, le contractant assurant cette communication subit un événement de force majeure (impossibilité de se rendre dans le pays, sanction quelconque de type embargo, etc.). Si l'exécution est définitive, le contrat est résolu, mais nombre d'obligations sont toujours susceptibles d'exécution, par exemple le paiement d'obligation déjà exécutées, les obligations de confidentialité, de non-utilisation, etc., et on ne voit guère la raison pour laquelle ces obligations devraient être terminées.

- 362. Clause de force majeure.** – Ces dispositions ne sont pas impératives⁶⁵⁹ s'agissant tant des conditions que des effets de la force majeure, de telle manière que, dans les contrats importants, les parties prennent souvent la précaution d'insérer une clause de force majeure, de manière à ajuster, contractuellement, les événements déclenchants, par exemple pour y intégrer des événements qui, en suivant la jurisprudence, en auraient été exclus, la grève par exemple, ou l'inverse, ce qui suppose peser sur les obligations de limiter les conséquences de l'événement, etc. mais aussi pour présenter les effets de la force majeure.

C – Le fait du tiers ou du créancier

- 363. Force majeure dérivée.** – L'exécution du contrat étant du ressort des contractants, le fait d'un tiers peut exonérer le débiteur pour autant que ce fait se

⁶⁵⁸ C. civ., art. 1351-1 : « *Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose* ».

⁶⁵⁹ Cf. Cass. com. 8 juill. 1981, *Bull. civ. IV*, n°312.

ramène, pour lui, à un événement de force majeure où l'on retrouve les éléments caractéristiques de celle-ci, irrésistibilité et imprévisibilité (cf. supra). Dans ces conditions⁶⁶⁰, le fait du tiers peut exonérer le débiteur, pour autant cependant que ce tiers ne soit pas un tiers dont le débiteur doit répondre, salarié, mandataire, sous-traitant, etc., le débiteur supportant une responsabilité assez étendue du fait d'autrui.

De la même manière, le fait du créancier est également une cause d'exonération, poursuivant en cela la logique du mécanisme de l'exception d'inexécution (cf. infra), exonérant totalement le débiteur lorsqu'il a été la cause exclusive de l'inexécution et à défaut à un partage de responsabilité⁶⁶¹.

Section 2. – Les remèdes à l'inexécution

364. Choix des armes. – L'inexécution du contrat, d'une ou de plusieurs obligations, est une atteinte à la règle du jeu contractuelle, à l'attente légitime de l'autre contractant, à la confiance contractuelle, etc. Il convient alors que les meilleures solutions, les remèdes les plus efficaces soient disponibles pour pouvoir être utilisés par le contractant déçu⁶⁶².

Il convient que ces remèdes soient adaptés à la nature de l'inexécution : inexécution importante ou vénielle, atteinte à une obligation essentielle ou accessoire, inexécution définitive ou temporaire, etc. et on redira jamais suffisamment à quel point le contrat est tout à la fois une technique de détermination des règles du jeu qu'un outil d'aménagement de ces solutions.

Certains de ces remèdes sont des sanctions, la plupart, d'autres envisagent des mécanismes de gestion de l'inexécution, ou de sauvegarde des intérêts d'un contractant. Certaines sanctions sont objectives et atteignent le contrat, d'autres sont subjectives et concerne le contractant en défaut.

L'article 1217 établit une liste de ces sanctions : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :*

- *refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*
- *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;*
- *obtenir une réduction du prix ;*
- *provoquer la résolution du contrat ;*
- *demandeur réparation des conséquences de l'inexécution.*

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

365. Plan. – Outre la nullité qui sanctionne le défaut de formation du contrat, ou la caducité, déjà rencontrée qui intéresse la disparition d'un élément nécessaire à la

⁶⁶⁰ Cf. Cass. com. 25 nov. 1997, *Bull. civ. IV*, n°308 ; Cass. civ. 1ère, 17 nov. 1999, *Bull. civ. I*, n°307.

⁶⁶¹ Cf. Cass. com. 24 mai 2005, *Bull. civ. IV*, n°118.

⁶⁶² Cf. Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, M. Fontaine et G. Viney, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruylant, 2001 ; D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.

formation au cours de l'exécution du contrat, ces remèdes s'articulent essentiellement autour de l'exception d'inexécution (I), de l'exécution forcée du contrat (II), obtenir une réduction de prix (III) de la résolution du contrat (IV) et de l'obtention de dommages et intérêts (V).

I. – L'exception d'inexécution

366. Talion contractuel : *Exceptio non adimpleti contractus*. – Bien que nul ne puisse se faire justice à soi-même, principe bien discutable, tant les exceptions semblent, nombreuses⁶⁶³, une formule, celle de l'*exceptio non adimpleti contractus*, l'exception d'inexécution⁶⁶⁴ et sa résultante éventuelle lorsque l'obligation porte sur une chose, le droit de rétention⁶⁶⁵ sont des techniques très efficaces de gestion de l'inexécution des obligations réciproques, quoique archaïques.

Elle consiste en la reconnaissance, pour chaque partie, de la possibilité de ne pas exécuter ses obligations lorsque l'autre partie ne les pas elle-même exécutées : dès lors qu'un contractant constate que l'autre partie n'a pas exécuté ses obligations, il peut, en retour, d'où le terme « exception », ne pas exécuter les siennes.

C'est donc tout à la fois une mesure comminatoire, qui a pour objectif de forcer l'autre à exécuter ses obligations, et une mesure de sauvegarde de ses propres intérêts : par exemple, l'acheteur retient le paiement du prix tant qu'il ne reçoit pas la chose, le réparateur ne répare la chose tant qu'il n'est pas payé.

Le Code civil l'envisage dans le contrat de vente, tantôt au profit du vendeur (C. civ., art. 1612), tantôt au profit de l'acheteur (C. civ., art. 1653) mais aussi dans le contrat d'échange (C. civ., art. 1704) ou dans le contrat de dépôt (C. civ., art. 1948). La jurisprudence admet cependant qu'il s'agisse d'une mesure générale valable dans n'importe quel contrat synallagmatique⁶⁶⁶.

La jurisprudence avait, avant 2016, généralisé le mécanisme à tous les contrats synallagmatiques, solution reprise et précisées aux articles 1219 et 1220 du Code civil.

367. Conditions de l'exception d'inexécution. – Le jeu de l'exception d'inexécution demeure soumis à de nombreuses conditions. Il convient, en premier, que l'obligation soit de nature contractuelle. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle rejeté le mécanisme dans la relation, pourtant fondée sur une convention, nouée entre un médecin et une caisse d'assurance maladie, car elle relève de la matière réglementaire⁶⁶⁷.

Il convient en outre que le rapport d'obligation résulte d'un contrat *synallagmatique* ou d'un rapport synallagmatique, comme ceux résultant d'une

⁶⁶³ Cf. J. Béguin, « Rapport sur l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même », Trav. Ass. H. Cap. t. XVIII, 1966, p. 41.

⁶⁶⁴ Cf. C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, LGDJ, 1999.

⁶⁶⁵ A. Aynes, *Le droit de rétention, unité ou pluralité*, Economica, 2005.

⁶⁶⁶ Cass. soc. 31 mai 1956, *Bull. civ.* IV, n°503.

⁶⁶⁷ Cf. Cass. civ. 2^{ème}, 19 janv. 2006, *Bull. civ.* II, n°24.

annulation d'un contrat synallagmatique, mais encore résultants de contrats différents mais considérés comme interdépendants⁶⁶⁸.

Les obligations doivent par ailleurs être *réciproques*, c'est-à-dire qu'elles doivent s'exécuter simultanément. Par exemple, une vente permet au vendeur de ne pas livrer si l'acheteur n'a pas payé, et réciproquement. De même il peut s'agir d'une obligation née d'une annulation de contrat, la restitution de la chose contre un remboursement.

En revanche, si la vente est une vente à tempérament, le vendeur ne peut refuser de livrer la chose, parce que la simultanéité de l'exécution de leurs obligations n'est pas contractuellement décidée.

S'agissant de *l'inexécution*, il convient en premier que celle-ci soit *suffisamment grave*. L'article 1219 du Code civil en fait une condition explicite « *une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* »⁶⁶⁹ de telle manière que l'exception d'inexécution n'apparaisse pas comme une mesure disproportionnée⁶⁷⁰. L'inexécution n'a pas à être totale, une inexécution partielle, suffisamment grave suffit.

368. Exception d'inexécution anticipée. – Avant 2016, il convenait par ailleurs enfin que la riposte soit seconde, c'est-à-dire une riposte à une inexécution première : l'*excipiens* ne pouvait en principe arguer de l'exception d'inexécution par anticipation, pour prévenir une inexécution, sauf en utilisant le mécanisme procédural du référé pour prévenir un dommage imminent⁶⁷¹.

L'article 1220 prévoit cependant qu'une partie « *peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais* ».

Il s'agit donc de la validation de l'exception d'inexécution par anticipation, pour autant, outre la gravité de l'inexécution à venir, que celle-ci soit *manifeste*.

Une autre condition apparaît alors, de manière implicite, qui est que l'exécution soit encore concevable et de nature à satisfaire le créancier pour que cette sanction anticipée soit utile : il conviendrait donc que l'inexécution soit temporaire.

369. Mise en œuvre de l'exception d'inexécution. – L'exception d'inexécution s'inscrit dans ces nombreuses sanctions extrajudiciaires, et donc unilatérales, prise donc aux risques et périls de son auteur.

C'est donc une situation totalement informelle et relevant de la volonté du

⁶⁶⁸ Cf. Cass. com. 12 juill. 2005, *JCP* 2005, I, 194, obs. A. Constantin, *RTD civ.* 2006, p. 307, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁶⁶⁹ Cf. Cass. Com. 29 janv. 2013, n° 11-28.576, Cass. Civ. 3ème, 15 sept. 2015, n° 13-24.726, D. 2016, p. 566, obs. M. Mekki.

⁶⁷⁰ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n°322.

⁶⁷¹ Comp. PECL, art. 8 :805 validant ce type d'exception d'inexécution par anticipation dès lors que le contractant peut raisonnablement croire en l'inexécution prochaine. Adde : A. Pinna, « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD civ.* 2003, p.31.

débiteur : il suffit que l'autre partie cesse d'exécuter ses obligations pour que l'exception d'inexécution, sur la base de la seule décision du débiteur, puisse être engagée. Rien ne lui interdit par ailleurs de mettre en demeure le débiteur de s'exécuter. C'est d'ailleurs souvent dans cet ordre que les choses se déroulent, inexécution, mise en demeure d'exécuter, exception d'inexécution (ou menace d'inexécution, mise en demeure d'obtenir des garanties de l'exécution, exception d'inexécution par anticipation).

La différence entre l'exception d'inexécution et l'exception d'inexécution par anticipation tient au fait que, dans le second cas, la suspension de sa propre exécution en anticipation de l'inexécution à venir, doit faire l'objet d'une *notification à l'autre partie*.

Le contrôle de l'efficacité et de la régularité de l'exception d'inexécution n'intervient donc qu'ensuite, souvent parce que le contractant menacé agit pour tenter de démontrer que les conditions de l'exception d'inexécution n'étaient pas remplies, de sorte que l'auteur de cette mesure doit prendre des précautions pour préserver tous les éléments de preuve justifiant son comportement.

370. Effet de l'exception d'inexécution. – L'article 1220 du Code civil indique que, dans le cas de l'exception d'inexécution par anticipation, le débiteur peut « *suspendre* » l'exécution de son obligation. On peut penser cependant que cet effet est l'effet général du mécanisme, dans tous les cas.

C'est par ailleurs une situation par nature provisoire, soit parce que l'autre partie finit par exécuter son obligation, soit parce que l'une ou l'autre engage une action en exécution forcée de l'obligation ou décide de mettre fin au contrat, par voie de résolution du contrat.

371. Variante : le droit de rétention. – Lorsque l'obligation porte sur une chose, le mécanisme de l'exception d'inexécution se double d'une conséquence en droit des biens et en droit des sûretés : le droit de rétention. Le vendeur non payé peut ainsi ne pas livrer (exception d'inexécution), de sorte qu'il conserve la chose, dont la propriété a pourtant été transférée à l'acheteur par l'effet du contrat de vente. Il conserve la chose d'autrui, c'est une sûreté, redoutable, que l'on retrouve dans la vente (C. civ., art. 1612), mais aussi chaque fois qu'un dépôt peut être identifié⁶⁷².

Le Code civil a, depuis la réforme du droit des sûretés en 2006, consacré ce droit de rétention (C. civ., art. 2286) chaque fois qu'une chose a été remise jusqu'au paiement du prix, qu'une créance résulte du contrat obligeant à livrer ou qu'une créance est née à l'occasion de la détention de la chose. La sûreté s'avère d'autant plus redoutable qu'elle est opposable aux créanciers du débiteur soumis à une procédure de faillite : le rétenteur dispose ainsi de la possibilité d'être payé intégralement pour que le débiteur récupère la chose, sans être soumis au risque de la procédure collective (Cf. C. com., art. L. 622-7, al. 3, L. 642-25).

⁶⁷² Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 7 janv. 1992, *Bull. civ.* IV, n°4, *JCP* 1992, I, 3583, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 1992, p. 586, obs. P.-Y. Gautier (à propos d'un garagiste impayé refusant le restituer le véhicule confié pour réparation).

II – L'exécution forcée d'une obligation

372. Définition et conditions. – L'exécution forcée d'une obligation, ou du contrat, est la condition de l'efficacité de la force obligatoire du contrat. Le *pouvoir de contrainte* d'un créancier sur le débiteur s'exerce ainsi d'une part par cette possibilité, parmi d'autres, mais également par la possibilité, ensuite, d'obtenir des mesures d'exécution procédurales, des saisies par exemples.

L'exécution forcée est l'un des remèdes possibles en cas d'inexécution du contrat, des obligations. Elle se définit comme la possibilité pour le créancier d'obtenir, en justice, la condamnation du débiteur à fournir la prestation qui était convenue par le contrat, en nature. Elle pourrait être réalisée par un tiers pour le compte du créancier.

Avant 2016, la question était assez maladroitement réglée dans le Code civil.

S'agissant de l'exécution forcée des obligations, les anciens articles 1142 à 1145 du Code civil envisageaient différents cas, dont le cas général, celui des obligations de faire qui s'exécutait de manière forcée, par équivalent, c'est-à-dire par des dommages et intérêts ou en nature. Par ailleurs, l'ancien article 1184, al. 2 du Code civil qui concernait la question de la résolution judiciaire du contrat évoquait un choix, pour le créancier entre deux solutions : « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, au choix ou de forcer l'autre l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ».

La rédaction pouvait laisser sous-entendre une certaine hiérarchie, que le créancier doit effectuer un tel choix, qui se limiterait à ces deux branches de l'alternative et semblerait exclusives l'une de l'autre. Or, d'une part, la palette des remèdes est plus large et, d'autre part, si, effectivement, le créancier qui engage une action en résolution judiciaire ne pouvait, en même temps, demander l'exécution forcée du contrat, rien ne lui interdisait de demander l'exécution forcée du contrat dans un premier temps et ensuite, la résolution du contrat. Aucune hiérarchie n'existe donc entre ces techniques⁶⁷³ et par ailleurs, le choix réalisé s'impose au juge qui ne pourrait, saisi d'une demande d'exécution forcée, prononcer la résolution du contrat⁶⁷⁴.

Par conséquent il existe peu de conditions proprement dites à l'exercice d'une action en exécution forcée en nature de la convention, pas même l'existence d'un préjudice, dans la mesure où la technique n'est que la poursuite de la formulation contractuelle des obligations et effets du contrat et, par conséquent indépendante de la démonstration de l'existence d'un intérêt supplémentaire pour l'engager⁶⁷⁵. Empreint d'une parfaite logique, le raisonnement n'est toutefois pas parfait et peut conduire à des résultats déraisonnables, comme une

⁶⁷³ Cf. Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution forcée en nature », *RDC* 2005, p. 161.

⁶⁷⁴ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, *JCP* 2004, I, 163, obs. G. Viney, *RTD civ.* 2003, p. 709, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁶⁷⁵ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 6 mai 1980, *Bull. civ.* III, n°91 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, *Bull. civ.* I, n°201, *RTD civ.* 2005, p. 594, obs. J. Mestre et B. Fages.

célèbre affaire l'a montré dans laquelle un couple avait conclu un contrat de construction d'une maison individuelle qui, au final, faisait apparaître une insuffisance de niveau de 33 centimètres. Les époux avaient demandé la destruction puis la reconstruction de la maison. Une Cour d'appel assez raisonnable les avait déboutés mais la Cour de cassation avait censuré cet arrêt en invoquant froidement l'article 1184 du Code civil : « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* »⁶⁷⁶ mais surtout, pourrait-on ajouter si elle demeure raisonnable. Cette puissance dans la mise en œuvre de l'exécution forcée est en outre très surprenante dans la mesure où elle est loin d'être unanimement appliquée, en fonction de la nature des obligations.

- 373. Nouvelles règles.** Depuis 2016, l'article 1221 du Code civil propose le mécanisme, expressément désigné comme *exécution forcée en nature* : « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ».

Autre est l'hypothèse de l'exécution forcée du contrat lui-même, qui n'est finalement traitée que de manière accessoire à propos de la résolution du contrat dans l'article 1226 du Code civil.

L'article 1222 concentre en outre les solutions des anciens articles 1143 et 1144 : « *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction* ».

- 374. Exécution forcée impossible ?** – La technique de l'exécution forcée est d'une redoutable brutalité : il s'agit, plus que d'une exécution forcée, d'une exécution en nature contrainte, face à un débiteur récalcitrant, soit pour obtenir une exécution forcée du contrat lui-même, c'est-à-dire de constater qu'un effet du contrat s'est produit, solution que par exemple la question de la rétraction de la promesse de contracter illustre de manière surprenante dans la mesure où les effets du contrat sont automatiques.

En outre, bien des obstacles, propres au droit des obligations ou extérieurs à celui-ci se dressent en défaveur d'une telle exécution, lorsqu'elle est possible. Ainsi, les règles du droit des procédures collectives imposent un gel de l'actif et

⁶⁷⁶ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, n° 07-11.282, Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, n° 06-13.983, D. 2007, p. 1119, note O. Gout, JCP 2007, I, 161, n°6, obs. M. Mekki, RTDciv. 2007, p. 342, obs. J. Mestre et B. Fages, Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, Bull. civ. III, n°103, RTD civ. 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages, RDC 2006, p. 323, obs. D. Mazeaud. V. aussi, Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 1984, RTD civ. 1984, p. 711, obs. J. Mestre (piscine avec trois marches au lieu de quatre) ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 1996, Bull. civ. III, n°91 (démolition d'une construction bien que ses effets auraient des conséquences sur une dizaine de boutiques étrangères à la procédure).

du passif du débiteur en difficulté financière pour organiser des priorités de paiements, celles du droit de la consommation organisent un mécanisme voisin via les techniques de traitement du « *surendettement des particuliers* » (C. consom., art. L. 331-1 et s.). De même, les règles du paiement des obligations (cf. infra, n°494 s.) permettent des techniques d'étalement de la dette comme la possibilité laissée au juge d'accorder des délais de paiement (C. civ., art. 1244-1 et s.).

375. Conditions de l'exécution forcée en nature. – Il n'est pas très clair de mesurer le champ d'application de l'article 1221 du Code civil, c'est-à-dire de savoir si'il concerne l'exécution en nature des obligations, ce qui semble pourtant résulter du texte même de ce texte, ou des contrats. Par ailleurs, ce texte n'envisage que l'exécution forcée *en nature*, sans traiter de son alternative, en toute cas de manière explicite, l'exécution forcée *par équivalent*.

L'hypothèse de la mise en œuvre de ce remède repose sur une exécution qui pourrait encore être effectuée et qui, par ailleurs, demeure utile pour le créancier. Si par exemple, l'exécution est simplement retardée, l'exécution forcée est utile, sauf si le créancier a pris d'autres dispositions (il a obtenu d'autres choses, ou fait réparer la chose par un autre, auquel cas il pourra éventuellement engager une action pour obtenir réparation des préjudices qu'il aurait subis.

376. Exigence d'une mise en demeure. – L'article 1221 du Code civil pose expressément comme exigence, le fait que l'exécution forcée soit précédée par une mise en demeure, par le créancier, d'exécuter l'obligation. *A priori* donc, il devrait en résulter que, faute d'avoir respecté cette exigence de forme, l'exécution forcée ne serait pas possible et donc irrecevable, à supposer toutefois que l'action en exécution forcée ne soit pas considérée, elle-même comme une telle mise en demeure.

377. Absence d'exigence de la gravité de la l'exécution. L'article 1221 du Code civil n'exige, de ce point de vue aucune condition : peu importe donc la gravité de l'obligation, même une inexécution *a priori* mineure⁶⁷⁷, ou bien le caractère essentiel ou accessoire de celle-ci.

378. Exigence d'une exécution forcée possible. La possibilité ou l'impossibilité de l'exécution forcée dépend de plusieurs facteurs. Il peut s'agir d'abord des termes mêmes du contrat. Par exemple, l'inexécution forcée d'une obligation de sécurité n'a aucune sens.

Une autre logique de possibilité, ou d'utilité de l'exécution forcée est plus ambiguë. Ainsi il peut sembler contraire à des considérations économiques et de bon sens de forcer quelqu'un à faire quelque chose au risque que ce soit serait contre-productif. Si je force quelqu'un à réaliser quelque chose qui ne veut pas faire, il le fera mal. C'est en ce sens qu'un arrêt célèbre avait été rendu dans une

⁶⁷⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, n° 12-16.217.

affaire opposant le peintre Whistler qui refusait d'achever un tableau à son commanditaire⁶⁷⁸ et qui peut être généralisée à toutes les obligations de faire qui présentent un caractère personnel : l'obligation du peintre, de l'artiste plus généralement, du médecin, du salarié, etc. D'une manière plus générale, il est impossible d'imposer à une personne de faire quelque chose qu'elle ne souhaite pas faire, de sorte que l'exécution forcée *même en nature* d'une obligation se soldera soit par des mesures d'exécution, une saisie, soit par la sortie du contrat ou des dommages et intérêts.

On retrouve donc, en creux, la question qui était posée dans l'ancien article 1142 du Code civil qui posait que les obligations de faire s'exécutent en dommages et intérêts, c'est-à-dire par équivalent, c'est-à-dire encore, ne s'exécutent pas en nature. La limite posée par la jurisprudence était celle d'une exécution personnelle, comme dans l'affaire Whistler ; toutefois l'exécution forcée à l'endroit d'un peintre en bâtiment de réaliser une prestation de peinture ne pose pas de difficulté *a priori*.

D'autres circonstances peuvent être invoquées. C'est le cas en droit du travail par exemple : la réintégration d'un salarié licencié, même irrégulièrement, a toujours été considérée comme impossible, sauf pour certains salariés protégés, comme les représentants du personnel.

379. Le coût de l'exécution forcée. Par ailleurs, l'article 1221 ajoute une condition particulière, celle voulant que l'exécution forcée ne soit pas recevable « *s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ».

De ce point de vue il s'agit d'un ajout qui contredit la jurisprudence ancienne⁶⁷⁹ : dans la règle prévalant avant 2016, seule la possibilité de l'exécution forcée était considérée comme limitant le jeu du mécanisme. Désormais, l'analyse de la possibilité d'exécuter de manière forcée une obligation s'analyse également de manière économique, à travers la considération de la proportion entre le coût de l'exécution forcée et l'intérêt du créancier à obtenir cette exécution.

Il s'agit de contredire la jurisprudence permettant, en matière immobilière par exemple, de faire en sorte qu'une inexécution même très minime, mais qu'il était possible d'exécuter, fasse l'objet d'une telle mesure, au prix d'un coût considérable, la destruction et la reconstruction.

On peut penser qu'il s'agit d'une précaution très raisonnable de la part des nouvelles règles, y compris dans l'ajout de l'exigence de la bonne foi du débiteur. Il s'agit d'éviter qu'un débiteur de mauvaise foi exécute mal ses obligations, de manière à éviter ensuite d'avoir à exécuter en nature en invoquant l'absence de proportion entre le coût et l'intérêt du créancier.

380. Exécution par un tiers. Enfin, une autre possibilité est de faire exécuter

⁶⁷⁸ Cf. Cass. civ. 14 mars 1900, *DP*, 1900, 1, 497, note M. Planiol.

⁶⁷⁹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, préc., Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, préc., Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, préc.

l'obligation par un autre. L'article 1222 du Code civil prévoit ainsi la possibilité pour le créancier, sans autorisation du juge, de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur, « *dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation (...). Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution (...).* ou à cette destruction. Par fois désigné « faculté de remplacement », sa mise en oeuvre, est, désormais informelle, à la différence de la solution prévalant avant 2016, om l'ancien article 1144 imposait une autorisation judiciaire préalable, sauf urgence ou en matière commerciale (en vertu d'un usage comme parfois en la matière) et enfin que l'obligation soit susceptible d'une telle faculté de remplacement ce qui exclut en pratiques les obligations *intuitu personae*.

- 381. Exécution forcée des obligations de ne pas faire.** – S'agissant d'une obligation de ne pas faire, également visée par l'article 1222, intègre cette question : le créancier peut « *dans un délai et à un coût raisonnables, (...) sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à (...) cette destruction* ». Ainsi, ce qui a été construit fait en violation d'une servitude ou d'une obligation de ne pas faire peut être détruit, aux frais du débiteur, la violation d'une obligation de non concurrence peut faire l'objet d'une décision interdisant de poursuivre cette activité. En pratique, l'exécution forcée de ces obligations repose sur une astreinte⁶⁸⁰ accompagnant le prononcé d'une injonction en cessation.

C'est cependant parfois une piètre consolation dans la mesure où l'inexécution de certaines obligations de ne pas faire (comme l'obligation de ne pas révéler un secret, par exemple), ne peut pas être détruit et guère être réparé, de sorte que l'insertion d'une clause pénale pour tenter d'empêcher leur violation peut ici constituer un pis-aller utile.

Elle doit, là encore, s'effectuer à un coût raisonnable, tenant compte des situations, notamment, de droit immobilier prévalant s'agissant des obligations de « faire ».

III. – La réduction du prix

- 382. Nouvelle sanction.** Connue du droit de la vente, en matière d'action estimatoire de l'article 1644 du Code civil ou de l'article L. 211-10 du Code de la consommation, la possibilité pour le créancier insatisfait de demander, de manière générale, une réduction du prix est une autre innovation proposée par l'article 1223 dans l'ensemble des remèdes à l'inexécution : « *Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais* ».

⁶⁸⁰ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, préc.

A bien des égards cependant, la possibilité existait de manière indirecte, par exemple par une demande de dommages et intérêts qui présente, sinon le même objet, du moins la même fonction, ou bien à travers la notion de réfaction du contrat, avatar d'une résolution rejetée du fait du caractère insuffisamment grave d'une inexécution demandée sur le fondement de l'ex-article 1184 du Code civil⁶⁸¹ ou encore s'agissant de la réduction des honoraires excessifs, qui se solde par une réduction du prix.

La solution de l'article 1223 propose alors une formule plus directe : en cas d'exécution insatisfaisante, le créancier peut accepter celle-ci et réduire le prix, à proportion. Le créancier doit alors notifier sa décision, s'il n'a pas encore payé⁶⁸². La simplification n'est qu'apparente cependant : ou bien le débiteur de l'obligation accepte la réduction du prix, ce qui est l'issue attendue de l'article 1223 et qui pourrait être efficace pour les contrats usuels, ou bien il la refuse, et s'engagera un débat judiciaire classique pour apprécier le caractère insatisfaisant de l'exécution et la valeur de la réduction « *sollicitée* » par le créancier.

S'il a déjà payé en revanche, l'article 1223 du Code civil n'envisage plus alors que la demande de réduction de prix devant le juge.

IV. - La résolution du contrat pour inexécution

383. Sanction par rupture du contrat. – La notion de « rupture » du contrat est une notion ambiguë. Elle peut signifier la fin du contrat, y compris par l'arrivée de son terme, mais plus souvent par l'effet d'un acte de volonté, un acte de rupture du contrat. Notamment, la rupture conçue comme une sanction de l'inexécution par un contractant de sa part d'obligations (ou plus généralement par un cas d'inexécution du contrat, du fait de ce contractant⁶⁸³).

Ce type de sanction, par sa radicalité, la rupture est définitive et, parfois, rétroactive, suppose donc ou bien que l'inexécution soit définitive (l'autre contractant décide de ne plus exécuter sa part du contrat) ou bien temporaire, par un retard dans l'exécution par exemple, mais alors que l'exécution, même tardive, n'a plus d'intérêt pour l'autre partie.

⁶⁸¹ Cf. P. Jourdain, « A la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », Mélanges Ph. le Tourneau, 2007, p. 449 ; C. Albigès, « le développement discret de la réfaction du contrat », Mélanges M. Cabrillac, 1999, p. 3.

⁶⁸² Comp. PEDC, art. 9: 401 : « *La partie qui accepte une offre d'exécution non conforme au contrat peut réduire le prix. La réduction est proportionnelle à la différence entre la valeur de la prestation au moment où elle a été offerte et celle qu'une offre d'exécution aurait eue à ce moment. La partie qui est en droit de réduire le prix en vertu de l'alinéa précédent et qui a déjà payé une somme qui excède le prix réduit, peut obtenir du cocontractant le remboursement du surplus. La partie qui réduit le prix ne peut de surcroît obtenir des dommages et intérêts pour diminution de valeur de la prestation; mais elle conserve son droit à dommages et intérêts pour tout autre préjudice qu'elle a souffert, pour autant que ces dommages et intérêts seraient dus en vertu de la section 5 du présent chapitre* ».

⁶⁸³ Par exemple, une promesse unilatérale de contracter ne contient pas, *a priori*, de véritable obligation à la charge du promettant, ce qui n'empêche pas l'article 1124 du Code civil de prendre en considération une forme de rupture du contrat par sa « révocation »..

384. Sanction non judiciaire du contrat. La principale innovation, en la matière, apportée par la réforme de 2016, consiste à renoncer au principe du caractère nécessairement judiciaire de la résolution du contrat.

L'article 1124 du Code civil dispose désormais que « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ».

385. Avant 2016, résolution judiciaire du contrat. Or, avant 2016, l'ancien article 1184 du Code civil proposait la technique de la résolution judiciaire accompagnée de dommages et intérêts : « *la condition résolutoire est, toujours, sous entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix soit de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, soit d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances* ».

Le texte était assez clair, mais maladroitement inséré dans les dispositions intéressant la condition résolutoire, question relevant du régime des obligations, et non des règles du droit commun des contrats proprement dits. Surtout, la règle imposait un traitement nécessairement judiciaire de la résolution du contrat.

En cas d'urgence, d'inexécution grave ou manifeste, le contractant la subissant se trouvait donc dans une situation particulièrement complexe : ou bien il engageait une action, ce qui supposait qu'il exécute sa part de contrat, malgré l'inexécution par l'autre (ou excepte son exécution), ou bien il résolvait unilatéralement le contrat, au risque que cette résolution unilatérale soit considérée comme irrégulière puisque le système proposé alors par le Code civil réservait, en principe, au juge, l'exclusivité du déclenchement mécanisme de la sanction d'une inexécution, sauf hypothèse d'une clause résolutoire ou d'une clause de résiliation.

Il n'y avait donc en principe aucune place pour la résolution non judiciaire, c'est-à-dire, unilatérale. Unilatérale, car opposée à la résolution ou résiliation bilatérale, le « *mutuus dissensus* »⁶⁸⁴ qui permet aux deux parties de mettre fin au contrat, résultant de l'ancien article 1134, al.2 du Code civil (C. civ. 1193).

Pourtant, bien des hypothèses de résolution unilatérale existaient dans le Code civil, dans le mandat ou l'article 2004 du Code civil admet la révocation *ad nutum*, c'est-à-dire à tout moment du contrat de mandat, la vente par exemple avec la faculté de « laisser pour compte » de l'article 1657 du Code civil qui permet de vendeur de considérer la vente comme résolue après l'expiration du délai prévu pour que l'acheteur retire la chose vendue, l'article 12 de la loi du 6 juill. 1989 en matière de bail d'habitation, l'article L. 114-1, al. 2 du Code de la consommation, permettant au consommateur de « dénoncer » le contrat de vente

⁶⁸⁴ Cf. R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ* ; 1987, p. 252, E. Putman, « La révocation amiable », in J. Mestre (dir.) *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM 1997, p. 125.

ou de prestation de services par lettre recommandée avec accusé de réception 7 jours après le délai prévu pour leur exécution ou encore l'article L. 132-17, al. 2 du Code de la propriété intellectuelle prévoyant la résiliation de plein droit du contrat d'édition lorsque l'éditeur n'a pas publié l'œuvre dans un délai raisonnable, de même que dans des systèmes étrangers ou internationaux, comme dans la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises (CVIM, art. 49 et 64, résiliation par déclaration unilatérale en cas de « contravention essentielle »⁶⁸⁵). Surtout, en droit des affaires, l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce proposait un traitement de la *rupture brutale d'une relation commerciale établie*, qui pouvait apparaître comme une reconnaissance d'une forme de résolution unilatérale valide.

Traditionnellement cependant, la jurisprudence considérait que la rupture unilatérale, *a priori* irrégulière, était efficace : la rupture se produit, mais elle était fautive, de sorte que l'auteur de la rupture devait en supporter les conséquences⁶⁸⁶.

Mais inversement, à supposer que la résolution unilatérale soit exercée de manière irrégulière, le contractant évincé pouvait considérer que la rupture est puisque fautive, inefficace. Une partie de la doctrine⁶⁸⁷ retenait ainsi comme sanction d'une résolution unilatérale inefficace le maintien forcé du contrat, avatar du mécanisme de l'exécution forcée en nature des obligations, éventuellement d'ailleurs sous la forme d'une action en référé⁶⁸⁸. Les mêmes difficultés que pour l'exécution forcée en nature des *obligations*, mais cette fois à l'échelle du contrat pouvait surgir : la liberté individuelle en est affectée, l'échec économique est prévisible, etc., sauf peut-être pour de rares contrats dans lesquels la personne du contractant n'est pas mise en cause (comme dans une vente à exécution successive) ou lorsque la pérennité du contrat est promise, comme pour certains contrats de distribution sélective fondés sur la sélection, selon des méthodes objectives et non discriminatoires, des contractants.

386. Consécration jurisprudentielle de la résolution unilatérale du contrat en 1998. – La cour de cassation a finalement retenu cette solution dans un arrêt du 13 octobre 1998⁶⁸⁹. Dans une affaire où une clinique avait conclu un contrat d'exercice libéral (anesthésiste-réanimateur) à titre exclusif pour une durée de trente ans et lui reprochait des manquements graves résultant de son comportement mais également la pratique de sa spécialité en dehors de la clinique, la Cour de cassation avait validé la rupture unilatérale du contrat par la clinique : « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier*

⁶⁸⁵ Et V. Grenoble, 4 févr. 1999, *D.* 1999, somm., p. 363, obs. Cl. Witz.

⁶⁸⁶ Cf. par ex. Cass. com. 9 juill. 1996, *RJDA* 1996, n°1438.

⁶⁸⁷ Cf. M.-E. Tian-Pancrazi, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM 1996, J. Mestre et B. Fages, obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, *RTD civ.* 2001, p. 135 ; J. Mestre, « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC* 2005, p. 99.

⁶⁸⁸ Cf. en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, *RTD civ.* 2001, p. 590, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁶⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21. 485, *Toqueville, Bull. civ.* I, n°300, *D.* 1999, p. 197, note Ch. Jamin, somm. p. 115, obs. Ph. Delebecque, *Defrénois*, 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J. Mestre.

que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit dure déterminée ou non », solution reprise depuis⁶⁹⁰.

L'intérêt et la portée de cette solution étaient immenses : d'une part, elle valide l'efficacité de la rupture d'un contrat à durée indéterminée et surtout son caractère éventuellement non fautif, mais également la rupture d'un contrat à durée indéterminée sans préavis, lorsque le comportement le justifie. C'était donc un remède nouveau, à la disposition des parties, de nature à leur permettre de se faire justice sans recours préalable au juge et ce dans tout type de contrat, contrat d'exercice libéral, contrat de distribution, etc., avec toutefois quelques points d'interrogation, par exemple s'agissant de contrat qui s'inscrivent dans la durée et dont les modes de ruptures sont décrits dans la loi, comme dans le cas du bail et notamment du bail commercial.

Les conditions d'une telle résolution – ou résiliation – unilatérale sont cependant rigoureuses. Il convient en premier que celui qui prend l'initiative d'une telle rupture unilatérale, c'est-à-dire non judiciaire, justifie d'un comportement grave de l'autre partie, soit une inexécution particulièrement importante d'une obligation structurante voire essentielle du contrat⁶⁹¹, soit en raison du comportement de l'autre partie qui rend impossible le maintien de la relation contractuelle⁶⁹². En outre, celui qui use de cette faculté le fait « à ses risques et périls », de sorte que si par malheur, le juge qui aurait à se prononcer sur la validité de l'exercice de cette faculté considérerait par exemple que le manquement invoqué n'était pas suffisamment grave, la rupture unilatérale serait considérée au mieux comme fautive, au pire comme fautive et inefficace.

Fautive, la sanction se traduit alors par l'allocation de dommages et intérêts correspondant à la brutalité de la rupture (*a priori* effectuée sans préavis) mais aussi de son caractère fautif, justifiant des dommages et intérêts correspondant au manque à gagner qui aurait été obtenu par la « victime » de la rupture jusqu'au terme du contrat (en pratique, la marge brute espérée pendant cette durée).

- 387. Depuis 2016.** Désormais cependant, la résolution du contrat est conçu comme un régime unique, avec, d'ailleurs, un ordre inversé dans l'article 1124 : « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou*

⁶⁹⁰ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2001, *Bull. civ. I*, n°40, *D.* 2001, p. 1568, note Ch. Jamin, *Defrénois* 2001, p. 705, obs. E. Savaux, *RTD civ.* 2001, p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, *Bull. civ. I*, n°211, *Defrénois* 2004, p. 378, obs. R. Libchaber, *RDC* 2004, p. 273, obs. L. Aynès, p. 277, obs. D. Mazeaud, *RLDC* 2004/2, n°40, note E. Garaud, *RTD civ.* 2004, p. 89, obs. J. Mestre et B. Fages (mais où la gravité du comportement n'était pas démontrée). Adde : Ch. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 71 ; L. Aynès, Ph. Delebecque et Ph. Stoffel-Munck, in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, *Dr. & patr.* 2004, n° 126, p. 55.

⁶⁹¹ Comp. *a contrario*, Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, préc.

⁶⁹² Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, préc.

d'une décision de justice » : la résolution conventionnelle, par une clause de résolution ou clause résolutoire, la résolution unilatérale par notification, et la résolution judiciaire, en forme de système alors subsidiaire.

388. Notion de « résolution ». Pour autant, le Code civil ne propose pas de définition ou de régime général de la résolution. A lire les articles 1224 et suivants du Civil, on saisit qu'il s'agit d'une sanction de l'inexécution, d'une technique de rupture du contrat et d'une forme de rupture du contrat à effet rétroactif en principe.

Pour autant cette notion, présentée comme unique et uniforme peut être concurrencée par d'autres techniques. La « révocation » d'une promesse unilatérale de contracter, un licenciement, le congé dans un bail, etc., qui se présentent parfois comme des formes non pas de résolution mais de « résiliation » d'un contrat, forme purement volontaire et non rétroactive de rupture indépendante de l'exécution d'un contrat.

389. Conditions de la résolution. Deux conditions communes aux trois modes de résolution sont précisées. En premier le constat d'une inexécution, sans que l'objet de cette inexécution soit identifiée, de telle manière qu'il peut aussi bien s'agir de l'inexécution d'une obligation ou du contrat lui-même, par exemple parce que le but du contrat n'est pas atteint.

Par ailleurs, il doit s'agir, précise l'article 1224 d'une *inexécution suffisamment grave* reprenant la solution adoptée par la jurisprudence avant 2016.

En revanche, rien n'est précisé quant à la nature du contrat. Avant 2016, la résolution judiciaire de l'ancien article 1184 du Code civil, se présentait comme une application particulière de la notion de cause objective du contrat : « *la condition résolutoire est, toujours, sous entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* », avec le recours curieux à cette « condition résolutoire » présumée, c'es-à-dire l'idée que les obligations d'un contrat doivent être exécutées *sous la condition* de l'exécution par l'autre de sa part d'engagement. Or l'article 1224 du Code civil ne propose pas ce type de limitation, de telle manière que l'on peut imaginer l'extension de la technique à toute sorte de contrats, synallagmatiques ou non.

390. Caractères de la résolution. La résolution se présente comme une sanction, mettant fin au contrat, soit pour l'avenir soit de manière rétroactive, ou bien par souvenir de l'ancienne résolution de l'article 1184, ou bien comme sanction grave d'une inexécution grave, mais également comme un ensemble de règles supplétives.

Une clause peut donc modifier ces dispositions, une clause de résolution qui accroîtrait les conditions ou les effets de la résolution, ou bien qui en atténuerait les conditions ou les effets, comme une clause de résiliation, se substituant, ou non au mécanisme de résolution. La question se pose de la valeur d'une « clause

de non-résolution », pourtant validée, avant 2016 par la Cour de cassation⁶⁹³, ce qui peut poser difficulté lorsque cette sanction s'annonce indispensable pour un contractant, de sorte qu'elle se présenterait alors comme une clause faisant peser tous les risques du contrat sur la tête d'un seul contractant, à la manière d'une clause « léonine » en droit des sociétés, ou bien comme une clause pouvant éventuellement faire obstacle à une obligation essentielle du contrat, au sens de l'article 1170 du Contrat. Dans un arrêt de 2017 par exemple la cour de cassation a considéré qu'une clause résolutoire, stipulée au seul bénéfice d'un bailleur, ne pouvait être mise en œuvre par le locataire⁶⁹⁴, ce qui laisse entier le bénéfice des autres techniques de résolution.

- 391. Types de « résolution ».** Pour le Code civil, la « résolution sanction » est donc conçue, en premier comme une sanction, envisagée comme conventionnelle (A), unilatérale par notification (B), et judiciaire (C), puis d'en mesurer les effets (D).

A. – Le mécanisme de la clause résolutoire

- 392. Clause résolutoire.** – La résolution contractuelle prend la forme d'une clause résolutoire⁶⁹⁵ qui se présente désormais, de manière supplétive, comme celui proposé par l'article 1225 du Code civil : « *La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire* ».

Or cette formule n'est que le reflet « soft », de la clause résolutoire telle qu'elle était comprise avant 2016, dont l'intérêt est assez faible.

Avant 2016, la clause résolutoire était considérée comme une clause redoutable qui promet la rupture automatique du contrat en cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations.

La résolution du contrat se produit alors *automatiquement* en cas de constat de l'inexécution prévue par la clause, qui devait être expressément stipulée⁶⁹⁶ et ce, de manière très sévère : il importait que la clause prévoie sans équivoque que l'inexécution envisagée provoque la résolution « de plein droit » ; à défaut la clause est réputée renvoyer simplement à la possibilité d'agir devant le juge pour obtenir la résolution judiciaire, comme un simple rappel de l'article 1184 du Code civil⁶⁹⁷.

L'article 1225 indique ainsi que « *La résolution est subordonnée à une mise en*

⁶⁹³ Cass. civ. 3^{ème}, 3 nov. 2011, n° 10-26.203, D. 2012, p. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

⁶⁹⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 27 avr. 2017, n° 16-13.625, D. 2017, p. 1595, note M. Tirel, p. 1572, note M.-P. Dumoont-Lefrand, RTDciv. 2017, p. 854, obs. H. Barbier.

⁶⁹⁵ Cf. C. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996.

⁶⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1954, RTD civ. 1954, p. 666, obs. J. Carbonnier.

⁶⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986, Bull. civ. I, n°279, RTD civ. 1987, p. 313, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 févr. 1999, Bull. civ. III, n°54.

demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution ». Le deuxième cas est donc celui de l'« ancienne » clause résolutoire, le premier étant celui, désormais de droit commun, que l'on connaissait dans les contrats de bail.

393. Clauses résolutoires semi-automatiques et automatiques. – Le mécanisme ordinaire lorsqu'une clause prévoit simplement que l'orsque l'inexécution de telle obligation est sanctionnée par la résolution du contrat, est celui d'un mécanisme « semi automatique » de rupture. Une mise en demeure doit d'abord être adressée, que celle-ci soit infructueuse, ce qui suppose qu'un « certain » laps de temps soit laissé entre les deux, ce qui, immanquablement, ouvrira la voie d'un contentieux sur le délai raisonnable ouvert la mise en demeure. Le mécanisme est « semi-automatique » en ce sens que le créancier peut ne pas adresser cette mise en demeure ; s'il le fait, en revanche, passé le délai indiqué ou un délai raisonnable, la rupture est consommée. Au créancier qui ne souhaite pas adresser la mise en demeure fatidique de prendre garde et ne pas risquer de se voir reprocher cette tolérance contractuelle en utilisant ensuite la clause de mauvaise foi⁶⁹⁸.

La clause résolutoire automatique suppose donc un ajout important dans la clause, le fait que l'inexécution provoque *automatiquement du seul du contrat*. Ici la clause est terrible : le contrat est rompu, automatiquement, sans les parties ne puisse, une fois l'inexécution consommée, y faire obstacle.

394. Clause de résolution « non-automatique » et clause de résiliation. – Le terme « résolution » est emprunté au vocabulaire de la sanction de l'inexécution tandis que celui de « résiliation » renvoie à l'univers de la rupture d'un contrat à durée indéterminée. Envisagée dans une clause, le mécanisme est alors une technique de rupture « non automatique » : l'une des parties dispose de la faculté de mettre fin au contrat, dans les conditions prévues par la clause, avec ou non un certain délai de préavis.

Les hypothèses sont cependant convergentes : une clause de *résiliation* unilatérale peut parfaitement être intégrée à un contrat, qu'il soit à durée déterminée ou à durée indéterminée. Ces clauses sont en principe valables⁶⁹⁹, ne serait-ce que pour prévoir les modalités, les conditions d'utilisation de ce mécanisme, *a priori* moins rigoureux dans la mesure où il ne joue que pour l'avenir du type « *Si A n'exécute pas telle obligation, B. pourra résilier le contrat (avec ou sans préavis)* » de telle manière que le simple fait de l'inexécution n'emporte pas la rupture automatique du contrat, comme c'est bien souvent le cas des clauses de résolution. Les praticiens préféreront grandement les clauses de résiliation, essentiellement pour cette raison.

⁶⁹⁸ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n°57, et *supra*, n°204 s.

⁶⁹⁹ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 4 oct. 1995, *Bull. civ.* III, n°209, Cass. com. 8 juin 1999, Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, *RTD civ.* 2001, p. 585, obs. J. Mestre et B. Fages, même dans un contrat à durée déterminée.

395. Validité et efficacité de la clause résolutoire. – la validité de la clause résolutoire ne pose pas de difficulté particulière. Elle peut être simplement écartée dans certaines circonstances et, notamment, dès lors que le contractant qui n'exécute pas sa prestation se trouve confronté à une procédure collective. Celle-ci, en effet, présuppose le principe de la continuation du contrat, de sorte qu'une clause qui impose la résolution du contrat au seul fait de l'ouverture d'une procédure collective est écartée (C. com., art. L. 622-13). De même certaines règles particulières écartent le jeu de ce type de clause dans certains contrats, comme dans le bail rural (C. rur., art. L. 411-31), voire la réglementation comme dans le bail commercial (C. com., art. L.145-41).

396. Identification des obligations concernées, intensité de l'inexécution. Par ailleurs, la clause résolutoire ne saurait couvrir toutes les inexécutions de toutes les obligations du contrat : ce serait en effet une clause de style qui serait alors écartée : il importe donc de déterminer précisément les obligations considérées comme essentielles ou importantes par les parties pour que la résolution contractuelle soit efficace, ce que pise l'article 1225, al. 1 du Code civil.

A l'inverse, lorsque la clause joue efficacement, le juge perd sa capacité d'appréciation, il ne dispose plus que du pouvoir de constater, simplement, que le mécanisme résolutoire s'est produit⁷⁰⁰, de même qu'il ne peut tenir compte de la bonne foi du débiteur pour empêcher le jeu de la clause résolutoire⁷⁰¹.

Le juge pourrait cependant retrouver un pouvoir de contrôle de l'efficacité de la clause résolutoire au regard de l'intensité de l'inexécution, notamment en l'absence d'inexécution suffisamment grave. Ainsi, le mécanisme résolutoire, tout comme une clause de résiliation d'ailleurs, ne saurait être invoqué de mauvaise foi par exemple lorsque le créancier de l'obligation inexécutée a toléré de longues périodes d'inexécution puis, soudainement, décide de le déclencher⁷⁰², ou bien déclenche le mécanisme dans des conditions qui révèlent une telle mauvaise foi⁷⁰³.

Toutefois, l'ensemble de la disposition étant supplétif, une clause résolutoire prévoyant les obligations que les parties considèrent comme essentielles, et ouvrant le jeu du mécanisme résolutoire, *quel que soit l'intensité de l'exécution* devrait pouvoir être efficace. En effet, l'inexécution quelconque, un retard par exemple, d'une obligation considérée comme essentielle par les parties peut parfaitement faire l'objet d'un tel mécanisme (au risque du contrôle du caractère essentiel de l'obligation en question).

B – La résolution unilatérale par notification

⁷⁰⁰ Cass. civ. 3^{ème} 5 févr. 1992, *Bull. civ.* III, n°38.

⁷⁰¹ Cf. Cas. civ. 3^{ème}, 24 sept. 2003, *Bull. civ.* III, n°161, *RDC* 2004, p. 644, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 2003, p. 707, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷⁰² Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv; 1995, *Bull. civ.* I, n°57, *D.* 1995, p. 389, note Ch. Jamin ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999, *Bull. civ.* I, n°52, *D.* 2000, somm. 360, note D. Mazeaud : crédit-rentier ayant toléré le non paiement des arrérages pendant de nombreuses années.

⁷⁰³ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 16 oct. 1973, *Bull. civ.* III, n°529 : commandement de payer adressé à un locataire que le créancier savait en vacances.

397. Inexécution grave. Le constat d'une inexécution suffisamment grave, élément commun à toutes les techniques de résolution, est l'élément déclencheur du mécanisme, qui, si les parties ne l'aménage pas contractuellement par une clause résolutoire, de quelque nature que ce soit, est un mécanisme assez complexe et relativement peu efficace (du moins pour le créancier de l'obligation inexécutée), qui prévoit deux phases particulières :

« Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

398. Notification unilatérale, deux phases, obligation de motivation. La notion de notification est empruntée aux règles de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises. Le mécanisme est une sorte de garantie procédurale, via un formalisme contractuel particulier, dans la mise en œuvre d'un procédé unilatéral affectant la vie du contrat.

Première phase : « *Sauf urgence* », le créancier doit donc adresser une mise en demeure de s'exécuter, via une notification précisant que, à défaut d'exécution après un délai, raisonnable, prévu dans celle-ci ou dans le contrat⁷⁰⁴, le créancier *pourra* résoudre le contrat.

Deuxième phase : passé ce délai, « *si l'inexécution persiste* », le créancier peut alors résoudre le contrat, à nouveau par *notification*. La résolution unilatérale par notification est identifiée comme étant cette deuxième notification. Celle-ci doit alors comprendre les *raisons* de la rupture, c'est-à-dire qu'il doit fournir la *motivation* de la résolution.

399. Forme de la notification. L'article 1226 exige une *mise en demeure* puis une notification, sans préciser quelle forme elles doivent emprunter. La prudence élémentaire consiste à adresser des éléments, au minimum, par lettre commandée avec avis de réception et au mieux par un acte extrajudiciaire, pour conserver la preuve que ces éléments ont été respectés. Mais, en l'absence de précision, n'importe quelle forme demeure valide. Ainsi, une mise en demeure peut être effectuée « *soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation* » (C. civ., art. 1344). Pourtant, l'article 1226 exige une « mise en demeure » qui répond soit aux canons des mises en demeure de l'article 1344, donc qui pourrait résulter du seul fait de l'exigibilité d'une obligation, donc inutile, soit une sorte de « mise en demeure spéciale », qui pourrait alors être effectuée de

⁷⁰⁴ Cf. Cass. Com. 15 nov. 2011, n° 10-27, n°838, RDC 2021, p. 787, obs. Th. Génicon.

quelque façon que ce soit, de manière électronique, par courrier simple, voire de manière orale, la question étant celle de la préservation de la preuve. La notification proprement dite, en revanche, laisse penser qu'un écrit s'impose, électronique ou non, mais on pourrait tout aussi bien envisager une notification verbale, là encore à supposer la preuve de celle-ci préservée.

400. Motivation de la notification. La question de la motivation de la rupture est assez sensible en droit des contrats. Une partie de la doctrine considère en effet qu'il faudrait, en toute circonstance, que la rupture d'un contrat soit motivée, ce que la jurisprudence n'exigeait pas, avant 2016, une telle motivation⁷⁰⁵. En effet, lorsqu'une rupture est contestée, l'un des éléments de cette contestation repose sur le contrôle des motifs de cette rupture, notamment sous l'angle de la *bonne foi* de cette rupture, par exemple si des motifs exagérés, faux, humiliants, ou ne tenant pas compte des sollicitations du débiteurs, sont à l'origine de la rupture⁷⁰⁶. Or, la charge de la preuve de l'efficacité de ces motifs repose sur la tête du demandeur à l'action, c'est-à-dire celui qui subit la rupture du contrat, par exemple par résolution unilatérale.

Des règles particulières imposent parfois une telle motivation, c'est le cas du mandat d'intérêt commun depuis la fin du XIX^e siècle, du contrat de travail, du bail d'habitation (L. 6 juill. 1989, art. 15), du contrat d'agence commerciale (C. com. art. L. 134-13, 1^o).

L'exigence d'une obligation *générale* de motivation reposerait alors sur des considérations particulières, le fait que la rupture d'une relation contractuelle importante s'inscrivant dans la durée devrait être motivée ne serait-ce que parce que celui qui subit cette rupture en conteste la légitimité⁷⁰⁷, refusée en principe par la jurisprudence.

L'exigence de motivation qu'impose l'article 1226 est une forme de réponse à ce débat, inversant la charge de la preuve : c'est à l'auteur de la résolution d'établir les motifs de la rupture.

401. Contrôle judiciaire *a posteriori* de la résolution unilatérale. Une troisième phase, éventuelle, s'ouvre alors ensuite, celle de la contestation par l'auteur de la rupture de la résolution.

C'est en cela que la résolution unilatérale par notification est une forme de reprise de la résolution unilatérale aux risques et périls de son auteur de

⁷⁰⁵ Cf. Civ. 1re, 3 avr. 2001, Bull. civ. I, no 98, D. 2001.Somm. 3240, obs. D. Mazeaud, Defrénois 2001. 1048, obs. É. Savaux, RTD civ. 2001. 584, obs. J. Mestre et B. Fages : validité d'une clause prévoyant la faculté de rompre sans justification.

⁷⁰⁶ Comp. Cass. com. 5 févr. 2020, n°18-20. 723, RTD civ. 2020, p. 389, obs. H. Barbier, Com. 23 juin 1998, Cah. dr. entr. 1998/6, p. 20, obs. D. Mainguy, Cf. Com. 8 oct. 2003 (2 arrêts), RTD civ. 2003. 92, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷⁰⁷ Cf. M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *Mélanges J. Ghestin*, 2001. 301 ; « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », in *La motivation et le pouvoir contractuel*, RDC 2004. 573, X. Lagarde, « La motivation des actes juridiques », Trav. Ass. H. Capitant, *La motivation*, 2000, p. 73 ; D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *Mélanges M. Cabrillac*, 1999, p. 165.

l'arrêt *Tocqueville* de 1998. A la différence de la résolution judiciaire, qui suppose un contrôle judiciaire *a priori*, le mécanisme de l'article 1226 propose une résolution unilatérale sans contrôle judiciaire et efficace par lui-même en principe.

L'article 1126 peut en effet « *à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution* ».

À tout moment, c'est-à-dire éventuellement assez vite, par exemple au stade de la mise en demeure de la première phase, ou après la réception de la notification, par exemple en référé pour tenter d'obtenir une mesure faisant échec à la mesure de résolution, ou bien, au fond, pour contester le principe même de la résolution et ses effets.

Dans tous les cas, le créancier doit établir la gravité de l'inexécution, en plus de la corrélation entre cette inexécution et les motifs qu'il a préalablement fournis.

L'article 1228 du Code civil, à supposer qu'il s'applique à la résolution unilatérale par notification, précise en outre que « *Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts* ».

Le juge peut donc *constater* que la résolution est acquise, par la notification ou le jeu d'une clause résolutoire, ou bien la *prononcer*, sur la base d'un mécanisme de résolution peu clair, ou, au contraire, *ordonner* l'exécution du contrat, c'est-à-dire un mécanisme d'exécution forcée en nature du contrat, ou *accorder* des dommages et intérêt.

C. – La résolution judiciaire

- 402. Technique subsidiaire.** L'article 1227, inversant totalement la perspective par rapport aux règles existant avant 2016 fait de la solution judiciaire une sorte de recours subsidiaire : « *La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice* ». En toute hypothèse, mais on se demande bien pour quelle raison le créancier bénéficiant d'une clause de résolution ou de résolution ou d'une faculté de résolution unilatérale par notification s'encombrerait d'une action en résolution judiciaire.

Ce pourrait être une demande fondée sur une inexécution insuffisamment grave *a priori* ou en dehors du champ d'une clause de résolution, mais peut-être surtout, sous la forme d'une demande reconventionnelle à la suite de la contestation d'une autre forme de résolution, ou d'une autre action faite par l'autre partie.

Surtout, il n'est pas très clair de savoir si l'article 1228, dont on a vu qu'il pourrait être lié à toutes les formes de résolution, est spécifiquement associé à la technique de la résolution judiciaire.

En outre, la formulation de l'article 1227 permet de considérer que le recours judiciaire n'est pas excepté par la présence d'une clause résolutoire, qui ne vaut donc pas renonciation à exercer une telle action.

En revanche, ces règles étant supplétive, une renonciation spécifique à une action en résolution judiciaire devrait être possible.

D. Les effets de la résolution

403. Fin du contrat. La résolution *met fin au contrat* précise l'article 1229, al. 1^{er} du Code civil, ce qui signifie que, pour l'avenir, le contrat est terminé, mais qui n'est pas tout à fait exact dans la mesure où l'article 1228 devrait permettre au juge de considérer que la résolution n'est pas efficace, même si cette hypothèse, si on compare aux situations prévalant avant 2016 est très peu probable, sans dans des cas très particulier du droit du travail.

L'article 1229 du Code civil poursuit à propos de la *date* de la résolution : « *La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice* ».

404. Rétroactivité de la résolution ? Résolution totale et partielle. Avant 2016, l'effet de la résolution était, peu ou prou, celui de l'annulation du contrat, sur la considération que la résolution du contrat sanctionne une inexécution tellement grave qu'elle remet en cause le projet contractuel et donc sa pérennité⁷⁰⁸.

Depuis 2016, l'article 1229, al. 3 reprend globalement les solutions judiciaires qui avait limité l'effet rétroactif de principe de la résolution : « *Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation* ».

La formule est un peu lourde mais elle montre que l'effet rétractif n'est plus automatique et dépend d'une notion nouvelle, de nature économique, « *l'utilité* » de l'exécution du contrat.

Surtout, la formule entretient un certain flou sur l'effet de la résolution. Avant 2016, l'effet rétroactif de la résolution était de principe, c'est-à-dire que le contrat était comme annulé, ceci affectant le contrat dans son essence, au-delà de sa seule pérennité. Par conséquent, disparaissaient les clauses aménageant la fin substantielle du contrat comme une clause de non-concurrence⁷⁰⁹ ou de confidentialité, solution très contestable sur le seul fondement de la rupture pour l'avenir du contrat par le jeu de la résolution⁷¹⁰, d'autant que, dans le même temps, la jurisprudence considérait qu'une clause pénale⁷¹¹ ou les clauses

⁷⁰⁸ Cf. Cass. Civ. 3^{ème} 1^{er} oct. 2008, n° 07-15.338, RDC 2009, p. 70 obs. Th. Genicon.

⁷⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1989, *Bull. civ.* I, n°365, Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, *Bull. civ.* I, n°118, *RTD civ.* 1996, p. 906, obs. J. Mestre.

⁷¹⁰ Mais comp. Cass. soc. 8 déc. 1982, *Bull. civ.* V, n°699.

⁷¹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011, n° 10-10.376, RDC 2011, p. 817, obs. Y.-M. Laithier, Cass. civ. 3^{ème}, 6 janv. 1993, *Liaisons jur. et fisc.* 1993, n°667.

limitatives de responsabilité⁷¹² ou encore les clauses attributives de juridiction⁷¹³ demeurent, y compris après 2016. L'étendue de ces exceptions laisse entendre que toutes les clauses qui participent de l'organisation de la fin du contrat demeurent, y compris peut-être, les clauses de non-concurrence et de confidentialité, de manière à respecter les prévisions des parties qui ont, expressément ou non, envisagé cette situation⁷¹⁴. En revanche, la clause compromissoire demeurerait mais pour des raisons propres au droit français de l'arbitrage, notamment international, associé au principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage du contrat qui en est le support, de manière à éviter qu'une partie contourne une telle clause en saisissant un juge étatique en demandant la nullité ou la résolution rétroactive du contrat. Le principe français de compétence-compétence (CPC, art. 1448 et 1465) suppose au contraire que le tribunal arbitral est compétent en toute hypothèse, y compris pour annuler le contrat.

Dans l'article 1229 du Code civil, le terme « rétroactivité » n'est pas employé : la formule de l'article 1229 reprenant en réalité les questions relatives aux restitutions qui devaient s'établir en cas de rétroactivité. Or, on pourrait tout à fait concevoir que la résolution « nouvelle » ne soit pas rétroactive mais que des mesures de restitution, éventuelles, soient seules envisagées, *comme s'il avait rétroactivité* mais celle-ci n'étant pas nécessaire pour parvenir à ce résultat.

Avant 2016, la rétroactivité s'imposait sans trop de difficulté pour le contrat de vente et, d'une manière générale, pour les contrats à exécution rapide, mais était plus difficile à admettre pour les contrats à exécution dans la durée. Aussi la jurisprudence considérait que la rétroactivité était exceptée dans certains cas particuliers. Ainsi les juges tenaient compte de l'opération contractuelle : lorsque cette opération forme un tout indivisible, quand bien même son exécution serait étalée dans le temps, la rétroactivité peut se concevoir⁷¹⁵. C'était également le cas lorsque le contrat n'a pas été exécuté par une partie dès l'origine ou que l'exécution a été imparfaite depuis le début⁷¹⁶. A défaut, c'est-à-dire dans la grande majorité des situations et notamment dans les contrats à exécution successive, continue ou échelonnée, la rétroactivité était écartée de sorte que l'on considèrera que les exécutions passées ont été correctement et définitivement exécutées.

L'article 1230 observe désormais de manière plus large que « *La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité*

⁷¹² Cass. Com. 7 févr. 2018, n°16-20.352, D. 2018, p. 537, note D. Mazeaud, 2019, p. 279, obs. M. Mekki, RTDciv. 2018, p. 401, obs. H. Barbier, Cass. com. 5 oct. 2010, n° 08-11.630, RDC 2011, p. 411, obs. Th. Genicon.

⁷¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 2017, n° 16-22.412, D. 2018, p. 966, obs. F. Jault-Seseke, p. 1934, note S. Bollée, 2019, p. 279, obs. M. Mekki.

⁷¹⁴ Comp. Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 86-19.396, JCP G 1991, II, 21642, note D. Legeais.

⁷¹⁵ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 20 nov. 1991, *Bull. civ.* III, n°285 (mission de construction d'un ensemble immobilier) ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 janv. 1987, *Bull. civ.* I, n°11, *JCP* 1987, II, 20860, note G. Goubeaux (contrat de formation au permis de conduire).

⁷¹⁶ Cf. pour une rétroactivité prononcée dans un contrat à exécution successive : Cass. civ. 3^{ème} 30, avr. 2003, *Bull. civ.*, III, n°87, *JCP* 2004, II, 10031, note C. Jamin.

et de non-concurrence », évitant là encore d'évoquer la notion de rétroactivité du contrat.

Depuis 2016, la césure s'effectue de manière plus globale, autour des restitutions dues, selon que l'exécution totale du contrat s'impose (*lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu*) ou non (*lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat*).

Dans le premier cas, la rétroactivité, c'est-à-dire des restitutions réciproques dans les conditions posées aux articles 1352 à 1352-9 du Code civil, installées désormais dans la partie traitant du régime général de l'obligation, s'imposent, mais pas dans le second.

Dans ce second cas d'ailleurs, l'article 1229 qualifie curieusement la rupture de *résiliation*, formule qu'on était habitué à saisir de manière plus globale.

IV. - La réparation

405. Responsabilité contractuelle. Les articles 1231 et suivants du Code civil assument très clairement la formule « réparation contractuelle », et prévoient dans un sous-section intitulée *la réparation du préjudice résultant d'une inexécution contractuelle*.

Il s'agit, par là, d'envisager les techniques de compensation d'un préjudice, qu'il soit ou non associé à une autre mesure, par exemple la résolution du contrat, ou une exécution forcée d'une obligation, ou bien au contraire lorsque l'exécution du contrat n'est plus possible ou n'aurait plus d'intérêt pour une ou les parties.

On ne s'attardera pas ici sur la notion de responsabilité contractuelle qui fait l'objet d'un débat intense, sur le point de savoir si la notion ne devrait pas être réservée à la responsabilité délictuelle, le droit des contrats n'étant concerné que par des remèdes à l'exécution du contrat. Or, tout le mécanisme et l'expérience jurisprudentielle du droit des contrats, y compris nombre de dispositions du Code civil qui envisagent expressément l'allocation de dommages et intérêts compensatoires en cas d'inexécution, converge vers l'admission d'un tel mécanisme, lorsque le débiteur n'exécute pas une obligation ou le contrat, à travers l'identification du préjudice subi par le créancier (A), le fait générateur, une inexécution, ayant déjà été envisagé comme ou bien une inexécution définitive, ou bien un retard dans l'exécution (cf. C. civ., art. 1231-1 et supra), et un lien causal (B), le principe de la réparation (C) et les conventions sur la responsabilité (D).

Observons cependant que l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile propose l'abrogation des articles 1231 et suivants du Code civil, pour traiter le mécanisme de responsabilité contractuelle à l'identique de celui de responsabilité extracontractuelle.

A. – Le préjudice contractuel

406. Nécessité ? – L'une des principales différences entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle porte sur cette question. En premier

lieu, si le régime de responsabilité délictuelle suppose la réparation intégrale du dommage, ce n'est pas le cas en matière de responsabilité contractuelle en raison de l'application de la règle du dommage prévisible. En outre, si l'existence d'un dommage est essentielle pour mettre en œuvre un régime de responsabilité délictuelle, c'est moins vrai en matière de responsabilité contractuelle.

Ainsi, l'existence d'un dommage contractuel sera nécessaire pour obtenir des dommages et intérêts⁷¹⁷, mais en revanche, il est indifférent à l'application de mesures comme l'exception d'inexécution, la résolution du contrat, l'exécution forcée du contrat notamment.

Une interrogation demeure cependant, à propos des obligations de ne pas faire, la jurisprudence ayant considéré la sanction de telles obligations ne supposait pas la démonstration d'un dommage⁷¹⁸.

407. Nature du dommage contractuel. – Lorsqu'il existe et lorsqu'il est nécessaire, comme pour l'obtention de dommages et intérêts, le dommage subi par le créancier consiste en son attente troublée : il attendait un résultat, celui-ci n'est pas arrivé. Il convient donc que le dommage soit certain qu'il soit déjà réalisé ou qu'il soit futur, et non éventuel comme en matière de responsabilité délictuelle. On retrouve ici la question de la réparation de la perte de chance⁷¹⁹ : dès lors que la perspective de réaliser un gain est réelle⁷²⁰ et légitime⁷²¹, ce préjudice est réparable à hauteur de la chance perdue⁷²².

408. Faute lucrative. L'article 1231-2 du Code civil reprend la formule de l'ancien article 1149 qui encadre la réparabilité d'un dommage contractuel : « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après* ».

Or, il est possible que l'exécution ait créé un surprofit pour celui qui a mal exécuté ses obligations, illustrant la question de la faute lucrative, comme la question de la révocation d'une promesse de vente l'illustre parfois.

Toutefois, et bien que cette figure ne s'inscrit pas dans le schéma dressé par l'article 1231-2, la jurisprudence admet que le « préjudice » associé à la commission d'une telle faute lucrative puisse conduire à restituer le profit

⁷¹⁷ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 3 déc. 2003, *Bull. civ.* III, n°221, *JCP* 2004, I, 163, n°2, obs. G. Viney, *RTD civ.* 2004, p. 295, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 janv. 2002, *D.* 2003, somm. 458, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 2002, p. 321, obs. P.-Y. Gautier, p. 816, obs. P. Jourdain.

⁷¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, *Bull. civ.* I, n°201, *RTD civ.* ; 2005, p. 594, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷¹⁹ Cf. Cass. civ. 8 juill. 1997, *Bull. civ.* I, n°234, Cass. com. 19 oct. 1999, *Bull. civ.* IV, n°176 ; Cass. civ. 2^{ème}, 13 oct. 2005, *Bull. civ.* II, n°247.

⁷²⁰ Cf. Cass. ass. plén. 3 juin 1988, *Bull. ass. plén.* n°6, *RTD civ.* 1989, p. 81, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, *JCP* 2007, I, 115, n°2, obs. Ph. Stoffel-Munck : « *seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* ».

⁷²¹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 23 nov. 2004, *Bull. civ.*, n°281, *D.* 2005, p. 2857, note J. Moret-Bailly (Perte de chance espéré d'une procédure abusive).

⁷²² Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1998, *Bull. civ.* I, n°260 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 janv. 2002, *Contrats, conc. consom.*, n°5, obs. L. Leveneur.

indument perçu⁷²³.

409. Dommage prévisible. – Enfin, aux termes de l'article 1231-3 qui reprend les termes de l'ancien article 1150 du Code civil, seul le dommage qui était prévisible au moment de la conclusion du contrat doit être réparé : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ».

L'explication traditionnelle de cette disposition repose sur le fait que le contrat est, par nature, un instrument de prévision et sur le fait que les contrats synallagmatiques sont en principe équilibrés, chaque ensemble d'obligation étant la contrepartie de ceux des autres

Cette disposition justifie par exemple les mécanismes de limitation contractuelle de responsabilité : la clause s'impose en raison de la prévisibilité du dommage qui en résulte, mais cette limite est évincée en cas de faute dolosive, à laquelle est assimilée la faute lourde, commise par le débiteur.

Au-delà, on trouve assez peu d'application, sinon pour considérer l'hypothèse dans laquelle une chose, un colis, un paquet est confiée à une personne, un transporteur par exemple, sans indication de la valeur du contenu de ce colis. S'il est perdu par le fait de celui qui en assurait la conservation et que le contenant avait une très grande valeur, il ne devra réparer que le dommage prévisible, et point nécessairement l'intégralité. L'appréciation demeure cependant particulièrement variable. Un exemple a été mis en exergue : un couple commande un taxi qui, le lendemain matin, doit les conduire à l'aéroport de Roissy afin de prendre un avion pour la Grèce. Le taxi manque le rendez-vous et la compagnie de taxi est condamnée à rembourser l'intégralité du voyage⁷²⁴, solution très discutable, tant sur le terrain du dommage prévisible que sur celui du lien de causalité.

410. Dommages corporels, dommage moral. – Par ailleurs, cette considération assez objective ne vaut que pour autant que l'on omette les nouveaux développements de la responsabilité contractuelle qui, au cours de ce siècle ont eu tendance à faire peser sur la responsabilité contractuelle la réparation de dommages corporels ou moraux (cf. infra), par le truchement de l'obligation de sécurité ou de renseignement, rejoignant ce faisant un peu plus les logiques de la responsabilité délictuelle alors pourtant, pour reprendre les célèbres propos de Carbonnier que les larmes et les tragédies sont du ressort de la responsabilité délictuelle, en principe.

411. Mitigation of damages. – Le droit anglais ou américain des contrats connaissent une intéressante exigence, imposant au créancier une obligation de minimiser le dommage (« Mitigation of Damages »), c'est-à-dire de prendre toutes mesures pour que le dommage qu'il subit du fait de l'inexécution par le

⁷²³ Cf. Cass. civ. 3ème 12 sept. 2019, n° 18-20.727, RTDciv. 2019, p. 865, obs. H. Barbier.

⁷²⁴ Dijon, 7 oct. 2003, *Resp. civ. et ass.* 2004, n°3, obs. C. Radé.

débiteur soit le plus limité possible, sauf à ce que la dette de réparation soit limitée du préjudice qui aurait été subi si ces mesures avaient été prise. Elle a été reprise en droit de la vente internationale de marchandises (CVIM, art. 77) mais également dans les Principes Unidroit (art. 7.4.8) ou les PEDC (art. 9:505). Souhaitée par une partie de la doctrine⁷²⁵, en matière délictuelle, la Cour de cassation a rejeté cette obligation, décidant que la victime « *n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »⁷²⁶, ce qui est demeure très discutable, mais en matière contractuelle, d'une part, les parties peuvent introduire une clause en ce sens et, d'autre part, la plus grande prise en compte de l'utilité dans le contrat justifie pleinement cette exigence.

- 412. Mise en demeure. Sommation d'exécuter.** – La mise en demeure est la condition essentielle du constat de l'inexécution. Il s'agit de l'acte par lequel le créancier demande au débiteur d'exécuter le contrat ou une obligation précise (C. civ., art. 1231). Elle peut résulter (C. civ., art. 1344) d'une sommation (un acte d'huissier) ou d'un acte emportant une « *interpellation suffisante* » est considéré comme équivalent. En ce sens, la mise en demeure se situe dans le « camp » de l'exécution du contrat et point encore dans celui de l'inexécution. La mise en demeure n'est en général pas une condition de déclenchement des remèdes. Notamment, elle ne conditionne pas l'obtention de dommages et intérêts compensatoires dans la mesure où le seul constat de l'inexécution déclenche le droit à réparation⁷²⁷ mais fait courir les délais permettant d'obtenir des dommages et intérêts moratoires (cf. C. civ., art. 1344-1), c'est-à-dire lié au retard dans l'exécution. Toutefois, la mise en demeure n'est pas exigée dans quelques situations particulières, par exemple lorsque l'obligation est une obligation de ne pas faire, le seul fait de l'inexécution valant « *contravention* », lorsque l'obligation devait être exécutée dans un délai que le débiteur a laissé passer, lorsque l'inexécution est définitive ou lorsque le débiteur fait savoir qu'il refuse d'exécuter l'obligation⁷²⁸, lorsqu'une stipulation du contrat dispense le créancier de mettre le débiteur en demeure, même de façon implicite⁷²⁹, par exemple en présence d'un terme et d'une clause pénale⁷³⁰.

B. – Lien de causalité

⁷²⁵ St. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, A. Laude, « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? » *LPA* 2002, n°352, p. 55, S. Pimont, « Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage », *RLDC* 2004/9, n°364 et 2004/10, n°402, Y. Derains, « L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale », *RDAI*, 1987, p. 375.

⁷²⁶ Cf. Cass. civ. 2ème, 19 juin 2003 (2 arrêts), *Bull. civ.* II, n°203, *JCP* 2004, I, 101, obs. G. Viney, *LPA*, 2003, n°208, p. 16, note St. Reifegerste, *RTD civ.* 2002, p. 716, obs. P; Jourdain.

⁷²⁷ Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, *Bull. ch. mixte* à paraître.

⁷²⁸ Cf. Cass. civ. 3ème, 3 avr. 1973, *Bull. civ.*, III, n°254.

⁷²⁹ Comp. Cass. com. 8 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n°138, *RTD civ.* 2003, p. 503, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷³⁰ Cf. Cass. civ. 3ème, 9 juin 1999, *Bull. civ.*, IV, n°131.

413. Suite immédiate et directe. – L'existence d'un lien de causalité est ici aussi forte qu'en matière de responsabilité civile délictuelle. L'ancien article 1151 du Code disposait ainsi que l'on ne peut demander que ce « *qui est la suite immédiate et directe de la convention* » ce qui signifie que le dommage réparable ne concerne que ce qui correspond à une telle suite directe, évinçant le dommage indirect, lequel dépend des dommages mais également des inexécutions. Un exemple emprunté à Pothier est, depuis, largement répété (il a connu d'ailleurs depuis une actualité inédite) : un agriculteur vend une vache malade ce qui entraîne la contamination du troupeau. L'agriculteur est ruiné, il ne peut payer ses dettes, son exploitation est saisie : le vendeur doit-il répondre de l'intégralité de ces dommages ? Répondre équivaut à donner une réponse à cette question difficile qu'est la question de la causalité dans la responsabilité. L'article 1231-4 offre une forme de réponse : « *Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution* », en reprenant cette solution, y compris en présence d'une faute lourde ou dolosive.

C. – La réparation

414. Réparation par équivalent. – Le principe de la réparation comme sanction de l'inexécution de l'obligation est à l'origine du développement de la « responsabilité contractuelle » conçue comme un avatar de la responsabilité délictuelle. Pourtant, au départ, la réparation se justifie comme une alternative à une exécution en nature impossible ou non choisie comme remède, de sorte qu'elle apparaît comme une exécution en équivalent avec toutes les limites posées par l'identification du dommage contractuel réparable, notamment en termes de prévisibilité ou s'agissant de l'obligation de minimiser son propre dommage.

415. Dommages et intérêt compensatoires et non-compensatoires. – Les règles de la réparation par équivalent permettent d'identifier une indemnité destinée à compenser la perte subie par le créancier insatisfait : on parle alors de dommages et intérêt compensatoires dont l'évaluation, effectuée au jour de la décision du juge, et non au jour de l'inexécution⁷³¹, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, s'agissant de la réparation de tout le dommage réparable.

Toutefois, des dommages et intérêts non compensatoire, c'est-à-dire sans relation directe avec le préjudice subi peuvent être accordés, par exemple en cas de faute lucrative ou de violation d'une obligation de non-concurrence.

416. Dommages et intérêts moratoires. – En outre, lorsque la réparation porte sur une obligation de somme d'argent, la réparation s'effectue en nature et les dommages et intérêts liés au retard sont des dommages et intérêts moratoires

⁷³¹ Cf. Cas. civ. 3^{ème}, 25 sept. 2002, *Bull. civ.* III, n°170.

déterminés dans les conditions de l'article 1231-7 du Code civil qui fixe les intérêts en fonction du taux d'intérêt légal (C. CMF, art. L. 313-2) à moins qu'un taux d'intérêt ait été prévu par les parties, parfois imposé d'ailleurs⁷³², et tout cas non limité par le taux de l'usure (CMF, art. L. 313-3), selon la Cour de cassation⁷³³ qui considère que les pénalités, même conventionnelles, de retard ne sont que l'indemnisation de ce retard et non une rémunération du créancier, de sorte que l'indemnisation moratoire conventionnelle pourrait simplement être traitée comme une clause pénale.

- 417. Dommages et intérêt moratoires sur dommages et intérêts.** – Le prononcé de dommages et intérêts, compensatoires et/ou moratoires est le résultat d'une appréciation au jour du jugement et vaut condamnation. Mais ce simplement prononcé crée une obligation qui, elle-même, et ce quelque soit la source de l'indemnité, délictuelle ou contractuelle, produit des intérêts aux taux légal à compter du jour du prononcé du jugement, de sorte que tout retard dans l'exécution (et notamment en cas d'appel confirmant le jugement de première instance) produit ces intérêts. Par ailleurs, après un délai de deux mois suivant le jour où la décision de justice est devenue exécutoire, le taux légal est majoré de cinq points, situation que le juge peut réviser (cf. CMF, art. 313-3).

B. – Les conventions sur la réparation

- 418. Principe de validité.** – Les conventions relatives à la réparation sont très fréquentes. Elles reposent sur un principe de licéité en vertu du principe selon lequel les règles de la responsabilité contractuelles sont supplétives et du principe de la liberté contractuelle⁷³⁴, voire de l'article 1231-3 du Code civil qui, limitant la réparation des dommages aux dommages prévisibles au moment de la conclusion du contrat, semblent admettre leur éventuelle limitation contractuelle.

En matière délictuelle, la question est plus complexe : par hypothèse, aucune règle contractuelle ne vient troubler le rapport extra contractuel, par hypothèse. Toutefois, la présence d'une relation contractuelle doublant une situation extra contractuelle n'est en rien exclue. Par exemple, les dispositions du Règlement « Rome II », en matière de loi applicable aux obligations extracontractuelles permettent de choisir la loi applicable à ce rapport à tout moment. En toute hypothèse, les règles en matière de responsabilité délictuelle sont considérées comme d'ordre public, frappant de telles éventuelles clauses de nullité absolue⁷³⁵.

Par ailleurs, le tableau de ces clauses ne doit pas être noirci : si l'examen des

⁷³² Cf. C. com., art. L. 441-6, imposant dans les conditions générales de vente entre professionnels une pénalité de retard qui ne peut être inférieur à une fois et demie le taux d'intérêt légal.

⁷³³ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1987, *Bull. civ.* I, n°318.

⁷³⁴ Comp. Cass. civ. 15 juin 1959, *D.* 1960, p. 97, note R. Rodière ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1982, *Bull. civ.* I, n°29, *JCP* 1984, II, 20215, note F. Chabas, *RTD civ.* 1983, obs. G. Durry.

⁷³⁵ Cass. civ. 17 févr. 1955, *D.* 1056, p. 17, note P. Esmein, *JCP* 1955, II, 8951, note R. Rodière.

clauses limitatives de responsabilité ou allégeant les obligations posent parfois difficultés, bien des clauses, à l'inverse renforcent les obligations ou étendent leur responsabilité, lesquelles portent également leur lot de difficultés.

1 – Les clauses relatives à la responsabilité

419. Clauses extensives, limitatives ou élusives de responsabilité. – Les clauses relatives à la responsabilité⁷³⁶ peuvent se présenter de diverses manières.

Il peut s'agir de clauses extensives de responsabilité, extrêmement fréquentes en pratiques, notamment dans les relations avec les consommateurs, comme certaines clauses de service après vente⁷³⁷ dont certaines assurent par exemple une garantie dans tout un réseau de distribution⁷³⁸ mais on songe également à des clauses plus techniques comme celles qui, dans certains contrats de services, d'assurance ou de crédit notamment, assurent une couverture juridique, etc.

Plus problématique sont les clauses *limitatives* de responsabilité voire les clauses *élusives* de responsabilité.

Les clauses élusives de responsabilité ou clause de non-responsabilité sont celles par lesquelles le débiteur stipule qu'il ne devra aucune réparation en cas d'inexécution. Les clauses limitatives de responsabilité sont celles par lesquelles le débiteur stipule qu'il limite sa responsabilité à un certain forfait en cas d'inexécution.

420. Clauses allégeant ou renforçant les obligations. – On observera alors que certaines clauses n'intéressent pas la responsabilité mais l'obligation elle-même : on parle de clauses allégeant les obligations voire de clauses de non-obligation⁷³⁹. Valables elles aussi en principe, elles se heurtent cependant au même principe de validité que les clauses limitatives de responsabilité lorsqu'elles aboutissent à un résultat voisin. Comparons, par exemple les deux clauses suivantes : « *Le vendeur devra livrer 100 tonnes de café à 1000 francs la tonne, plus ou moins 10 %* » et « *le vendeur devra livrer 100 tonnes de café. En*

⁷³⁶ Ph. Delebecque, « Les clauses de responsabilité », in J. Mestre (dir.), *Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels*, PUAM, 1990, p.192, *Les clauses d'allègement des obligations*, Th. Aix, 1981, *Clauses d'allègement des obligations*, *Jur. Class. Contrats*, Fasc. 110, *Clauses relatives à la responsabilité*, *Jur. Class. Civ.*, Fasc. 210 ; M. Fontaine, « Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et de garantie dans les contrats internationaux », *RDAL*. 1985.435 ; B. Starck, « Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité », *D.* 1974. Chr. 157.

⁷³⁷ Cf. P. Ancel, « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente », *RTD com.* 1979.203.

⁷³⁸ Cf. Cass. com. 18 juin 1991, *Contr. conc. consom.* 1991, n°218, obs. L. Leveneur, P. Ancel, art. cit., n°21 ; G. Lévy, « Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente de véhicules neufs et d'occasion », *RTD civ.* 1970, p. 1.

⁷³⁹ Cf. Ph. Delebecque, *Les clauses d'allègement des obligations*, Th. Aix, 1981. Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 23 févr. 1994, *Bull. civ.* I, n°76, *D.* 1995, p. 214, note S. Dion, *JCP* 1994, I, 3989, obs. G. Viney, *RTD civ.* 1994, p. 616, obs. P. Jourdain, à propos d'une clause, dans un ticket de parking selon laquelle les usages circulent et stationnent à leurs risques et périls, clause déchargeant l'exploitant du parking de son obligation de gardien.

cas d'inexécution, la responsabilité du vendeur ne saurait être recherchée ». Dans le premier cas, la clause d'allègement de l'obligation de livrer que l'on appelle parfois « clause de tolérance » revient à limiter la responsabilité du vendeur à 90 % du montant attendu de la livraison. Dans le second cas, la clause de non-responsabilité revient à permettre de ne pas exécuter, à une clause de non-obligation. De telles clauses sont assez fréquentes en pratique, elles concernent des hypothèses où la règle supplétive identifie une obligation de résultat par exemple et que les parties, même dans un contrat d'adhésion⁷⁴⁰, transforment en obligation de moyens⁷⁴¹. Ainsi, dans la vente, l'obligation de délivrance est-elle une obligation de résultat : le vendeur doit mettre la chose à la disposition de l'acheteur dès la réalisation de la vente, mais les parties peuvent convenir d'une livraison tardive (comp. C. consom., art. L. 114-3), avec un terme de rigueur ou impératif (« la chose sera livrée le tant, terme de rigueur »), ou bien au contraire un terme indicatif, plus approximatif (« la chose sera livrée le tant, terme indicatif »).

A l'inverse, d'ailleurs, des clauses peuvent, dans le même esprit, renforcer les obligations des parties, comparées au régime supplétif de celles-ci. Là encore, on retrouve très usuellement cette situation, s'agissant par exemple des obligations post-contractuelles de non-concurrence, ce qui n'empêche pas d'ailleurs qu'elles soient étroitement contrôlées, ou encore, dans les cessions de titres sociaux, les clauses de garantie de passif ou d'actif, qui étendent les obligations du cédant, en cas de survenance d'un passif nouveau ou de la diminution d'un actif comparé aux comptes sociaux présentés le jour de la cession.

421.Limites à la validité des clauses limitatives ou évasive de responsabilité. –

Quoique valables par principe, les clauses limitatives et, *a fortiori*, les clauses évasives de responsabilité se heurtent à plusieurs limites importantes, qui réduisent à la portée du principe à une peau de chagrin.

D'une manière générale, ces clauses sont considérées comme des exceptions de telle manière que leur interprétation se heurte à une interprétation stricte⁽⁷⁴²⁾.

1 – Elles sont d'abord écartées lorsqu'une disposition particulière de la loi les prohibe. C'est le cas par exemple du contrat d'hôtellerie (C. civ., art. 1953, al. 2), du contrat de transport terrestre (C. com. art. L.133-1), du contrat de travail.

2 – Ces clauses ne peuvent aller à l'encontre d'une obligation essentielle du contrat, selon un principe de cohérence contractuelle : on ne peut dire une chose et son contraire dans un contrat (cf. C. civ., art. 1170 et supra).

3 – L'intensité de l'inexécution de l'obligation par le débiteur joue également un rôle. La faute dolosive, à laquelle est assimilée la faute lourde, emporte l'écart

⁷⁴⁰ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1982, préc.

⁷⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2005, *Bull. civ. I*, n°300, *RDC* 2006, p. 328, obs. D. Mazeaud, p. 410, obs. Ph. Delebecque, validant une clause faisant de l'obligation de transporter voyageur et bagages avec une « diligence raisonnable » et censurant l'arrêt d'appel qui avait condamné le transporteur en raison d'un retard subi, sur le fondement de l'article 1134, donc de la validité de l'obligation allégeant l'obligation.

⁷⁴² Cf. Cas. com. 24 janv. 1983, *Bull. civ. IV*, n°29.

des clauses limitatives de responsabilité (cf. C. civ., art. 1231-3). C'est le cas par exemple de la pratique du *surbooking* par une compagnie aérienne⁷⁴³.

4 – Elles sont ensuite écartées lorsqu'elles peuvent être considérées comme des clauses abusives aux termes de l'article L. 212-1 du Code de la consommation qui répute non écrites : « *les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat* » (cf. supra, n°158). C'est le cas notamment des clauses limitatives ou élusives de responsabilité de garantie dans la vente conclue avec un consommateur en vertu de l'article R. 212-1 du Code de la consommation.

5 – Enfin, la nature du dommage est susceptible d'influencer également l'appréciation de la validité des clauses limitatives de responsabilité : le problème se pose s'agissant des clauses limitatives de responsabilité, ou de clauses allégeant une obligation, en matière de *dommages corporels*.

La question est difficile, aucune règle n'envisage expressément cette question. Ainsi, on peut songer à une clause limitant la responsabilité liée à l'inexécution d'une obligation de sécurité, ou à une clause qui allégerait les obligations d'une personne. Certains textes particuliers envisageant cette situation comme l'article 1245-4 du Code civil qui, en matière de responsabilité du fait des produits défectueux admet les clauses limitatives en matière de dommages causés aux biens, mais point s'agissant des dommages causés à la personne, ou l'un des annexes de l'article L. 212-1 du Code de la consommation en matière de clauses abusives.

On peut, d'une manière plus générale, considérer qu'une telle clause serait nulle, et de nullité absolue⁷⁴⁴, sur le fondement de l'article 6 du Code civil, en raison du caractère hors commerce du corps humain (Cf. C. civ., art. 1128, 16-1, 16-3). Cette solution est parfaitement envisageable du point de vue des clauses limitatives, mais devient problématique face à une clause extensive de responsabilité, voire face aux assurances de responsabilité en matière de dommages corporels, sauf à retenir une nullité particulière, ne frappant que les limitations, point les améliorations, comme le droit du travail admet les clauses et conventions qui améliorent la situation du salarié comparé aux règles d'ordre public *in favorem* posées par le Code du travail, point celles qui la diminuent.

2. – Les clauses pénales

422. Définition et caractères de la clause pénale : double référence. – La clause pénale⁷⁴⁵ est une clause très fréquente dans les contrats qui prévoit, généralement de manière forfaitaire, une indemnité à la charge du débiteur et au profit du créancier en cas d'inexécution, c'est une nouvelle forme de « peine privée » ou de manière plus optimiste, un remède à l'inexécution prévu par les parties, un mode contractuel de gestion des risques d'inexécution ou de retard dans

⁷⁴³ Cf. Paris, 12 déc. 1992, *D.* 1993, p. 98.

⁷⁴⁴ Comp. Versailles, 5 avr. 2002, *RJDA* 2002, n°949.

⁷⁴⁵ Cf. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992.

l'exécution. Elle n'est pas définie par l'article 1231-5 du code civil qui n'envisage que ses effets. Avant 2016, les anciens articles 1226 et 1229 les définissaient autour de deux fonctions, soit une fonction *indemnitaire*, lorsque la clause pénale assure un forfait de réparation au profit du créancier en cas d'inexécution, ou une fonction *comminatoire*, lorsque la clause pénale tend à assurer, voire forcer, l'exécution de l'obligation, sous forme forfaitaire ou proportionnelle notamment pour éviter les retards d'exécution (« *en cas de retard dans l'exécution le débiteur devra une somme de 1 000 € par jour de retard* »). La clause pénale se transforme alors en clause d'astreinte, très utile pour éviter les retards voire pour forcer l'exécution d'une obligation de ne pas faire. Très souvent, la clause pénale présente cette double fonction, indemnitaire et comminatoire.

Ces clauses sont parfois difficiles à distinguer d'autres clauses voisines, comme des clauses limitatives de responsabilité ou des clauses de dédit⁷⁴⁶ voire des clauses dites d'indemnité d'immobilisation dans les promesses de contracter⁷⁴⁷, en raison du caractère non indemnitaire ou non comminatoire, en principe du moins, de ces clauses, exclusion qui s'explique essentiellement par l'attrait du régime de ces clauses, s'agissant de leur éventuelle révision.

Parfois, la démonstration est moins convaincante. Par exemple, la Cour de cassation avait considéré qu'une clause stipulant dans un contrat une indemnité contractuelle de résiliation ne représente que le prix de la faculté de résiliation unilatérale, indépendante de toute inexécution, excluant ce faisant sa qualification de clause pénale⁷⁴⁸, analyse qui suppose une résiliation non fautive.

423. Limitation et révision judiciaire des clauses pénales. – Dans certains contrats, les clauses pénales sont contingentées, comme les clauses pénales en cas de défaillance de l'emprunteur dans les contrats de crédit à la consommation (C. consom., art. L. 311-30) ou dans les contrats de crédit immobilier conclus avec un consommateur (C. consom., art. L. 312-2) ou, à l'inverse, en prévoyant un minimum légal comme dans le contrat de construction (CCH, art. L. 231-14) ou dans les conditions générales de vente entre professionnels (C. com., art. L. 441-3).

Surtout, les risques d'excès dans les montants prévus par les clauses pénales ont justifié, à partir du cas des contrats de crédit-bail dans lesquels il était contractuellement prévu que le défaut de paiement d'une échéance emportait résiliation du contrat et, à titre de pénalité, le remboursement anticipé de tous les loyers non échus, la réforme des (anciens) articles 1231 et 1152, al. 2, par une loi du 9 juillet 1975, afin de permettre au juge, qui s'y refusait sans cette autorisation légale expresse, de réviser les clauses pénales lorsqu'elles sont « *manifestement excessives ou dérisoires* ». Désormais, l'article 1231-5 du Code

⁷⁴⁶ Cf. Cass. com. 2 avr. 1996, *D.* 1996, somm. 329, obs. D. Mazeaud, Cass. com. 14 oct. 1997, *Deffrénois*, 1998, p. 328, obs. D. Mazeaud.

⁷⁴⁷ Cf. Cass. civ. 3^eème, 5 déc. 1984 (2 arrêts), *Bull. civ.* I, n°207 et 208, *D.* 1985, p. 544, note F. Bénac-Schmidt, *RTD civ.* 1985, p. 372, obs. J. Mestre.

⁷⁴⁸ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, *Bull. civ.* I, n°56, *D.* 2001, somm. P. 3243, obs. Ph. Delebecq, *RTD civ.* 2001, p. 589, obs. J. Mestre et B. Fages.

civil dispose que « *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent (...). Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure* ».

Ce « pouvoir modérateur » du juge est impératif, peut être exercé d'office mais ne s'impose pas au juge⁷⁴⁹. L'article 1231-5 du Code civil permet, en cas d'inexécution seulement partielle de limiter la peine convenue à proportion de l'intérêt que le créancier a retiré de l'exécution partielle mais voire la révision, à la hausse, rarement⁷⁵⁰, ou à la baisse, de manière plus commune, du montant de la pénalité.

Le juge dispose de ce pouvoir modérateur mais de manière contrôlée, d'abord par la qualification de clause pénale, strictement entendue, mais aussi par l'appréciation motivée du caractère manifestement excessif ou dérisoire de la pénalité, sans pouvoir tenir compte d'éléments extérieurs, comme les difficultés financières du débiteur par exemple⁷⁵¹. Il convient donc d'observer une disproportion entre l'importance du préjudice subi et le montant de la pénalité, ce qui rend en pratique assez difficile la révision d'une clause pénale prenant la forme d'une clause d'astreinte, pour obtenir une augmentation ou, plus souvent, une diminution de la clause, pour rendre le montant des pénalités équivalent au préjudice subi. Le juge peut faire correspondre clause pénale et préjudice ; il peut diminuer le montant de la clause pénale sans qu'il corresponde au montant du dommage, mais il ne peut aller en dessous du montant du préjudice.

⁷⁴⁹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, *Bull. civ.* I, n°218.

⁷⁵⁰ Cf. Cass. soc. 5 juin 1996, *Bull. civ.* n°226, *Defrénois* 1997, p. 737, obs. D. Mazeaud.

⁷⁵¹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 1995, *Bull. civ.* I, n° 412, *Defrénois* 1996, p. 365, obs. D. Mazeaud.