

DROIT DES CONTRATS

- Partie 2 -

Daniel Mainguy

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne

ECOLE DE DROIT DE LA SORBONNE

LICENCE 2

2024-2025



UNIVERSITÉ PARIS 1

PANTHÉON SORBONNE

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

297. L'autre pilier du droit des contrats. – Le principe de l'effet relatif du contrat est directement dérivé de celui de l'article 1103 du Code civil : les contrats légalement formés s'imposent « à ceux qui les ont faits ». Les contrats n'ont d'effet obligatoire qu'à l'égard des parties et point envers les tiers. C'est ce qui résulte surtout de 1199 du Code civil : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV* ».

Il fait suite à l'ancien article 1165 qui présentait les choses de manières voisine : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

La formule de ces deux textes est la traduction d'une vieille maxime latine « *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* » (l'accord passé entre les uns ne saurait ni nuire ni profiter aux autres).

La règle est élémentaire et fondamentale : la puissance de la force obligatoire du contrat, les obligations et effets qu'il produit, est réservée aux contractants, point aux tiers. En même temps, certains tiers ne peuvent ignorer le contrat de telle manière que la question des rapports des contractants entre eux et à l'égard des tiers se pose, en termes d'*opposabilité*.

La compréhension du principe suppose alors la détermination des parties et des tiers (Section 1), avant d'aborder la signification du principe (Section 2) et les exceptions à ce principe (Section 3).

Section 1. – La détermination des parties et des tiers

298. Détermination controversée. – L'exercice consistant à déterminer les parties (I) et les tiers (II) est l'un des problèmes classiques du droit des contrats et des plus controversés⁵⁰⁶, en raison de son importance fondamentale pour l'application du contrat, son exécution, sa circulation également.

I – Les parties

A – Les parties au moment de la formation du contrat

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

⁵⁰⁶ Cf. J.-L. Aubert, « A propos d'une analyse renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* 1993, p. 263 ; C. Guelfucci-Thibierge, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.* 1994, p. 275 ; J. Ghestin, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.* 1994, p. 777 ; Ph. Delmas-Saint-Hilaire, *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, 2000 ; M.-L. Mathieu-Izorche, « Une troisième personne bien singulière ou « 2+2 = tout autre chose », *RTD civ.* 2003, p. 51.

conclusion du contrat, celles qui ont exprimé leur consentement au contrat, sur le fondement, toujours présent au moins à ce stade de l'acceptation des engagements contractuels, soit personnellement, soit par voie de représentation contractuelle ou légale. Peu importe que les parties soient deux, ce qui est généralement le cas ou plusieurs. La pluralité peut alors impliquer des intérêts divergents (deux covendeurs et deux co-acheteurs) ou convergents, telles les parties à un contrat de société, ou qu'une seule partie soit en relation avec plusieurs, elles-mêmes ayant des intérêts distincts, comme le contrat conclu par un chef d'orchestre avec son orchestre, dans un *acte conjonctif*⁵⁰⁷.

300. Personnes intervenantes au contrat. – Autre, cependant, est la situation des intervenants non parties au contrat, par exemple le rédacteur du contrat⁵⁰⁸ mais aussi celles chargées de fournir une autorisation, un conseil, une expertise, une déclaration, une attestation⁵⁰⁹, ou une authentification⁵¹⁰. Ces personnes interviennent dans le contrat mais n'y sont pas juridiquement des parties.

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

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

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

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

⁵⁰⁷ Cf. R. Cabrillac, *La notion d'acte conjonctif*, LGDJ, 1990.

⁵⁰⁸ Cf. pour le fournisseur d'un modèle de contrat : Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, n° 97-14.187, *Bull. civ. I*, n°147, *Contr. conc. consom.* 1999, n°124, obs. L. Leveneur, Defrénois 1999, p. 1004, note D. Mazeaud, *JCP* éd. E 1999, p. 1827, note C. Jamin, *JCP* éd. G 1999, II, 10205, note G. Paisant, *RTD civ.* 2000, p. 107, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁰⁹ Cf. Cass. soc., 19 juin 1987, *RTD civ.* 1988, p. 126, obs. J. Mestre (visa apposé par une administration).

⁵¹⁰ Cf., pour un notaire, Cass. civ. 3^{ème}, 28 oct. 1992, no 90-17.652, *RTD civ.* 1993, p. 123, obs. J. Mestre. Adde : M. Vasseur, « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres », *RTD civ.* 1949, p. 173.

intuitu personae. En outre, il convient que les mécanismes successoraux aient fonctionné et notamment que l'héritier n'ait pas renoncé à la succession.

La réforme de 2016 n'a pas repris cette disposition, qui, à bien des égards, relève davantage du droit des successions que du droit des contrats. Les solutions demeurent les mêmes. On peut ajouter par ailleurs que ces règles valaient aussi pour la transmission des contrats conclus par une personne morale, absorbée et dissoute, par fusion avec une société absorbante.

En cas de *transmission entre vifs*, s'il s'agisse d'une technique de droit des sociétés (fusion partielle, apport partiel d'actif, scission) qui opèrent transmission universelle du patrimoine, comme le décès d'une personne, la solution est globalement la même, alors que les techniques de nature contractuelle, comme dans le cas de cession de contrat, la solution est beaucoup complexe, en raison de la difficulté à appréhender la notion même de cession de contrat (cf. infra, n°247 s.) : retenons ici que la cession de contrat est en principe possible, emportant changement de contractant.

II. – Les tiers

303. Penitus extranei et tiers intéressés. – Sont des tiers, en premier lieu, les tiers absolus ou *penitus extranei*, totalement étrangers au contrat et généralement ignorant de l'existence même du contrat.

En revanche, certains tiers sont particulièrement intéressés par le contrat conclu, souvent parce qu'ils sont eux-mêmes en relation avec l'une des parties : c'est le cas notamment des créanciers et des débiteurs des contractants. Le banquier, l'assureur, les différents contractants sont évidemment intéressés par l'ensemble des contrats, qu'ils soient susceptibles d'appauvrir ou d'enrichir le contractant.

Les créanciers ordinaires qu'on appelle les *créanciers chirographaires* de l'une des parties, dont le droit de gage général (C. civ., art.2284) pourrait se trouver affecté sont plutôt mal protégés, sinon par le jeu des actions obliques et pauliennes (cf. infra).

Les *ayant causes à titre particulier* sont les personnes qui recueillent un bien déterminé d'une personne (de manière purement active, à la différence des ayants cause universels ou à titre universel), recueilli soit dans un rapport de succession ou de donation, soit à titre onéreux. La question de la transmission des droits et actions et d'opposabilité est, à leur, égard, particulièrement important.

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

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

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

conclu par son locataire et, inversement, l'entrepreneur ne peut pas demander paiement au bailleur : le bailleur est tiers au contrat d'entreprise conclu par le locataire et, réciproquement, l'entrepreneur est tiers au contrat de bail. Le principe est fondamental : le tiers n'étant pas partie au contrat, il ne peut subir ni engager une action en exécution forcée, en responsabilité.

Le mécanisme fonctionne en toutes circonstances.

Par exemple, l'associé ou le dirigeant d'une société est un tiers à l'égard des contrats conclus par la société, et réciproquement. Les dettes et les créances de la société ne sont pas celles de l'associé ou du dirigeant, à moins qu'ils se soient personnellement engagés avec la société⁵¹¹, de même que, dans un groupe de sociétés, les sociétés filles du groupe sont toutes des tiers les unes par rapport aux autres et à l'égard de la société mère⁵¹² : un contrat conclu par la société mère ne lie pas la filiale⁵¹³, et réciproquement⁵¹⁴.

Ce principe est assorti de certaines exceptions, la question des sous-contrats, des actions directes notamment (Cf. Infra).

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

305.L'opposabilité du contrat : complément du principe de l'effet relatif. – Le principe de l'effet relatif du contrat ne signifie pas que le contrat est isolé du reste du monde.

Tout au contraire, un contrat, et les obligations qu'il contient, s'insèrent dans la myriade des contrats qui l'entourent. C'est en ce sens que le principe de l'effet relatif du contrat est limité, ou plus exactement, complété par le principe de l'opposabilité du contrat à l'égard des tiers qui permet de mesurer les effets du contrat à l'égard des tiers. Il n'en résulte pas que le tiers peut devenir créancier ou débiteur exactement comme le serait une partie, mais que le tiers peut bénéficier ou subir l'effet contractuel.

Pourtant, ce principe n'est pas formulé dans le Code civil, il est le résultat d'un long travail de la doctrine, depuis le début du XX^{es} siècle⁵¹⁵. Ce principe signifie

⁵¹¹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, *Bull. civ.* I, n°119.

⁵¹² Cf. Cass. com. 29 juin 1993, *Bull. civ.* IV, n°271 ; Cass. soc. 22 mai 1995, *Bull. civ.* V, n°162 (à propos d'une clause de non-concurrence souscrite par un salarié avec une société, non opposable par les autres sociétés du groupe). Comp. D. Mainguy, Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée, *Rev. Soc.* 1996, p. 17.

⁵¹³ Cass. com. 15 sept. 2009, n° 08-16551, *RTDcom.* 2009, p. 756, obs. Cl. CHampaud et D. Danet.

⁵¹⁴ Cass. Ass. Plén. 9 oct. 2006, n° 56-11056, *JCP G* 2006, II, 10175, note Th. Bonneau, *RTDciv.* 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵¹⁵ Cf. not. : R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525, A. Weill, *La relativité des contrats en droit privé*, Th. Strasbourg, 1939, J.-L. Goutal, *Recherches sur le principe de l'effet relatif des contrats*, Th. Paris, II, 1977, Y. Flour, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, Th. Paris, II, 1977, F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, Th. Paris II, 1979, J. Duclos, *L'opposabilité*, LGDJ, 1984, M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers (Comparaisons franco-belges)*, LGDJ, 1993, M. Bacache-Gibelli, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996 ; R. Winston, « Etude critique de la notion d'opposabilité » in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, LGDJ, 2004.

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

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

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

C'est la théorie de la *tierce complicité de la violation d'un contrat*⁵¹⁶ qu'illustre, par exemple l'hypothèse du débauchage d'un salarié par un employeur en violation du contrat de travail en cours avec un autre employeur⁵¹⁷ ou d'une clause de non concurrence conclue avec l'ancien employeur, ou d'une clause de confidentialité⁵¹⁸ ou encore en raison de la constitution d'une société par les cédants d'un fonds de commerce tenus par une clause de non concurrence⁵¹⁹, mais aussi les hypothèses de violation d'un pacte de préférence ou d'une promesse de vente (Cf. supra).

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

⁵¹⁶ Cf. P. Huguency, *La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, th. Dijon, 1910, E. Lalou, « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers », *DH* 1928, Chr. 69, B. Starck, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP* 1954, I, 1180.

⁵¹⁷ Cf. Cass. com. 20 juin 1972, *Bull. civ.* IV, n°198.

⁵¹⁸ Cass. civ. 17 févr. 2000, n° 97-22498, *JCP G* 2001, I, 338, obs. G. Viney, *D.* 2001, p. 952, note M. Billiau et J. Moury.

⁵¹⁹ Cf. Cass. com. 30 nov. 1999, *RJDA* 2000, n°129.

responsabilité pour concurrence déloyale⁵²⁰, solution aujourd'hui consacrée par la loi (C. com., art. L. 442-1). L'intérêt pour le contractant est majeur : d'une part, il peut engager une action de nature contractuelle contre son cocontractant, qui a violé une stipulation contractuelle, mais aussi une action en responsabilité délictuelle contre le tiers, complice de cette violation et même obtenir leur condamnation *in solidum*⁵²¹.

Cette opposabilité du contrat au tiers s'impose aujourd'hui comme un principe, consacré comme tel par la Cour de cassation⁵²². Il convient de s'arrêter un instant sur le caractère exceptionnel de cette avancée jurisprudentielle.

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

Lorsque, en revanche, le contrat ne présente pas d'effet réel, mais simplement des obligations ordinaires, le principe d'opposabilité du contrat aux tiers prend tout son effet. Les tiers auxquels le contrat est opposable doivent ainsi *respecter* le contrat de telle sorte que les faits des tiers de nature à participer à la violation, par les parties de leurs obligations, engagent la responsabilité du tiers. Un temps, suivant Planiol au début du XX^e siècle, on pouvait penser qu'il en résultait une *obligation passive universelle*, une obligation d'abstention, alors que les principes de la responsabilité civile délictuelle suffisaient amplement⁵²³.

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

⁵²⁰ Cf. Cass. com. 27 oct. 1992, *D.* 1992.505, note A. Bénabent, Cass. com. 25 avr. 2001, *Contrats, conc. consom.* 2001, n° 108, obs. L. Leveneur, à propos de l'approvisionnement de revendeurs automobiles non concessionnaires ayant acquis des véhicules de sociétés de location; Cass. com. 19 oct. 1999, *Contrats, conc. consom.* 2000, n° 6, obs. M. Malaurie-Vignal; Cass. com. 10 févr. 1998, *Contrats, conc. consom.*, 1998, n° 61, obs. L. Leveneur..

⁵²¹ Cass. com. 24 févr. 1998, *Bull. civ.* IV, n°IV, n°111, *D.* 1999, somm. 13, obs. R. Libchaber.

⁵²² Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, préc..

⁵²³ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1999, *Bull. civ.* I, n° 32, *D.* 1999, somm. p. 263, *RTD civ.* 1999, p. 405, obs. P. Jourdain : « le contractant, victime d'un dommage né de l'inexécution d'un contrat peut demander, sur le terrain de la responsabilité délictuelle, la réparation de ce préjudice au tiers à la faute duquel il estime que le dommage est imputable ».

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

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

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

A l'inverse lorsque la loi ne prévoit rien en revanche, aucune règle n'impose, en principe, la transmission des droits et obligations à l'ayant cause à titre particulier de sorte que le principe est celui de la non transmission des contrats, créances et obligations, à l'ayant cause à titre particulier, principe assorti de tempéraments et il faut bien reconnaître que les solutions dégagées en jurisprudence laissent place à une certaine incertitude, s'agissant des transmissions actives (transmission des créances) et passives (transmission des obligations) ⁽⁵²⁴⁾. La transmission des créances semble plus acceptable lorsque les créances ou les actions en justice entretiennent un rapport étroit avec la chose. Ainsi en est-il de la créance de non concurrence s'agissant d'une clause de non concurrence dont profitait le cédant ⁽⁵²⁵⁾, celle-ci profite à l'acquéreur du fonds de commerce ou de l'entreprise, spécialement lorsqu'il résulte de la clause que celle-ci pouvait ainsi circuler. Ainsi, s'agissant des actions que le vendeur aurait pu engager du fait de désordres subis par le bien, la jurisprudence considère généralement que les actions ne sont pas transmises avec la chose ⁽⁵²⁶⁾, sauf clause expresse en ce sens, et hors solution relevant du régime des actions directes (cf. infra, n°237 s.).

⁵²⁴ Cf. O. Deshayes, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, LJDJ 2004.

⁵²⁵ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 3 déc. 1996, *Bull. civ. I*, n°436, *RTD civ.* 1997, obs. J. Mestre : « la clause de non-concurrence doit être, sauf preuve contraire, présumée comprise parmi les droits transmis par le cessionnaire lorsqu'il vient, à son tour, à procéder à la même opération à l'égard d'un tiers ».

⁵²⁶ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 4 déc. 2002, *JCP* 2003, II, 10058, note P. Jourdain, Cass. civ. 3^{ème}, 17 nov. 2004, *JCP*, éd. N., 2006, 1002, note J.-A. Gravillou, *RDC* 2005, p. 347, obs. Ph. Brun.

La transmission passive en revanche, est en général impossible de sorte que l'acquéreur d'un fonds de commerce n'est pas tenu, sauf clause particulière par l'obligation de non-concurrence souscrite par le cédant (⁵²⁷), à moins qu'elle constitue une servitude réelle.

308. Le contrat opposé par les tiers. – La question complémentaire de la précédente, celle de l'opposabilité du contrat par les tiers à l'un ou aux parties contractantes, résulte de la considération du contrat comme un fait juridique pour le tiers⁵²⁸.

Le tiers peut ainsi utiliser le contrat auquel il n'a pas participé à titre probatoire : l'inexécution du contrat, la violation d'une stipulation contractuelle peut ainsi servir de démonstration de l'existence d'une faute, ou bien du préjudice subi par le tiers⁵²⁹.

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

Un temps, la Cour de cassation était divisée sur ce point. Pour la première chambre civile⁵³⁰, rejointe par la troisième⁵³¹, le seul manquement par le contractant à son obligation était équivalent à une faute à l'égard du tiers sans qu'il soit besoin d'un autre élément ou d'une autre preuve. Mais à l'inverse, la Chambre commerciale⁵³² considérait que le tiers devait identifier une faute distincte de la mauvaise exécution du contrat, sauf à confondre responsabilité contractuelle, donc effet obligatoire du contrat, et responsabilité délictuelle.

Cependant, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a, le 6 octobre 2006, dans le célèbre arrêt *Bootshop*, tranché la question en faveur de la position de la première chambre civile : « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »⁵³³. Dans cette affaire, des bailleurs

⁵²⁷ Cf. Cass. civ. 1ère, . 9 oct. 1996, *Bull. civ. I*, n°25; Cass. com. 1er avr. 1997, *Bull. civ. V*, n°89; Cass. com. 18 juill. 1989, *JCP* 1989, IV, 357.

⁵²⁸ Cf. Cass. com. 22 oct. 1991, *Bull. civ.*, IV, n°302, *D.* 1993, p. 181, Note J. Ghestin.

⁵²⁹ Cf. Cass. civ. 1ère, 10 mai 2005, *Bull. civ. I*, n°205, *D.* 2006, p. 1156, note A. Guégan-Lécuyer, *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵³⁰ Cass. civ. 1ère, 15 déc. 1998, *Bull. civ. I*, n°368, *Contrats, conc. Consom.*, 1999, n°37, obs. L. Leveneur; Cass. Civ. 1ère, 13 févr. 2001, *JCP* 2002, II, 10099, note C. Lisanti-Kalzcinski; Cass. civ. 1ère, 23 oct. 2003, *Bull. civ. I*, n°219, *D.* 2004, p. 233, note Ph. Delebecque, *JCP* 2004, II, 10006, note G. Lardeux. V. Cependant, Cass. civ. 1ère, 18 mai 2004, *RTD civ.* 2004, p. 516, obs. P. Jourdain. Adde : J.-P. Tosi, « Le manquement contractuel dérelativisé », *Mélanges M. Gobert*, 2004, p. 479; C. Hécart, *L'inexécution contractuelle : fait générateur de responsabilité délictuelle envers les tiers*, Th. Paris V.

⁵³¹ Cass. civ. 3ème, 10 janv. 2001, *RD immob.* 2001, p., 179, obs. Ph. Malinvaud, à propos de l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant.

⁵³² Cass. com. 8 oct. 2002, *Resp. civ. et ass.* 2003, n°2; Cass. com. 5 oct. 2005, *Contrats, conc. consom.* 2005, n°149, obs. L. Leveneur, *RDC* 2006, p. 687, obs. D. Mazeaud.

⁵³³ Cass. ass. plén. 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *Bull. ass. plén.* n°9, *D.* 2006, p. 2825, note G. Viney, *JCP* 2006, II, 10191, avic. M. Gariazzo, note M. Billiau, *JCP* 2006, I, 115, n°4, obs. Ph. Stoffel-Munck, *RTD civ.* 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages, *RDC* 2007, p. 269, obs. D. Mazeaud, p. 279, S. Carval, p. 379, obs. J.-B. Seube et p. 537, débats. Adde : Ph. Brun, « Feu la

avaient loué un immeuble commercial à une société qui avait confié la gérance de son fonds de commerce à une autre société. Ce gérant imputait aux bailleurs le défaut d'entretien de l'immeuble et avait engagé une action (en référé) pour obtenir la remise en état des lieux et la réparation de leur préjudice d'exploitation. Pour la Cour de cassation, donc, cette action est possible, un manquement contractuel peut être utilisé par un tiers comme un fait dommageable sanctionné par les règles de la responsabilité extracontractuelle.

L'article 1200 du Code civil donne désormais un écho à cette solution : « *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait* ».

Les illustrations de cette situation sont très nombreuses, dans toutes les situations contractuelles où le tiers, éventuellement lié contractuelle à l'un des contractants, est victime de l'inexécution de ce dernier contrat, par exemple dans certaines chaînes de contrats comme dans la situation de la sous-traitance, permettant au maître d'ouvrage d'agir en responsabilité contre le sous-traitant qui a mal exécuté le contrat de sous-traitance conclu avec l'entrepreneur⁵³⁴. Mais c'est surtout dans les hypothèses dans lesquelles un tiers subit un dommage corporel du fait de l'exécution d'un contrat que la question a connu un large succès. La jurisprudence a en effet identifié une obligation de sécurité dont l'inexécution peut profiter aux tiers par l'existence d'une stipulation pour autrui tacite (cf. infra) ou bien sur le fondement de l'opposabilité du contrat à l'égard des tiers⁵³⁵.

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

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

⁵³⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 10 janv. 2001, préc. V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1997, *Bull. civ. I*, n°321 (responsabilité du mandataire choisi par l'une des parties pour rédiger un acte) ; Cass. civ. 2^{ème}, 21 mai 1997, *D.* 1999, p. 150, note B. Fages (responsabilité du franchiseur à l'encontre des voisins d'un franchiseur).

⁵³⁵ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 13 févr. 2001, préc. (responsabilité d'un centre de transfusion sanguine du fait de la contamination par le SIDA du fait de la fourniture de sang contaminé).

évidemment moins⁵³⁶. C'est le cas, notamment d'une obligation de sécurité qui est, en général, une obligation de prudence et de diligence.

Par ailleurs, l'invocation de ce manquement comme une faute déjoue les prévisions contractuelles, prescriptions, restrictions dans l'appréciation de l'exécution, etc., toutes choses qui constituent la substance de l'obligation contractuelle entre les parties. Par ailleurs, la question n'est pas posée de savoir si, au préalable, le tiers « victime » ne pouvait engager une autre action plus proche de la protection de ses intérêts, par exemple contre la société locataire, ou encore si les éléments du contrat pouvaient ou non être opposés au tiers, par exemple une clause limitative de responsabilité ou une clause de compétence, alors qu'elles auraient pu être opposés au contractant.

Une autre critique repose sur l'idée que cette solution est une atteinte portée au principe de l'effet relatif du contrat. En effet, l'obligation d'entretien, par exemple dans l'arrêt *Bootshop*, a pour contrepartie les obligations du preneur, dont le paiement d'un loyer : le tiers peut donc jouir d'une prestation pour laquelle aucune contre-prestation n'a été convenue. La solution est donc assez similaire à celle des actions directes dans les contrats, considérées (cf. infra) comme « nécessairement » contractuelle⁵³⁷. Par exemple, le tiers à un contrat impliquant une prestation quelconque, qui est mal exécutée, et qui n'est pas équivalente à une obligation de prudence ou de diligence (une prestation de réparation ou de conseil par exemple) est traitée, du fait de la généralité de la solution de l'arrêt *Bootshop*, sans considération de l'absence de contre-prestation par le tiers.

Dès lors une partie de la jurisprudence postérieure a maintenu des solutions contraires à celle de l'arrêt *Bootshop*. Ainsi, en 2011, la Cour de cassation décidait qu'un contractant ne pouvait se voir opposer sa propre prestation contractuelle sans que soit démontré « *en quoi le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi délictuelle* »⁵³⁸, projetant donc la jurisprudence dans la situation prévalent avant 2006 : le manquement contractuel par un contractant peut être invoquée par un tiers, à condition que ce manquement puisse être assimilé à une faute délictuelle ou quasi-délictuelle, renversant donc la règle de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle⁵³⁹.

⁵³⁶ Cf. Cass. com. 17 juin 1997, n° 95-14535, RTDciv. 1998, p. 113, obs. P. Jourdain, « *si la faute contractuelle d'un mandataire à l'égard de son mandant peut être qualifiée de faute quasi-délictuelle à l'égard d'un tiers, c'est à la condition qu'elle constitue aussi la violation d'une obligation générale de prudence et de diligence* ».

⁵³⁷ Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2018, n° 16-20164, AJ contrats, 2018, p. 480, note B. Neraudau, RTDciv. 2018, p. 902, obs. H. Barbier (obligation de conseil due à un contractant, invoquée par un tiers).

⁵³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 15 déc. 2011, n° 10-17691, D. 2012, p. 659, note D. Mazeaud. V. aussi Cass. civ. 3^e 18 mai 2017, n° 16-11203, D. 2017, p. 1225, note D. Houtcieff, RTDciv. 2017, p. 651, obs. H. Barbier : cassation de l'arrêt qui « *par des motifs qui, tirés du seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices, sont impropres à caractériser une faute délictuelle* », Cass. com. 18 janv. 2017, n° 14-16442, D. 2017, p. 1036, note D. Mazeaud, RTD civ. 2017, p. 651, obs. H. Barbier.

⁵³⁹ V., not., Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2008, n° 07-15.583, RTD civ. 2009, p. 121, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 déc. 2011, n° 10-17.691, préc. Cass. com. 28 janv. 2014, n° 12-27.703, D.

Or, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a, dans un arrêt Récemment, un second arrêt d'assemblée plénière dit « *Sucrierie de Bois Rouge* », comme on préférera, a, au contraire de toutes les critiques émises contre l'arrêt *Bootshop*, est confirmé la solution de l'arrêt *Boot shop* dans un arrêt du 13 janvier 2020⁵⁴⁰. Dans cette affaire, En l'espèce, deux sociétés de fabrication et la commercialisation de sucre de canne avaient conclu un accord prévoyant notamment leur assistance mutuelle. Dans le cas où l'usine de l'une d'elles viendrait à cesser de fonctionner, l'autre devrait assurer le traitement de la canne à sa place. Un incendie s'était déclaré dans la centrale thermique qui alimentait l'usine d'une des deux sociétés en électricité, cette dernière dut arrêter son activité, l'autre, en vertu de l'assistance promise, devant traiter la canne à sa place, emportant, de son côté, des pertes d'exploitation. Son assureur les ayant couvertes, il chercha à s'en faire dédommager auprès de l'exploitant de la centrale thermique qui, par sa défaillance contractuelle causée par l'incendie, avait paralysé l'usine et déclenché l'assistance. L'action fut rejetée par les juges du fond aux motifs qu'aucune négligence ou imprudence de l'exploitant de la centrale thermique n'était établie. Or, pour la Cour de cassation reprend la solution de 2006 et dont on peut retenir que, sur le fondement de l'ancien article 1165 « *Le manquement par un contractant à une obligation contractuelle est de nature à constituer un fait illicite à l'égard d'un tiers au contrat lorsqu'il lui cause un dommage* », qu'il « *importe de ne pas entraver l'indemnisation de ce dommage* » et que, dès lors, « *le tiers au contrat qui établit un lien de causalité entre un manquement contractuel et le dommage qu'il subit n'est pas tenu de démontrer une faute délictuelle ou quasi délictuelle distincte de ce manquement* ».

La solution a paru assez surprenante pour les observateurs dans la mesure, d'une part, des décisions rendue depuis 2008 par cette même cour de cassation et, d'autre part, en raison de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile qui, dans son projet d'article 1234, al 1^{er} envisage que « *lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II. (al. 2). Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la*

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

⁵⁴⁰ Cass., ass. plén., 13 janv. 2020, n° 17-19.963, Dalloz actualité, 24 janv. 2020, obs. J.-D. Pellier ; *ibid.*, 27 fév. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2020. 416, note J.-S. Borghetti, p. 353, obs. M. Mekki, p. 394, point de vue M. Bacache, 2021, p. 46, obs. P. Brun, O. Gout et C. Quézel-Ambrunaz, p. 310, obs. R. Boffa et M. Mekki ; AJ contrat 2020, p. 80, obs. M. Latina ; RFDA 2020, p. 443, note J. Bousquet ; Rev. crit. DIP 2020, p. 711, étude D. Sindres ; RTD civ. 2020, p. 96, obs. H. Barbier, p. 395, obs. P. Jourdain. V. aussi Com. 15 juin 2022, F-B, n° 19-25.750.

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

310. Arrêt *Aetna*. Entendant, ou non, les critiques doctrinales, la Cour de cassation a encore ait évoluer sa jurisprudence dans un arrêt du 3 juillet 2024⁵⁴¹. Les faits sont assez complexes comme souvent : Aetna, un fabricant de machines faisait transporter des machines d'Italie en France pour salon professionnel, par la société Clamageran. Une machine est endommagée et Aetna obtient une indemnisation de son assureur, Itas Mutua, qui, subrogée dans les droits de Aetna, engageait une action contre Clamageran pour être à son tour indemnisée, Clamageran invoquant les clauses limitatives de responsabilité, à son profit, insérées dans le contrat conclu entre Clamageran et Aetna.

Reprenons : un tiers, Itas Mutuas, engage une action en se fondant sur la faute d'un contractant, Clamageran, à l'endroit de son contractant Aetna. Si l'on suit la séquence *Bootshop/Bois Rouge*, cette action est possible, mais sur le fondement de la responsabilité délictuelle (Itas Muta est un tiers à la relation contractuelle en cause) et ceci, nous enseigne l'arrêt *Bois Rouge* afin de ne pas entraver l'indemnisation du tiers.

Pourtant l'arrêt *Aetna* décide que :

« Vu les articles 1134 et 1165 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et l'article 1382, devenu 1240, du même code :

12. La Cour de cassation juge que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage (Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, Bull. ass. plén., n° 9) et que s'il établit un lien de causalité entre ce manquement contractuel et le dommage qu'il subit, il n'est pas tenu de démontrer une faute délictuelle ou quasi délictuelle distincte de ce manquement (Ass. plén., 13 janv. 2020, n° 17-19.963, publié au *Bulletin*).

13. Pour ne pas déjouer les prévisions du débiteur, qui s'est engagé en considération de l'économie générale du contrat et ne pas conférer au tiers qui invoque le contrat une position plus avantageuse que celle dont peut se prévaloir le créancier lui-même, le tiers à un contrat qui invoque, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel qui lui a causé un dommage peut se voir opposer les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants.

14. Pour condamner la société Clamageran à payer la somme de 100 000 € à la société Itas Mutua, l'arrêt, après avoir énoncé que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage, retient que les clauses limitatives de responsabilité issues des conditions générales du contrat conclu entre la société Clamageran et la société Aetna Group France sont inopposables à la société Itas Mutua, subrogée dans les droits de la société Aetna Group Spa.

15. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

C'est donc une acrobatie assez étonnante : la responsabilité est délictuelle *mais* la clause limitative de responsabilité est opposable au tiers, pourquoi ? pour ne

⁵⁴¹ Cass. com. 3 juill. 2024, n° 21-14-947, D. 2024, p. 1607, note D. Houtcieff.

pas déjouer les prévisions contractuelles du débiteur et ne pas conférer au tiers une position plus avantageuse que celle du créancier (Aetna). La solution n'est alors pas sans rappeler l'histoire de la responsabilité dans les groupes de contrats, notamment dans les relations entre un maître d'ouvrage et un sous-contractant (cf. infra.).

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

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

I – Les groupes de contrats

312.Décloisonnement contractuel. – Le mécanisme de l'article 1199 du Code civil fonde une logique de cloisonnement des contrats, particulièrement utile pour l'affirmation de la force obligatoire du contrat et leur distinction, et que le principe complémentaire de l'opposabilité du contrat renforce.

Cependant ces deux principes conjugués ne résolvent pas la question posée par les groupes de contrats⁵⁴² qu'illustre le cas de la pluralité de contrats conclus par des mêmes contractants (ensembles contractuels) et des chaînes de contrats. Un temps, l'hypothèse des groupes de contrats était de nature à rompre avec le principe de l'effet relatif des contrats de façon à rendre moins autonomes les contrats insérés dans un tel groupe, de telle manière que les effets d'un contrat puissent se propager à d'autres contrats lorsque certaines conditions étaient respectées.

Ainsi se dégagent les chaînes de contrats : des suites de contrats unis par un même objet, comme le cas des sous-contrats (contrat de bail et sous-contrat de bail par exemple) et des chaînes de contrats de vente (vente et revente d'une même chose)⁵⁴³, où la question des liens entre les maillons de la chaîne se pose. Ou des ensembles de contrats unis par un objectif voisin (contrat de vente et contrat de financement de ce bien, contrat de vente et contrat de maintenance, etc.). Vœu doctrinal, la promesse ne fut pas suivie des effets majeurs escomptés sauf dans trois hypothèses, celle des sous-contrats, des actions directes dans les chaînes translatives de contrats et de l'indivisibilité frappant les ensembles contractuels.

313.Chaînes de contrats : les sous-contrats. – Les sous-contrats s'insèrent dans des chaînes de contrats partageant un même objet ou un même ouvrage⁵⁴⁴. Une

⁵⁴² Cf. B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975, M. Bacache-Gibelli, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996.

⁵⁴³ Cf. D. Mainguy, *La revente*, Litec, 1996.

⁵⁴⁴ Cf. J. Néret, *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979.

partie conclut un contrat avec une personne qui, à son tour conclut un contrat qui permet l'exécution du premier : un bailleur conclut un bail avec un locataire qui sous-loue tout ou partie de la chose louée, un mandant conclut un mandat avec un mandataire qui fait exécuter tout ou partie de la mission avec un sous-mandataire, un maître d'ouvrage conclut un contrat d'entreprise avec un entrepreneur qui fait exécuter tout ou partie de l'ouvrage avec un sous-traitant, pour envisager les hypothèses les plus usuelles.

La loi envisage parfois la situation. Ainsi le sous-contrat de bail est permis sauf clause contraire (C. civ., art. 1753, permettant au bailleur d'agir en paiement contre le sous-locataire en cas de non-paiement par le locataire principal), de même le sous-mandat (Cf. C. civ., art. 1998) que le régime de la sous-traitance est organisé par une loi du 31 décembre 1975⁵⁴⁵, assurant une action directe en paiement par le sous-traitant contre le maître d'ouvrage, en cas de non-paiement par l'entrepreneur principal. En principe, contrat principal et sous-contrat sont indépendants, autonomes, de telle manière que les relations entre les membres ultimes (le maître d'ouvrage et le sous-traitant, le bailleur et le sous-locataire) n'existent en principe pas : le premier ne peut agir en exécution contre le dernier et ce dernier en paiement contre le premier, sauf hypothèse envisagée par la loi, comme dans la sous-traitance, le bail, le mandat, notamment.

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

Le droit français, assez isolé cependant⁵⁴⁶, considère que l'action engagée par le sous-acquéreur contre le vendeur initial est de nature nécessairement contractuelle⁵⁴⁷, action en garantie des vices cachés ou en responsabilité du fait d'une délivrance non conforme par exemple⁵⁴⁸. L'importance de cette action

⁵⁴⁵ D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 13 éd., 2022, n°445s.

⁵⁴⁶ Sur l'application des règles européennes de conflit de juridictions : CJCE, 17 juin 1992 (*Jacob Handte*) : *JCP G* 1992, II, 21927, note Ch. Larroumet ; *JCP E* 1992, II, 363, note P. Jourdain et I, 199, obs. J. Raynard ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 730, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD eur.* 1992, p. 709, note P. de Vareilles-Sommieres ; *JCP G* 1993, I, 3664, obs. G. Viney et 3666, note M.-C. Boutard-Labarde ; *D.* 1993, somm. p. 214, obs. J. Kullman ; *RTD civ.* 1993, p. 173, obs. P. Jourdain, solution appliquée par la Cour de cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, n° 89-14179. Par ailleurs, La CJUE rejette l'opposabilité de la clause attributive de juridiction au sous-acquéreur s'il n'y a consenti (CJUE 7 févr. 2013, aff. C-543/10 *Refcomp SpA*, *D.* 2013, p. 1110, note S. Bollée, *JCP G* 2013, 516, note Ph. Guez et Cass. civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n° 09-12442, *D.* 2014, p. 121, note D. Mazeaud, Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, n° 13-24796). Sur l'application de convention de Vienne : Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999 (*Thermo King*) : *D.* 1999, 383, note. Cl. Witz ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 519, note V. Heuzé ; *JCP G* 2000, I, 199, n° 7, obs. G. Viney ; *JCP E* 1999, p. 962, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 1999, p. 502, obs. J. Raynard.

⁵⁴⁷ Cass. civ., 1^{ère}, 9 oct. 1979, *Bull. civ.* I, n° 241, p. 192 ; *D.* 1980, IR, p. 222, obs. Ch. Larroumet, *RTD civ.* 1980, p. 352, obs. G. Durry.

⁵⁴⁸ C. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991, C. Lisanti-Kalszynski, « L'action directe dans les chaînes de contrats ? Plus de dix ans après l'arrêt Besse », *JCP* 2003, I, 102, *D.*

doit être soulignée : en principe, le sous-acquéreur n'a aucun lien avec le vendeur initial, de telle sorte que la seule action possible est, en principe, une action en responsabilité délictuelle. La solution se justifiait par la transmission de la chose⁵⁴⁹.

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

Le mécanisme fonctionne donc dans des chaînes de ventes et, plus largement, dans des chaînes translatives de propriété, et même acquisitives de propriété (vente = contrat d'entreprise avec fourniture de matière, comme l'action du propriétaire d'un immeuble qui agit contre le fournisseur de matériaux que son contractant entrepreneur a acquis). Mais la question s'était posée de savoir si, au-delà des contrats emportant transfert de propriété, une telle action directe contractuelle s'imposait, dans une querelle interne à la Cour de cassation qu'avait tranché l'arrêt *Besse* du 12 juillet 1991⁵⁵⁰ pour n'admettre ce type d'action contractuelle que dans les chaînes acquisitives de propriété⁵⁵¹. Chance ou piège ? L'action directe a longtemps été promue comme une chance pour le sous-acquéreur qui pouvait « remonter » la chaîne des ventes, alors qu'une action « délictuelle » l'aurait également permis⁵⁵², jusqu'à ce que la jurisprudence, tirant logiquement les conséquences du mécanisme considère que le vendeur initial pouvait opposer au sous-acquéreur, même consommateur, les clauses limitatives de responsabilité ou de garantie⁵⁵³ ou compromissaire⁵⁵⁴.

Mainguy, « L'actualité des actions directes dans les chaînes de contrats », *Mélanges J. Béguin*, 2005, p. 449 ; P. Puig, « Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ? », *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.913.

⁵⁴⁹ Cass. ass. plén., 7 fév. 1986, *D.* 1986, 293, note A. Bénabent ; *JCP* 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud ; *RTD civ.*, 1986, 364, obs. J. Huet, 595, obs. J. Mestre, 605, obs. Ph. Rémy, *Gaz. Pal.* 1986, 2, jur., p. 543, note J.-M. Berly, *RD imm.* 1986, p. 210, note Ph. Malinvaud et B. Boubli ; *Grands arrêts*, t. II, n°252, p. 495 : « le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée ».

⁵⁵⁰ Cf. Cass. ass. plén. 12 juill. 1991, *D.* 1991, p. 549, *JCP* 1991, II, 21743, note G. Viney, *RTD civ.* 1991, p. 750, obs. P. Jourdain.

⁵⁵¹ Sur leur détermination D. Mainguy, « L'actualité des actions directes dans les chaînes de contrats », art. cit. ; P. Puig, « Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ? », art. cit.

⁵⁵² Cf. C. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991 ; « La restauration de l'effet relatif du contrat », *D.* 1991. Chr. 157.

⁵⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, *D.* 1996, p. 395, note D. Mazeaud, *D.* 1996, somm., p. 14, obs. O. Tournafond, *Contr. conc. consom.* 1995, n° 159, obs. L. Leveneur. Comp. Cass. com. 22 mai 2002, *Bull. civ.* IV, n°89. Pour un sous-acquéreur « ordinaire » : Cass. com. 26 mai 2010, n° 07-11744 *JCP G* 2010, 1015, n° 12, obs. Ph. Stoffel-Munck.

⁵⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, n° 09-12442, CCC 2011, n° 23 ? obs. L. Leveneur (« dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissaire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette clause »), Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2001, *Bull. civ.* I, n°22, *JCP*, éd. E, p.1238, note D. Mainguy et J.-B. Seube, *D.* 2001,

Explication difficile du mécanisme : une telle chaîne de contrats emporte-t-elle transmission des actions comme accessoire de la chose vendue ; est-ce en raison du phénomène du transfert de propriété que l'exception au principe de relativité du contrat est ainsi tolérée, est-ce une application de l'équité ? Explication difficile comme chaque fois qu'on tente de justifier un mécanisme purement prétorien avec des outils du Code civil.

315. Les ensembles de contrats : l'indivisibilité contractuelle. – Les groupes de contrats peuvent également s'illustrer à travers la figure contractuelle des ensembles de contrats, composés de contrats différents mais poursuivant un même objectif économique : un contrat de vente de matériel acquis par A avec un vendeur B, accompagné d'un contrat de vente de marchandises avec un fournisseur C, un contrat de financement du tout avec un contractant D, etc.. Le problème qui se pose ici est celui de savoir si le sort de l'un de ces contrats aura une incidence sur celui des autres⁵⁵⁵. L'application du principe de l'article 1165 du Code voudrait, là encore, que chaque contrat soit autonome de telle manière que la rupture, quelle qu'en soit la cause, de l'un soit ignorée des autres. L'avancée jurisprudentielle et doctrinale fut de reconnaître un *lien d'indivisibilité* entre les contrats faisant partie d'un tel ensemble, de telle sorte que le sort de l'un a un effet sur les autres : l'annulation ou la résolution de l'un des contrats emporte la résiliation voire la caducité de ou des autres⁵⁵⁶, voire permettant aux effets d'un contrat, comme une clause compromissoire, de se communiquer aux autres⁵⁵⁷. Ici encore, l'explication est difficile à trouver, hormis les hypothèses prévues par la loi (Cf. C. consom., art. L. 311-21), tant le mécanisme est original, au regard de la notion de cause (chaque contrat sert-il de cause aux autres) mais aussi de l'économie du contrat⁵⁵⁸.

L'article 1186 du Code civil propose une solution nouvelle à la jurisprudence rendue jusqu'alors sur le fondement de la cause du contrat⁵⁵⁹.

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

somm. 1135, obs. Ph. Delebecque, *Defrénois*, 2001, p. 708, obs. R. Libchaber, *Contr. conc. consom.* 2001, n°82.

⁵⁵⁵ Cf. J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999.

⁵⁵⁶ Cf. Cass. Ch. Mixte, 13 avr. 2018, n° 16-21345, JCP G 2018, 543, note F. Buy, Cass. Com. 4 nov. 2014, n° 13-24270, RTDciv. 2015, p. 127, obs. H. Barbier, Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, *Bull. civ. I*, n°224, *D.* 1998, somm. 110, obs. D. Mazeaud ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, *RDC* 2006, p. 700, obs. D. Mazeaud.

⁵⁵⁷ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Bull. civ. I*, n°95.

⁵⁵⁸ Cf. Cass. com. 15 févr. 2000, *Bull. civ. IV*, n°29, *JCP* 2000, I, 272, obs. A. Constantin, *D.* 2000, somm. p. 364, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages, utilisant la notion d'économie du contrat pour évincer une clause de divisibilité dans un ensemble indivisible.

⁵⁵⁹ Cf. S. Bros, « Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 févr. 2016 », *JCP G* 2016, 975.

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

En revanche, si l'article 1186 règle le cas de ce que l'on appelait l'indivisibilité ou l'interdépendance *objective*, il ne règle pas celui de l'indivisibilité ou l'interdépendance *subjective*, c'est-à-dire le cas des clauses d'indivisibilité liant des contrats qui, à défaut, ne serait pas considérés ainsi, ou de divisibilité, déliant des contrats qui, à défaut d'une telle clause seraient considérés comme entrant dans le champ de l'article 1186. De telles clauses sont en principe valables, notamment s'agissant des clauses d'indivisibilité⁵⁶⁰. S'agissant des clauses de divisibilité, la jurisprudence antérieure considérait que l'interdépendance objective doit s'imposer, notamment dans les ensembles de contrats de location financière⁵⁶¹.

II. – Les engagements pour autrui

316. Prohibition de principe. – l'engagement pour autrui est, en principe, prohibé : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même » dispose l'article 1203 du Code civil⁵⁶², héritage de la règle « *Alteri stipulari nemo potest* », sous deux réserves cependant, celle de la promesse de porte et surtout du mécanisme de la stipulation pour autrui.

A – La promesse de porte-fort

317. Définition de la promesse de porte-fort. – La première exception à la prohibition de la promesse pour autrui est la promesse de porte-fort, validée de manière assez peu précise par l'article 1204 du Code civil : « *On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts. Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit* »⁵⁶³.

Il s'agit d'un contrat créant à la charge d'une personne, appelée « promettant », l'obligation de faire son possible pour obtenir au profit d'une autre personne, appelée « bénéficiaire », l'engagement d'une tierce personne (livrer quelque

⁵⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2010, n° 09-68014, D. 2011, p. 566, note D. Mazeaud.

⁵⁶¹ Cass. com. 15 févr. 2000, n° 97-19793, préc., Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768, D. 2013, p. 1658, note D. Mazeaud, JCP G 2013, 673, note F. Buy.

⁵⁶² Ancien art. 1219 : « *on ne peut en général s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même* ».

⁵⁶³ Ancien art. 1220 : « *Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement* ». Cf. S. Véricel, « Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort ? », D. 1988, chr., p. 123 ; A. Jonville, « Pratique de la promesse de porte-fort », Dr. & patr. 1998, n°57, p. 28.

chose, payer le prix de vente, par exemple).

Le contrat de porte-fort ne constitue qu'une exception apparente au principe de l'effet relatif du contrat car la promesse de porte-fort n'est pas véritablement une promesse pour autrui mais un engagement personnel du porte-fort, autonome⁵⁶⁴. Le contrat de porte-fort n'engage pas autrui ; il engage seulement le porte-fort à faire son possible pour amener un tiers, demeuré libre, de traiter avec le bénéficiaire et, en cas d'échec, à verser à ce dernier une certaine somme.

Par exemple, le dirigeant d'une société envisage de conclure un contrat avec un tiers qui dépasse les pouvoirs que lui confient les statuts et se porte-fort d'obtenir la ratification de ce contrat par la société, ou bien une personne, une société mère par exemple, se porte-fort au profit du contractant d'un de ses filiales que cette dernière exécutera son engagement⁵⁶⁵.

On peut alors distinguer ces deux formes de porte-fort, porte-fort de ratification, qui participe à un processus de formation d'un contrat, et porte-fort d'exécution. Elle peut également utilement servir d'instrument de garantie⁵⁶⁶ ; c'est même un engagement personnel autonome⁵⁶⁷ du moins curieusement lorsqu'il s'agit d'une promesse de porte de ratification, mais point lorsqu'il s'agit d'une promesse d'exécution⁵⁶⁸. Le porte-fort d'exécution est en outre redoutable pour le promettant qui s'engage comme un garant, en payant sa propre dette, de manière autonome et non la dette du tiers⁵⁶⁹. Toutes les applications ne sont cependant pas valables. Ainsi, la promesse de porte-fort ne saurait constituer un moyen de

⁵⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 01-15.926, *Contrats, conc. consom.* 2005, n°81, obs. L. Leveneur, *RTD civ.* 2005, p. 391, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 26 nov. 1975, *D.* 1976, p. 353, note C. Larroumet, *JCP éd. G* 1976, II 18500, note F. Monéger, *RTD civ.* 1976, p. 117, obs. Y. Loussouarn s'agissant d'un tuteur concluant une promesse de porte-fort pour son pupille ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 1971, *Bull. civ.* III, n°653, à propos de la vente d'un bien en indivision par un indivisaire porte-fort de la ratification par les autres ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 avr. 1986, *Bull. civ.* I, n°99, *RTD civ.* 1987, p. 305, obs. J. Mestre, à propos de la souscription d'engagements par les futurs associés d'une société avant la période de constitution, c'est-à-dire avant que les dispositions de l'article 1843 du Code civil ne jouent à propos des actes accomplis pendant la période de formation, après la constitution. Adde G. Tillement, « Promesse de porte-fort et droit des sociétés », *Rev. soc.* 1993, p. 50.

⁵⁶⁶ Ph. Simler, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP éd. G* 1990, I, 3427 ; « Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ? », *RD bancaire et bourse* 1997, p. 223.

⁵⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 01-15.926, préc.

⁵⁶⁸ Cf. Cass. com. 13 déc. 2005, *Bull. civ.* IV., n°256, *Defrénois*, 2006, p. 414, obs. E. Savaux, *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. Simler, *RTD civ.* 2006, p. 305, obs. J. Mestre et B. Fages : « Attendu que celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même ».

⁵⁶⁹ Cass. com. 18 juin 2013, n° 12-18890, *D.* 2013, p. 1621, obs. X. Delpech, 2561, note J.-D. Peltier, *JCP G* 2013, 960, note G. Mégret, *JCP E* 2013, 43, note L. Leveneur, *RTDciv.* 2013, p. 842, obs. H. Barbier. Adde Cass. com., 1er avr. 2014, n°13-10629, *D.* 2014, p. 1185, note B. Dondero, p. 1610, obs. P. Crocq, Cass. civ. 1^{ère}, 16 avr. 2015, n° 14-13694, *D.* 1015, p. 1569, note J.6. Lemouland, D. Noguero et J.-M. Plazy, *RTDciv.* 2015, p. 622 ? obs. H. Barbier.

détourner des règles impératives⁵⁷⁰.

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

Si le tiers s'engage effectivement, s'il ratifie donc, le porte-fort sera libéré et il le sera à l'instant de cet engagement : peu importe que le tiers n'exécute pas ensuite l'obligation car il n'est pas la caution de ce tiers⁵⁷¹, à moins que le contrat de porte-fort n'ait prévu que le porte-fort promettait l'exécution correcte de l'obligation⁵⁷².

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

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

La ratification par le tiers peut être tacite ou expresse. Elle a pour effet de l'engager avec le bénéficiaire, puisque tel était l'objet de la promesse de porte-fort. Cette ratification a pour effet de faire disparaître le porte-fort du champ contractuel, alors libéré de tout engagement, comme l'indique l'article 1204, al. 2⁵⁷³. Corrélativement, la ratification a comme conséquence d'engager rétroactivement le tiers au jour de la date de conclusion du contrat de porte-fort. Par ailleurs, étant un acte unilatéral, la ratification n'exige pas le concours du bénéficiaire.

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

B.– La stipulation pour autrui

319.Définition. – Le mécanisme de la stipulation pour autrui est une figure contractuelle encore plus originale, une opération à trois personnes. L'ancien

⁵⁷⁰ Ainsi, à propos des règles de congestion du logement familial (C. civ., art. 215, al. 3) : Cass. civ. 1ère, 11 oct. 1989, *JCP* éd. G 1990, II, 21549, note M. Henry, *D.* 1990, p. 310, note R. Le Guidec, *RTD civ.* 1991, p. 387, obs. B. Vareille. Mais aussi Cass. civ. 1ère, 15 juill. 1993, *Bull. civ.* I, n°255, *JCP* éd. G 1994, I, 3733, obs. Simler Ph., nullité de la promesse de porte-fort relative à la cession d'un fonds de commerce commun ; mais inversement Cass. com., 1er oct. 1996, *JCP* éd. G 1998, I, n°135, obs. Ph. Simler, *RTD civ.* 1997, p. 989, obs. B. Vareille. Ou encore, s'agissant d'une convention ayant pour objet d'entraver la révocation *ad nutum* du directeur général d'une société anonyme : Cass. com., 4 juin 1996, *Bull. civ.* IV, n°162.

⁵⁷¹ Cf. Cass. com. 13 déc. 2005, *Bull. civ.* IV, n°256.

⁵⁷² Cf. Cass. civ. 1ère, 18 avr. 2000, *Bull. civ.* I, n°115, *JCP* éd. E, 2000, 50, p. 2005, note G. Virassamy, *RTD civ.* 2000, p. 832, obs. J. Mestre et B. Fages, à propos d'une promesse de contrat de travail dans une cession de parts sociales.

⁵⁷³ Cass. civ. 1ère, 2 mars 2018, n° 15-21244, *AJ contrats*, 2018, p. 231, obs. Ph. Delebecque, *D.* 2019, p. 279, obs. M. Mekki, *RTDciv.* 2018, p. 396, obs. H. Barbier.

article 1121 relatif à la stipulation pour autrui disposait que : « *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre* ».

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

On peut définir la stipulation pour autrui comme le contrat conclu entre une personne, le *stipulant*, et une autre personne, le *promettant*, obligeant celle-ci au profit d'une troisième personne, le *tiers bénéficiaire*, qui bénéficiera d'un droit direct sur le promettant. L'exemple type est fourni par le mécanisme de l'assurance, l'assurance-décès par exemple : contrat conclu entre un stipulant, l'assuré, et un promettant, l'assureur, obligeant celui-ci à verser, au jour du décès, un capital à un tiers bénéficiaire⁵⁷⁴) mais aussi par l'assurance-responsabilité, par lequel un stipulant conclu un contrat un promettant au profit de n'importe quel bénéficiaire, qui aurait à souffrir d'un préjudice causé par l'assuré.

De même observe-t-on ce mécanisme dans le contrat de transport, pendant longtemps pour expliquer le rôle du destinataire, tiers au contrat⁵⁷⁵, jusqu'à ce que la loi en fasse une partie au contrat (Cf. C. com., art. L. 132-8). Surtout, par des décisions célèbres, la jurisprudence a déniché dans le contrat de transport de personnes une stipulation pour autrui tacite stipulée par le voyageur avec le transporteur au profit de ses proches pour le cas où le transporteur manquerait à son obligation de résultat de le conduire sain et sauf à destination, de façon à justifier une action en responsabilité contractuelle contre le transporteur fondée sur la méconnaissance d'une obligation de sécurité⁵⁷⁶ solutions aujourd'hui obsolètes eu égard à l'évolution de la responsabilité dans le transport maritime et aérien. Le mécanisme se justifiait en un temps où les mécanismes de responsabilité étaient sans doute moins aboutis : la jurisprudence le maintenait parfois quoiqu'avec moins de générosité⁵⁷⁷.

L'article 1205 du Code civil, issu de la réforme de 2016 est plus positif : « *on peut stipuler pour autrui* », et ce, sans que cette règle ne se présente comme une exception à l'article 1203 selon lequel « *on ne peut s'engager en son propre*

⁵⁷⁴ Cass. civ., 16 janv. 1888, *Grands arrêts*, n°169.

⁵⁷⁵ Mais V. J.-P.Tosi, « L'adhésion du destinataire au contrat de transport », *Mél. Mouly Ch.*, t. II, Litec, 1998, p. 175.

⁵⁷⁶ Cass. civ., 6 déc. 1932 et 24 mai 1933, *D.* 1933, 1, p. 137, note L. Josserand, *S.* 1934, 1, p. 81, note P. Esmein, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, n°263 et 265 ; Cass. com., 19 juin 1951, *D.* 1951, 717, note G. Ripert, *JCP* éd. G 1951, II, 6426, note E. Becqué, *S.* 1952, 1, p. 89, note R. Nerson ; Cass. civ., 23 janv. 1959, *D.* 1959, p. 281, note R. Rodière ; Cass. civ. 2ème, 23 janv. 1959, *JCP* éd. G 1959, II, 11002, note M. de Juglart, *D.* 1959, p. 101, note R. Savatier, où les proches, bénéficiaires d'une telle stipulation pour autrui tacite ne l'acceptèrent pas, évitant ainsi la clause de non-responsabilité que le contrat comportait, préférant une action délictuelle fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil.

⁵⁷⁷ Cf. Cass. civ. 1ère, 28 oct. 2003, *Bull. civ.* I, n°219, *D.* 2004, p. 233, obs. Ph. Delebecque, stipulation rejetée dans un contrat d'agence de voyages au profit des victimes par ricochet.

nom que pour soi-même » : la stipulation pour autrui ne présente donc comme un opération contractuelle *autonome* de l'hypothèse de l'engagement pour autrui.

320. Conditions de la stipulation pour autrui. – La stipulation pour autrui repose sur un contrat conclu entre deux personnes, le stipulant et le promettant et les conditions de validité de ce contrat sont les mêmes que pour tout contrat, hormis la question de volonté de stipuler, s'agissant des stipulations pour autrui tacite.

La place du tiers bénéficiaire se situe au moment de l'exécution de la stipulation pour autrui.

Par conséquent, l'acceptation de la stipulation pour autrui par le bénéficiaire n'est pas une condition de validité ou d'efficacité du mécanisme (cf. infra).

Il doit s'agir d'une personne sinon déterminée à la conclusion du contrat du moins déterminable à son exécution, comme dans les assurances de responsabilité. Il peut s'agir du stipulant lui-même, d'une personne future, à condition qu'elle soit certaine ; le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui doit être une personne née, du moins conçue (Cf. C.civ. art.906). Une exception a, cependant, été prévue pour l'assurance-décès par l'article L.132-8 du Code des assurances mais qui peut sans doute être élargie à l'ensemble des autres hypothèses de stipulations pour autrui.

S'agissant de l'opération, la stipulation ne peut faire naître en principe qu'un droit au profit du tiers, et point une dette. Or, quelques décisions ont paru admettre l'existence de *stipulation pour autrui avec charge* voire d'une stipulation de contrat pour autrui⁵⁷⁸.

321. Effets de la stipulation pour autrui. – Dans les *rappports entre le stipulant et le promettant*, la relation contractuelle est ordinaire : les parties doivent exécuter leurs obligations. La seule difficulté repose sur la sanction du comportement du promettant qui n'exécuterait pas son engagement à l'égard du bénéficiaire : le stipulant peut demander lui-même l'exécution du contrat (C. civ. art. 1208) comme la jurisprudence le décodait avant 2016. Si le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui acquiert contre le promettant un droit propre et direct, le stipulant n'en possède pas moins une action en exécution de la promesse souscrite pour le débiteur⁵⁷⁹.

Dans les *rappports entre le promettant et le tiers bénéficiaire*, la stipulation pour autrui crée un droit direct et de nature contractuelle contre le promettant (C. civ.,

⁵⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 1978, *Bull. civ. I*, n°356, *D.* 1980.309, note D. Carreau, *JCP* 1980, II, 19315, note R. Rodière ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *Bull. civ. I*, n° 343, *RTD civ.* 1988.532, obs. J. Mestre : « *la stipulation pour autrui n'exclut pas, dans le cas d'acceptation par le bénéficiaire, qu'il soit tenu de certaines obligations* ». Adde G. Vénandet, « La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire », *JCP* éd. G 1989, I, 3391 ; D. R. Martin, « La stipulation de contrat pour autrui », *D.* 1994, chr., p. 145. Et depuis : Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999, *Bull. civ. I*, n°341, *RJDA* 2000, n°501.

⁵⁷⁹ Cf. Cass. civ. 12 juill. 1956, *D.* 1956, p. 749, note R. Radouant (action en exécution) ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, *Bull. civ. I*, n°233 (action en responsabilité contractuelle) ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999, *Bull. civ. I*, n°341 (action en garantie).

art. 1206).

Il peut donc agir contre le promettant pour obtenir l'exécution de la promesse. Ce droit naît le jour de la conclusion du contrat (ou au jour de la détermination de la personne du bénéficiaire) peu importe qu'il ait accepté ou non la stipulation.

Le promettant peut opposer au bénéficiaire des exceptions résultant du rapport qu'il entretient avec le stipulant : inexécution de ses obligations (comme le non-paiement d'une prime d'assurance), nullité du contrat, exception de compensation, même lorsque le tiers a accepté la stipulation pour autrui consentie en sa faveur ⁽⁵⁸⁰⁾.

En conséquence, ce droit d'action directe est un droit de créance personnel et direct contre le promettant. Ce droit lui appartient en propre et ne passe pas par le patrimoine du stipulant. Au décès de ce stipulant, le bénéficiaire de l'assurance-décès n'aura pas, par conséquent, à subir le concours des créanciers personnels du *de cuius*.

Dans les *rappports entre le stipulant et le tiers bénéficiaire*, les relations peuvent être fragiles. La stipulation peut en effet être révoquée par le stipulant (C. civ., art. 1207, al. 2 et 1207, comp. C. ass., art. L.132-9) ce qui entraîne la disparition du droit du tiers bénéficiaire et permet au stipulant de désigner alors un autre bénéficiaire (C. civ. art. 1207, al. 2). Cette faculté de révocation est cependant paralysée par l'acceptation de la stipulation par le bénéficiaire qui vient ainsi consolider l'opération car elle rend la stipulation irrévocable (C ; civ., art. 1206, al. 3). L'acceptation peut émaner du bénéficiaire ou après son décès par un tiers, elle peut être expresse ou tacite, intervenir après le décès du stipulant ou du promettant (C. civ., art. 1208). L'acceptation a un effet rétroactif : elle fait courir le droit du bénéficiaire du jour de la conclusion du contrat passé entre le stipulant et le promettant.

III. – Les actions obliques et pauliennes

322.Présentation. – Les actions dites *obliques* et *pauliennes* se présentent de manière ambiguës en droit des contrats. Avant la réforme de 2016, elles s'inscrivaient expressément comme des exceptions au principe de l'effet relatif du contrat (C. civ., ancien art., 1166 et 1167). Dans le même temps ces « actions » se présentaient comme des accessoires de certaines obligations particulières, voire des systèmes de protection du droit de gage général d'un créancier, de telle manière que, depuis 2016, elles s'inscrivent dans la partie consacrée au régime général des obligations, dans le chapitre consacré aux actions ouvertes au créancier (C. civ. art. 1341-1 et 2).

Le paiement suppose en effet des garanties, offertes par les sûretés ou leurs substituts, que le droit des obligations offre parfois, comme le phénomène de la solidarité. Le principe en effet est que le débiteur engage l'ensemble de son patrimoine en garantie du paiement d'une dette sur le fondement du droit de

⁵⁸⁰ Cass. civ. 1ère, 29 nov. 1994, *Bull. civ. I*, n°353, *Defrénois* 1995, p. 1405, note Ph. Delebecque, *RTD civ.* 1995, p. 622, obs. J. Mestre.

gage général (C. civ., art. 2284 et 2285). Tout créancier non nanti et disposant ce faisant d'une sûreté, tout créancier chirographaire donc, peut ainsi saisir n'importe quel bien du débiteur en paiement de sa créance.

Or, il est certain que ces créanciers chirographaires sont directement intéressés par les contrats conclus par leur débiteur : le patrimoine de celui-ci grossit ou diminue au gré des contrats qu'il conclut et qui sont opposables à ce tiers créancier, comme à toute autre personne. La situation des chirographaires est alors proche de celle des héritiers.

Pourtant, contrairement aux ayants causes universels ou à titre universel, le créancier chirographaire ne deviendra jamais partie aux contrats conclus par son débiteur ; il est et restera toujours un tiers à ces contrats. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Code civil a dû aménager quelque peu la situation de ces tiers en leur accordant des actions qu'il présente comme des exceptions au principe de l'effet relatif des contrats.

Le droit civil offre alors deux actions, curieusement envisagées comme exception au principe de l'effet relatif du contrat, l'action oblique (C. civ., art ; 1341-1) et l'action paulienne (C. civ., art. 1341-2).

A – L'action oblique

323. Définition. – Prévues par l'article 1341-1 du Code civil⁵⁸¹, l'action oblique permet à un créancier d'exercer les droits et actions de son débiteur négligent et insolvable : « *lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur* ». Elle permet ainsi à un créancier, mais seulement à celui-ci, d'exercer, à la place de son débiteur, les droits et actions, quelles qu'elles soient pourvu qu'elles ne soient pas personnelles, « *exclusivement attachées à la personne* », et qui sont certaines, liquides et exigibles.

Deux rapports juridiques et trois personnes sont donc nécessaires. Un lien d'obligation (pas nécessairement contractuel) entre une personne, couramment appelée *créancier poursuivant*, et une autre, le *débiteur principal*, elle-même liée à une troisième personne, appelée *tiers poursuivi* ou *sous-débiteur*. Par l'action oblique, le créancier poursuivant pourra ainsi exercer, contre le tiers poursuivi, les droits et actions du débiteur principal, comme s'il était ce débiteur principal ou, plus exactement, à sa place.

Deux conséquences en résultent.

En premier lieu, exerçant les droits de son débiteur, le créancier poursuivant ne peut disposer de plus de droits que ce débiteur n'en a lui-même : le créancier poursuivant est contraint par les limites que le droit du débiteur principal connaît à l'égard du tiers poursuivi de sorte que l'action engagée se soumettra aux conditions que le débiteur principal aurait lui-même subies.

En second lieu, l'action oblique n'ayant pas pour effet de permettre au créancier

⁵⁸¹ C. civ., ancien art. 1166 : « *néanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* ».

poursuivant de se substituer au débiteur principal mais simplement de lui assurer la faculté d'exercer une action à sa place, le fruit de son action demeurera dans le patrimoine du débiteur principal. Résultat, le créancier poursuivant sera placé à égalité avec les éventuels autres créanciers du débiteur principal pour être payé de sa créance.

1 – Conditions de l'action oblique

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

La première condition est donc la *carence* du débiteur principal à exercer une action contre le tiers, carence qui porte atteinte aux droits des créanciers, et, principalement, du créancier poursuivant. C'est cette situation de carence, d'inaction qui justifie que le créancier poursuivant soit autorisé à prendre sa place, c'est-à-dire à s'imiscer dans ses affaires. Peu importe que ce cette carence soit intentionnelle ou de pure négligence⁵⁸².

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

Il s'agit donc de tous les droits ou actions de nature patrimoniale dont dispose le débiteur principal : action en paiement, en résolution d'un contrat⁵⁸³, en réparation, en nullité⁵⁸⁴, en garantie, etc., droits substantiels ou droits ou actions processuels, comme une inscription d'un droit soumis à publicité, la déclaration d'une créance dans le cadre du redressement judiciaire du débiteur du débiteur, des saisies, une déclaration de sinistre, etc.

Plus difficile est le cas des options ou des facultés : le créancier peut-il accepter l'offre de contracter faite au débiteur, à sa place, peut-il agréer un cessionnaire, peut-il exercer le droit d'option du débiteur bénéficiaire d'une promesse de contracter, etc. ? La considération d'une option comme créant un droit né permet de l'admettre⁵⁸⁵, ce qui paraît cependant aller très au-delà de la simple considération du patrimoine de son débiteur par le créancier. Dès lors l'exercice d'une option relève difficilement de l'action oblique dans la mesure où l'exercice d'une option, par exemple relève du consentement du débiteur. En revanche, l'exercice ou le non-exercice d'une option dans des conditions frauduleuse des droits du créancier s'inscrit dans le domaine des actions

⁵⁸² Cass. Civ. 1ère, 28 mai 2002, n° 00-11049, RTDciv., 19 avr. 2002, p. 513 ? obs. J. Mestre et B. Fages, Cass. civ. 17re, 5 avr. 2005, RTD civ. 2005, p. 598, obs. J. Mestre et B. Fages ?

⁵⁸³ Cf. Cass. civ. 3ème, 14 nov. 1985, D. 1986, p. 368, note J.-L. Aubert, *RTD civ.* 1986, p. 599, obs. J. Mestre.

⁵⁸⁴ Cf. J.-L. Aubert, « Le droit pour un créancier d'agir en nullité des actes passés par un débiteur », *RTD civ.* 1969, p.692.

⁵⁸⁵ En ce sens I. Najjar, *Le droit d'option, contribution à l'étude des droits potestatifs et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, n°77.

pauliennes.

Sont exclus du jeu de l'action oblique les droits des droits et actions « *exclusivement attachés à la personne* » ce qui recouvre les droits et actions de nature extrapatrimoniale (action en divorce, en reconnaissance d'enfant naturel, action en paiement d'une pension alimentaire) mais aussi certains droits de nature patrimoniale mais exclusivement attachés à la personne, comme les droits ou actions portant sur des biens insaisissables ou inaliénables⁵⁸⁶, l'action en réparation d'un préjudice moral, une action en séparation de biens, la révocation d'une donation, mais aussi les droits et actions portant sur des biens ayant un caractère personnel ou familial (Cf. en matière de régime matrimoniaux, C. civ., art. 1402) ce qui peut alors étendre l'exception aux outils, ustensiles et matériels d'une profession libérale,.

325. Conditions tenant aux rapports entre créancier poursuivant et débiteur principal.

– L'article 1166 du Code civil ne s'intéresse qu'aux rapports entre débiteur principal et tiers poursuivi ; il n'envisage pas les conditions de l'action oblique tirées de la relation entre créancier poursuivant et débiteur principal. Cependant, comme l'article 1166 évoque un créancier et un débiteur, on en déduit bien évidemment qu'un lien d'obligation doit exister entre eux. La jurisprudence ajoute à ce lien d'obligation la nécessité d'un intérêt sérieux et légitime du créancier et que la créance soit liquide, exigible et fongible⁵⁸⁷. Cet ajout est a priori inutile car il repose sur les principes généraux de procédure civile, mais il a permis de mieux cerner les conditions d'exercice de l'action oblique par le créancier poursuivant et, dans une certaine mesure, de limiter l'ingérence dans les affaires du débiteur que constitue l'action oblique.

2 – Effets de l'action oblique

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

B. – L'action paulienne

327. Définition. – L'article 1341-2 du Code civil ajoute une autre action de nature à préserver le droit de gage général d'un créancier, l'action paulienne, dont

⁵⁸⁶ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, *Bull. civ. I*, n°150.

⁵⁸⁷ Cf. Cass. req. 25 mars 1924, *DH* 1924, 1, 282.

l'origine remonte au droit romain et plus exactement à une sentence un prêteur ou d'un jurisconsulte appelé Paul auquel on doit les célèbres sentences, quoique l'action paulienne avait, en droit romain des caractères différents.

Ainsi la *venditio bonorum*, tel était son nom, était une sorte de procédure collective. Ainsi elle était exercée *ut universis*, pour le bien de tous les autres créanciers par un « *curateur aux biens* » et était pénalement sanctionnée⁵⁸⁸. L'article 1341-2 du Code civil dispose que « *le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposable un acte fait par son débiteur en fraude de ses droits à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte onéreux, que le tiers contractant avait connaissance de la fraude* »⁵⁸⁹.

A la différence de l'action oblique, c'est la fraude du débiteur, et non sa simple négligence qui est ici poursuivie, lorsque, par exemple, un débiteur tente de soustraire à son patrimoine quelque actif, à son profit ou au profit de tiers, au détriment des créanciers. Par exemple, un débiteur effectue des dons à des proches pour échapper à ses créanciers, ou effectue des achats à ses proches pour épuiser son crédit, pour les mêmes raisons : il s'agit donc d'une forme d'organisation civile de l'insolvabilité. Un acte d'appauvrissement est, ainsi, un acte qui fait sortir du patrimoine du débiteur un bien sans contrepartie ou presque, concernant au premier chef les actes à titre gratuit, donations, renonciation à une succession ou à un legs mais aussi les actes à titre onéreux conclus à des conditions anormales et dont, par exemple, le caractère lésionnaire pourrait être repéré comme une vente à un prix réduit⁵⁹⁰ ou bien encore un contrat conclu à des conditions normales mais qui altère fortement la valeur du bien comme un bail d'une très longue durée⁵⁹¹. En revanche, une renonciation à un enrichissement n'est pas une condition d'ouverture de l'action paulienne, comme la renonciation à une donation à la différence de la renonciation à une succession.

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

1. – Conditions de l'action paulienne

328. Conditions tenant aux actes attaqués. – La première condition est l'organisation de l'insolvabilité du débiteur. La Cour de cassation considèrerait que même en cas d'absence d'insolvabilité, l'action paulienne peut être engagée

⁵⁸⁸ O. Barret, *L'appauvrissement injuste aux dépens d'autrui en droit privé*, Thèse Paris I, 1985.

⁵⁸⁹ C. civ., ancien art. 1167 : « *Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre "Des successions" et au titre "Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux", se conformer aux règles qui y sont prescrites* ».

⁵⁹⁰ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 13 janv. 1993, *Bull. civ. I*, n°5 (vente d'un bien au dessous de sa valeur vénale, Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 1996, *Bull. civ. I*, n°235 ; donation déguisée (vente à un prix fictif).

⁵⁹¹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 1995, *Bull. civ. I*, n°324.

lorsque l'acte attaqué a eu pour effet de rendre impossible l'exercice du droit spécial dont disposait le créancier sur la chose aliénée⁵⁹², de même que s'agissant de paiements réalisés par des moyens inhabituels⁵⁹³. En principe, tous les actes juridiques effectués par le débiteur peuvent être attaqués. Par ailleurs, seuls des actes juridiques sont susceptibles d'une action paulienne dans la mesure où la fraude suppose une manifestation de volonté que l'on ne retrouve que dans un acte juridique ; la notion de fraude paulienne est étrangère aux faits juridiques et laisse la place à la notion de faute.

L'acte doit par ailleurs avoir été commis en toute connaissance de cause, intentionnellement, afin de causer un préjudice au créancier, voire de lui nuire.

De ce point de vue, une distinction était faite entre les actes à titre gratuit, supposant la complicité du tiers, ou à titre onéreux au profit du tiers, ou son implication ou sa bonne foi était indifférente. L'article 1341-2 reprend cette distinction à son compte.

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

2 – Effets de l'action paulienne

330. Inopposabilité. – Le résultat de l'action paulienne est l'inopposabilité de l'acte frauduleux à l'égard du créancier poursuivant, et point une sanction aussi drastique que la nullité de l'acte. Le créancier eut agir comme si l'acte frauduleux n'existait pas à son égard, lui permettant de saisir le bien entre les mains du tiers-acquéreur, ce qui suppose toutefois une seconde action. Ce n'est pas en effet l'action paulienne qui produit ce résultat directement⁵⁹⁴. Simplement, elle permet au créancier de considérer que, à son égard, tout se passe comme si, rétroactivement, l'acte ne s'était pas produit de façon à saisir le bien comme s'il n'avait pas été vendu à bas prix ou donné, d'exercer une action sur les biens d'une succession comme si le débiteur l'avait acceptée.

Le tiers peut cependant désintéresser le créancier poursuivant en versant une

⁵⁹² Cass. civ. 3ème, 6 oct. 2004, n° 03-15392, RTD civ. 2005, p. 120, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁹³ Cass. com. 1^{er} avr. 2008, n° 07-11911, D. 2008, p. 1142, obs. A. Lienhard, RTDciv. 2008, p. 301, obs. B. Fages.

⁵⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2006, *Bull. civ.* I, n°268.

indemnité en sorte qu'il bénéficie d'une sorte d'option consistant à rendre le bien ou à verser le montant de sa valeur.

L'acte n'est cependant qu'inopposable : dans les relations entre le débiteur et le tiers⁵⁹⁵, l'acte demeure et doit être exécuté, quitte à permettre au tiers d'exercer un recours en garantie contre le débiteur, à cause duquel il a été évincé. En outre, les autres créanciers du débiteur ne profitent pas de l'action, ce qui résulte de la sanction, l'inopposabilité, qui produit un effet individuel, à la différence de l'action oblique⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Cass. com. 14 mai 1996, *Bull. civ. IV*, n°34, *RTD civ.* 1997, p. 942, obs.J. Mestre.

⁵⁹⁶ V. toutefois, lorsque l'action paulienne est exercée par un organe de la procédure collective, dans l'intérêt collectif des créanciers : Cass. com. 13 nov. 2001, *Bull. civ. IV*, n°178.

CHAPITRE 3. – LA CIRCULATION DU CONTRAT

331. Lien et bien contractuel. – Le contrat est un lien entre personnes, mais est aussi une valeur, un bien susceptible d'échange, de circulation, pour employer un terme devenu classique⁵⁹⁷. Nous avons déjà, à travers certaines questions touchant à l'effet relatif du contrat, rencontré quelques uns des aspects touchant à la conclusion d'un sous contrat ou bien encore de la reconnaissance des actions directes dans les contrats, de la stipulation pour autrui, autant d'exemple des effets du contrat au-delà des contractants. De même, le régime des obligations montre bien des situations de circulation des obligations, cession de créance, cession de dette, subrogation, délégation de créance notamment.

332. Cession de contrat. – Autre cependant est la question de cession du contrat⁵⁹⁸ formule par laquelle une partie à un contrat déjà conclu le contrat ou plus exactement sa position contractuelle, celle de bailleur, de locataire, de franchisé, de mandataire, etc. L'opération met alors en scène trois personnes, le cédant, qui sort en principe de l'opération, le cessionnaire qui deviendra le nouveau contractant et le cédé, qui demeure. On peut s'entendre sur les termes utilisés : cession, cédant, etc., il s'agirait donc d'un contrat de vente ayant pour objet un contrat. Par exemple un concessionnaire cède sa qualité de distributeur à un nouveau contractant, un nouveau concessionnaire. Certaines règles légales connaissent des cessions de contrat particulières par exemple en matière de cession de bail (C. civ., art. 1717), l'impose parfois (Cf. not. C. civ., art. 1743, cession de la position de bailleur avec la cession du bien loué, C. com., art. L. 145-16, cession de bail commercial accompagnant la cession d'un fonds de commerce, C. trav., art. L. 1224-1, transmission des contrats de travail avec l'entreprise, etc.), l'interdit parfois (C. rur., art. L. 411-35 à propos de la cession d'un bail rural ; L. 6 juill. 1989, art. 8, s'agissant de la cession d'un bail d'habitation).

333. Cession conventionnelle de contrat. Avant 2016 aucune disposition générale n'envisageait l'hypothèse de la cession de contrat. La doctrine s'interrogeait sur ce mécanisme, « cession de contrat » proprement dite », cession de créance et de dette (alors interdite), changement conventionnel de contractant⁵⁹⁹, mécanisme de substitution de contractant⁶⁰⁰ ou « cession de position contractuelle »⁶⁰¹. Depuis Laurent Aynès, la conception contemporaine

⁵⁹⁷ Comp. M.-L. Izorche, *Circulation du contrat*, J.-Cl. Contrats-distribution, fasc. 160.

⁵⁹⁸ Cf. L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984.,

⁵⁹⁹ Cf. D. R. Martin, « Du changement de contractant », *D.* 2001, Chr. P. 3144.

⁶⁰⁰ E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ, 1999 ; « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998, Chron. p. 356.

⁶⁰¹ L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, op. cit. ; I. Najjar, « Clause de substitution et « position contractuelle », *D.* 2000, Chr. p. 635.

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

Même ainsi cependant, la doctrine opposée à la reconnaissance de l'opération considérait, par une conception très subjective du contrat, d'une part que la volonté sert à former le contrat de sorte qu'une partie ne saurait le défaire seule, ce que suppose l'accord du cédé. Dès lors, si le cédé ne donne pas son accord, la cession lui est inopposable, et s'il donne son accord, un nouveau contrat se forme entre le cédé et le cessionnaire : il n'y a donc pas de cession conventionnelle de contrat⁶⁰².

A l'inverse, les auteurs favorables à cette reconnaissance se fondaient sur une conception objective du contrat, le contrat est un bien, susceptible de circulation : le contrat, bien, peut être cédé comme n'importe quel élément du patrimoine d'une personne et le cessionnaire devient partie au contrat⁶⁰³.

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

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

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

⁶⁰² J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, op. cit., n° 689. C Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes*, Th. Paris II, 1978.

⁶⁰³ Cf. L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, op. cit.

ni utile.

Une autre manière de présenter le débat repose sur les qualités du contrat, selon qu'il est conclu *intuitu personae* ou non et donc sur le point de savoir si, par nature et en l'absence de toute clause ou situation particulière le contrat présente ou non un *intuitu personae*. Face à un contrat conclu *intuitu personae* l'accord du cédé s'impose puisque la personne du contractant devient un des éléments fondant l'accord des parties, alors qu'en son absence, le contrat, anonyme, serait librement cessible. Tout contrat peut donc être cédé, même un contrat conclu *intuitu personae*⁶⁰⁴. Dans cette dernière hypothèse supposant l'accord du cédé, par une clause le validant ou au moment de l'opération. Dès lors, le cédé disposerait de la possibilité de rompre le contrat si son accord n'a pas été requis et que le cessionnaire ne lui convient pas voire d'un droit d'agrément, même en l'absence de clause, susceptible de contrôle⁶⁰⁵.

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

De manière voisine, bien des opérations de circulation, directe ou indirecte, d'un contrat, se produisent sans cession, comme c'est le cas des opérations de fusion, de restructuration d'une société contractante plus exactement⁶⁰⁶, ou d'une opération de cession de contrôle d'une société. La question de la transmission du contrat en cas de fusion de sociétés pose difficultés : la fusion de sociétés est une opération par laquelle une société absorbe une autre société qui est alors dissoute, ou bien dans la laquelle deux sociétés sont absorbées par une société nouvelle créée à ce effet. Il s'agit essentiellement d'une opération qui a des incidences sociétaires, sociales, fiscales. Les règles du droit des sociétés

⁶⁰⁴ Cf. Cass. com. 7 janv. 1992, n° 90-14831, *D.* 1992, somm. 278, obs. L. Aynès, *RTD civ.* 1992, p. 762, obs. J. Mestre : « le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers, dès lors que l'autre partie y a consenti », Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, *D.* 2001, p. 1345, note D. Krajesji, *RTD civ.* 2000, p. 571, obs. J. Mestre et B. Fages, à propos de la cession d'une convention d'honoraires, contrat éminemment *intuitu personae*. Jurisprudence antécédante : Cass. Com. 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n°117, *D.* 1997, p. 588, note M. Billieu et Ch. Jamin, *Contrats, conc. consom.*, 1997, n°146, obs. L. Leveneur, Defrénois 1997, p. 977, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 1997, p. 936, obs. J. Mestre. Adde L. Aynès, « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *D.* 1998, Chr. p. 25, C. Larroumet, « La cession de contrat : une régression du droit français ? », *Mélanges M. Cabrillac*, 1999, p.151 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 déc. 2001, *D.* 2002, p. 984, note M. Billau et Ch. Jamin. Adde. C. Larroumet, « La descente aux enfers de la cession de contrat », *D.* 2002, Chr. P. 1555 (exigeant que les conditions de la délégation de créance soient réunies).

⁶⁰⁵ Cf. Cass. com. 3 nov. 2004, *JCP* éd. E, 1177, n°1, obs. D. Mainguy, *RDC* 2005, p. 1130, obs. M. Béhar-Touchais : « le contrat de concession exclusive a été résilié et (...) les relations entre les parties ont repris peu de temps après par un contrat verbal, l'arrêt détermine souverainement le contenu du nouveau contrat en retenant qu'il stipule l'impossibilité de céder le contrat sans accord préalable du concédant, dont le droit d'agrément est limité par l'abus »

⁶⁰⁶ Cf. C. Prieto, *La société contractante*, PUAM, 1994, « Evénements affectant la personne de la société contractante », in J. Mestre (dir.), *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 81.

disposent que fusion emporte dissolution de la société absorbée et transmission universelle de son patrimoine dans celui de la société bénéficiaire (C. com. art. L. 236-3). La société recueille ainsi l'actif et le passif de la société, sur le modèle du décès d'un contractant : le principe est donc la transmission du contrat à la société bénéficiaire sauf clause à cet effet. Toutefois le décès d'un contractant emporte parfois rupture du contrat notamment s'agissant des contrats conclus *intuitu personae* et la jurisprudence reprend cette solution en matière de fusion de sociétés⁶⁰⁷.

337. Clauses relatives à la circulation du contrat. – Face à ces incertitudes, l'idéal consiste à opter pour une clause délimitant clairement les conditions et les effets d'une telle circulation⁶⁰⁸.

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

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

Il peut s'agir à l'inverse de favoriser la circulation du contrat, par exemple face à une licence de marque, de brevet ou de logiciel consentie à un groupe de sociétés⁶⁰⁹.

De façon médiane cependant et plus couramment, les clauses en la matière assurent un contrôle de la circulation via des clauses d'agrément, sur le modèle des formules rencontrées très ordinairement dans les contrats de bail commercial. Celles-ci supposent, avec une grande variété de stipulations, que la circulation recueille l'avis du cédé. Il est remarquable, alors, qu'un tel agrément soit, d'une part, proposé même en l'absence de clause⁶¹⁰ mais surtout que sa mise en œuvre est contrôlée de telle manière que le non-agrément établi de mauvaise foi soit sanctionné au nom de l'abus du droit d'agréer ou de ne pas agréer⁶¹¹.

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

⁶⁰⁷ Cf. Cass. com. 13 déc. 2005, *Bull. civ. IV*, n°255; Cass. Com. 7 juin 2006, *Bull. Joly*, soc. 2006, p. 1491, note M.-L. Coquelet (transmission des actions en justice), Cass. com. 8 nov. 2005 (2arrêts), *Bull. civ. IV*, n°218 et 219, *Bull. Joly*, soc. 2006, p. 344, note P. Le Cannu, *RDC* 2006, obs. D. Houtcieff (transmission de plein du contrat de cautionnement).

⁶⁰⁸ Cf. L. Aynès, « Les clauses de circulation du contrat », in J. Mestre (dir.), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM 1990.

⁶⁰⁹ Cf. D. Mainguy, « Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée », *Rev. soc.* 1996, p. 17.

⁶¹⁰ Cf. Cass. Com. 3 nov. 2004, préc.

⁶¹¹ Cf. cass. Com. 2 juill. 2002, *JCP*, 2003, II, 1002, note D. Mainguy, *RDC* 2003, p. 152, obs. M. Béhar-Touchais (admission de l'abus), Cass. Com. 5 oct. 2004, *RDLC* 2004/12, p.5, note J.-L. Respaud et D. Mainguy, *RDC* 2005, p. 384, obs. M. Béhar-Touchais (Rejet de l'abus).

Le principal effet de la cession de contrat est d'emporter transmission de la position contractuelle du cédant, comme si un « transfert de propriété » de cette position contractuelle s'était opéré du fait de la « cession ». En toute hypothèse, il en résulte que ce n'est pas un nouveau contrat qui se forme entre le contractant cédé et le cessionnaire⁶¹², mais bien la poursuite du premier, avec toutes ses qualités mais aussi ses éventuels défauts : c'est le même contrat qui se poursuit. L'accord donné par le cédé vaut par ailleurs libération du cédant pour l'avenir (C. civ., art. 1216-1) ; il demeure donc tenu des dettes antérieures (sauf accord contraire). A défaut d'accord, le cédant demeure solidairement tenu des dettes du cessionnaire, ce qui suppose donc que la cession puisse opérer même sans l'accord du cédé, le cédant demeurant solidairement tenu, puis toujours tenu par le contrat.

⁶¹² Cass. com., 12 oct. 1993, *Bull. civ.* IV, n333, *D.* 1994, p. 353, note O. Playoust, *JCP* 1994, I, n° 3744, obs. M. Billiau, *JCP* éd. G 1994, I, 3759, obs. M. Cabrillac et P. Petel, *RJDA* 1994, n° 211.

CHAPITRE 4 – L'INEXÉCUTION DU CONTRAT ET SES REMÈDES

339. 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.

340. 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 chose⁶¹³. 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.

341. 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'échange⁶¹⁴, généralement décriée en droit français⁶¹⁵. 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

⁶¹³ 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).

⁶¹⁴ 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.

⁶¹⁵ 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.

342. 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.⁶¹⁶.

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 ;

⁶¹⁶ 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 traiter l'incompatibilité éventuelle n'est proposé par exemple pour privilégier telle demande et rejeter telle autre⁶¹⁷.

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, unilatéralement⁶¹⁸, sous le contrôle, alors, mais éventuel, du juge.

343. 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

344. 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

⁶¹⁷ Comp. Ph. Delebecque, « *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat* », Dr. et Pat. 2016, n° 259, p. 62.

⁶¹⁸ 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* »⁶¹⁹. 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

345. 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

⁶¹⁹ 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 doctrine⁶²⁰ et retenue par la jurisprudence⁶²¹.

346. 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 moyens⁶²², à moins que ce soit la loi (Cf. C. civ., art. 1197⁶²³).

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.

347. 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

⁶²⁰ 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. Béliessent, *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.

⁶²¹ 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.

⁶²² 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.

⁶²³ 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 magasin⁶²⁴ alors qu'il assume une obligation s'agissant des produits qu'il vend.

348. 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.

349. 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 médecin⁶²⁵.

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

⁶²⁴ 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.

⁶²⁵ 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.

350. 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.

351. 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 civil⁶²⁶.

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 particulière⁶²⁷. 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

⁶²⁶ 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).

⁶²⁷ 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).

guérir⁶²⁸, 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 utilisés⁶²⁹. 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 moins⁶³⁰, même lorsqu'il s'agit de risques graves⁶³¹. En revanche, la correcte assimilation des informations transmises est un résultat attendu par le créancier d'information mais qui relève d'une obligation de moyens⁶³².

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 transport⁶³³. 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 descente⁶³⁴, 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 gare⁶³⁵ 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 délictuelle⁶³⁶.

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

⁶²⁸ 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.

⁶²⁹ 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.

⁶³⁰ 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.

⁶³¹ 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.

⁶³² Cf. Cass. com., 14 mars 1989, *Bull. civ.*, n°89.

⁶³³ Cass. civ. 1ère, 12 déc. 1978, *Bull. civ. I*, n°386.

⁶³⁴ Cass. civ. 1ère, 1er juill. 1969, *D.* 1969.640, *JCP* 1969, II ? 22811, *RTD civ.* 1970.184, obs. G. Durry.

⁶³⁵ Cass. civ. 1ère, 21 juill. 1970, *D.* 1970.767.

⁶³⁶ 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 passive⁶³⁷. En revanche, s'agissant d'un télésiège l'obligation de sécurité n'est de moyens en raison de la participation active permanente du skieur⁶³⁸. On pourrait ainsi multiplier les exemples⁶³⁹.

II. – La gravité de l'inexécution

352. 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* »⁽⁶⁴⁰⁾ 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 contrat⁶⁴¹ : celle-ci peut alors s'opérer immédiatement, sans préavis (cf. infra). Observons alors que

⁶³⁷ 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.

⁶³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1992, *JCP* 1993, II, 22058, *D.* 1994.45, note Ph. Brun.

⁶³⁹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1993, *D.* 1995, somm. p. 66, obs. J. Mouly (à propos de l'exploitant d'un bobsleig).

⁶⁴⁰ 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*.

⁶⁴¹ 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 supplanté⁶⁴² 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 dolosive⁶⁴³ 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 santé⁶⁴⁴ ou en droit du transport : elle est alors une faute qui sert comme un outil utilisé 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 victime⁶⁴⁵.

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

353. 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 patient⁶⁴⁶ 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 particulières⁶⁴⁷. En

⁶⁴² Cf. Cass. com. 3 avr. 1990, *Bull. civ.* IV, n°108.

⁶⁴³ G. Viney, « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.* 1975, chr., p. 263.

⁶⁴⁴ Cf. L. 4 mars 2002, art. 1er, al. 3 qui évoque une « faute caractérisée ».

⁶⁴⁵ 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 ».

⁶⁴⁶ 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.

⁶⁴⁷ 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.

354. 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

355. 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

356. 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 débiteur⁶⁴⁸. 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.

⁶⁴⁸ 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 faient 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* »⁶⁴⁹, 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.

357. 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.

358. 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 oubliés⁶⁵⁰. 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

⁶⁴⁹ 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.

⁶⁵⁰ 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 irrésistibilité⁶⁵¹. 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.

359. 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-même⁶⁵², 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* »⁶⁵³. 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 paiement⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ 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.

⁶⁵² 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.

⁶⁵³ 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. Lachière ; *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.

⁶⁵⁴ 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, 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.-

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 singulier⁶⁵⁵.

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 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

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.

⁶⁵⁵ 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.

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.

360. 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 discutable⁶⁵⁶. 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'éviter⁶⁵⁷.

361. 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 vente⁶⁵⁸ ou la maladie du débiteur⁶⁵⁹ ne sont pas un événement de force majeure⁶⁶⁰. La question s'est essentiellement posée pour la grève : le contractant peut-il s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la grève déclenchée par les salariés de son entreprise ? L'événement, non

⁶⁵⁶ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1994, *JCP* 1994, éd. G, I, 3773, obs. G. Viney.

⁶⁵⁷ 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.

⁶⁵⁸ 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.

⁶⁵⁹ 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.

⁶⁶⁰ 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).

imprévisible et encore moins extérieur ne pourrait jamais être invoqué, sauf à admettre l'hypothèse d'une grève surprise⁶⁶¹ trouvant sa cause hors de l'entreprise⁶⁶².

B – Effets de la force majeure

362. 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 majeure⁶⁶³.

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 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'obligation⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ 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.

⁶⁶² Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 1993, *JCP* 1993, II, 22154 note Ph. Waquet.

⁶⁶³ Cf. déjà, Cass. civ. 3^{ème}, 22 fév. 2006, n° 05-12032, RTDciv. 2006, p. 764, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁶⁶⁴ 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*

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.

- 363. Clause de force majeure.** – Ces dispositions ne sont pas impératives⁶⁶⁵ 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

- 364. 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 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 conditions⁶⁶⁶, 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

produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose ».

⁶⁶⁵ Cf. Cass. com. 8 juill. 1981, *Bull. civ.* IV, n°312.

⁶⁶⁶ Cf. Cass. com. 25 nov. 1997, *Bull. civ.* IV, n°308 ; Cass. civ. 1ère, 17 nov. 1999, *Bull. civ.* I, n°307.

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 responsabilité⁶⁶⁷.

Section 2. – Les remèdes à l'inexécution

365. 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 déçu⁶⁶⁸.

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 ;*
- *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 ».

366. 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 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

⁶⁶⁷ Cf. Cass. com. 24 mai 2005, *Bull. civ.* IV, n°118.

⁶⁶⁸ 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.

367. Talion contractuel : *Exceptio non adimpleti contractus*. – Bien que nul ne puisse se faire justice à soi-même, principe bien discutable, tant les exceptions semblent, nombreuses⁶⁶⁹, une formule, celle de l'*exceptio non adimpleti contractus*, l'exception d'inexécution⁶⁷⁰ et sa résultante éventuelle lorsque l'obligation porte sur une chose, le droit de rétention⁶⁷¹ 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 synallagmatique⁶⁷².

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.

368. 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 réglementaire⁶⁷³.

Il convient en outre que le rapport d'obligation résulte d'un contrat *synallagmatique* ou d'un rapport synallagmatique, comme ceux résultant d'une annulation d'un contrat synallagmatique, mais encore résultants de contrats différents mais considérés comme interdépendants⁶⁷⁴.

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

⁶⁶⁹ 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.

⁶⁷⁰ Cf. C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, LGDJ, 1999.

⁶⁷¹ A. Aynes, *Le droit de rétention, unité ou pluralité*, Economica, 2005.

⁶⁷² Cass. soc. 31 mai 1956, *Bull. civ.* IV, n°503.

⁶⁷³ Cf. Cass. civ. 2^{ème}, 19 janv. 2006, *Bull. civ.* II, n°24.

⁶⁷⁴ Cf. Cass. com. 12 juill. 2005, *JCP* 2005, I, 194, obs. A. Constantin, *RTD civ.* 2006, p. 307, obs. J. Mestre et B. Fages.

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* »⁶⁷⁵ de telle manière que l'exception d'inexécution n'apparaisse pas comme une mesure disproportionnée⁶⁷⁶. L'inexécution n'a pas à être totale, une inexécution partielle, suffisamment grave suffit.

369. 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 imminent⁶⁷⁷.

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.

370. 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 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,

⁶⁷⁵ 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.

⁶⁷⁶ Cf. Cass. civ. 1ère, 18 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n°322.

⁶⁷⁷ 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.

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.

371. 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.

372. 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 identifié⁶⁷⁸.

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).

II – L'exécution forcée d'une obligation

373. 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

⁶⁷⁸ 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).

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 interdisant de demander l'exécution forcée du contrat dans un premier temps et ensuite, la résolution du contrat. Aucune hiérarchie n'existe donc entre ces techniques⁶⁷⁹ et par ailleurs, le choix réalisé s'impose au juge qui ne pourrait, saisi d'une demande d'exécution forcée, prononcer la résolution du contrat⁶⁸⁰.

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'engager⁶⁸¹. Empreint d'une parfaite logique, le raisonnement n'est toutefois pas parfait et peut conduire à des résultats déraisonnables, comme une 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*

⁶⁷⁹ Cf. Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution forcée en nature », *RDC* 2005, p. 161.

⁶⁸⁰ 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.

⁶⁸¹ 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.

l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible »⁶⁸² 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.

374. 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* ».

375. 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 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

⁶⁸² 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).

et s.).

376. 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.

377. 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.

378. 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* mineure⁶⁸³, ou bien le caractère essentiel ou accessoire de celle-ci.

379. 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 affaire opposant le peintre Whistler qui refusait d'achever un tableau à son commanditaire⁶⁸⁴ et qui peut être généralisée à toutes les obligations de faire qui présentent un caractère personne : 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

⁶⁸³ Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, n° 12-16.217.

⁶⁸⁴ Cf. Cass. civ. 14 mars 1900, *DP*, 1900, 1, 497, note M. Planiol.

par 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.

380. 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 ancienne⁶⁸⁵ : 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.

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

⁶⁸⁵ 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.

à cette destruction. Parfois désigné « faculté de remplacement », sa mise en oeuvre, est, désormais informelle, à la différence de la solution prévalant avant 2016, où 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 pratique les obligations *intuitu personae*.

382. 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 astreinte⁶⁸⁶ 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

383. 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 ».

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

⁶⁸⁶ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, préc.

civil⁶⁸⁷ 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 payé⁶⁸⁸. 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

384. 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 contractant⁶⁸⁹).

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.

385. 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*

⁶⁸⁷ 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.

⁶⁸⁸ 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* ».

⁶⁸⁹ 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 »..

grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ».

- 386. 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* »⁶⁹⁰ qui permet aux deux parties de mettre fin au contrat, résultant de l'ancien article 1134, al.2 du Code civil (C. civi. 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 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,

⁶⁹⁰ 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.

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 »⁶⁹¹). 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 conséquences⁶⁹².

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 doctrine⁶⁹³ 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 référé⁶⁹⁴. 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.

387. 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 1998⁶⁹⁵. 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 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 depuis⁶⁹⁶.

⁶⁹¹ Et V. Grenoble, 4 févr. 1999, *D.* 1999, somm., p. 363, obs. Cl. Witz.

⁶⁹² Cf. par ex. Cass. com. 9 juill. 1996, *RJDA* 1996, n°1438.

⁶⁹³ 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.

⁶⁹⁴ Cf. en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, *RTD civ.* 2001, p. 590, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁶⁹⁵ 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.

⁶⁹⁶ 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,

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 contrat⁶⁹⁷, soit en raison du comportement de l'autre partie qui rend impossible le maintien de la relation contractuelle⁶⁹⁸. 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).

388. 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 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.

389. 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

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.

⁶⁹⁷ Comp. *a contrario*, Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, préc.

⁶⁹⁸ Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, préc.

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.

390. 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'est-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.

391. 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 cassation⁶⁹⁹, 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

⁶⁹⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 3 nov. 2011, n° 10-26.203, D. 2012, p. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

éventuellement faire obstacle à une obligation essentielle du contrat, au sens de l'article 1170 du Code de Commerce. 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 locataire⁷⁰⁰, ce qui laisse entier le bénéfice des autres techniques de résolution.

- 392. Types de « résolution ».** Pour le Code de Commerce, 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

- 393. Clause résolutoire.** – La résolution contractuelle prend la forme d'une clause résolutoire⁷⁰¹ qui se présente désormais, de manière supplétive, comme celui proposé par l'article 1225 du Code de Commerce : « *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 stipulée⁷⁰² 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 de Commerce⁷⁰³.

L'article 1225 indique ainsi que « *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* ». 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.

- 394. Clauses résolutoires semi-automatiques et automatiques.** – Le mécanisme ordinaire lorsqu'une clause prévoit simplement que l'inexécution de

⁷⁰⁰ 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, RTD civ. 2017, p. 854, obs. H. Barbier.

⁷⁰¹ Cf. C. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996.

⁷⁰² Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1954, RTD civ. 1954, p. 666, obs. J. Carbonnier.

⁷⁰³ 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.

telle obligation est sanction 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 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 foi⁷⁰⁴.

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.

395. 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 valables⁷⁰⁵, 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.

396. 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 su seul fait de l'ouverture d'une procédure collective est écartée (C. com., art. L. 622-13). De même

⁷⁰⁴ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n°57, et *supra*, n°204 s.

⁷⁰⁵ 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.

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).

397. 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 produit⁷⁰⁶, de même qu'il ne peut tenir compte de la bonne foi du débiteur pour empêcher le jeu de la clause résolutoire⁷⁰⁷.

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 déclencher⁷⁰⁸, ou bien déclenche le mécanisme dans des conditions qui révèlent une telle mauvaise foi⁷⁰⁹.

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

398. 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 :

⁷⁰⁶ Cass. civ. 3^{ème} 5 févr. 1992, *Bull. civ.* III, n°38.

⁷⁰⁷ 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.

⁷⁰⁸ 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.

⁷⁰⁹ 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.

« 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 ».

399. 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 contrat⁷¹⁰, 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.

400. 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 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.

401. Motivation de la notification. La question de la motivation de la rupture est

⁷¹⁰ Cf. Cass. Com. 15 nov. 2011, n° 10-27, n°838, RDC 2021, p. 787, obs. Th. Génicon.

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 motivation⁷¹¹. 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 rupture⁷¹². 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 légitimité⁷¹³, 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.

402. 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 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

⁷¹¹ 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.

⁷¹² 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.

⁷¹³ 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.

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

- 403. 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

- 404. 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* ».

- 405. 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 pérennité⁷¹⁴. 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-concurrence⁷¹⁵ ou de confidentialité, solution très contestable sur le seul fondement de la rupture pour l'avenir du contrat par le jeu de la résolution⁷¹⁶, d'autant que, dans le même temps, la jurisprudence considérait qu'une clause pénale⁷¹⁷ ou les clauses limitatives de responsabilité⁷¹⁸ ou encore les clauses attributives de juridiction⁷¹⁹ 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 demeure, y compris peut-être, les clauses de non-concurrence et de confidentialité, de manière à respecter les prévisions des parties qui ont,

⁷¹⁴ Cf. Cass. Civ. 3ème 1er oct. 2008, n° 07-15.338, RDC 2009, p. 70 obs. Th. Genicon.

⁷¹⁵ Cass. civ. 1ère, 29 nov. 1989, *Bull. civ. I*, n°365, Cass. civ. 1ère, 6 mars 1996, *Bull. civ. I*, n°118, *RTD civ.* 1996, p. 906, obs. J. Mestre.

⁷¹⁶ Mais comp. Cass. soc. 8 déc. 1982, *Bull. civ. V*, n°699.

⁷¹⁷ Cass. civ. 3ème, 26 janv. 2011, n° 10-10.376, RDC 2011, p. 817, obs. Y.-M. Laithier, Cass. civ. 3ème, 6 janv. 1993, *Liaisons jur. et fisc.* 1993, n°667.

⁷¹⁸ 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.

⁷¹⁹ Cass. civ. 1ère, 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.

expressément ou non, envisagé cette situation⁷²⁰. 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 rétractivité 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 concevoir⁷²¹. 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 début⁷²². 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 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

⁷²⁰ Comp. Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 86-19.396, JCP G 1991, II, 21642, note D. Legeais.

⁷²¹ 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).

⁷²² 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.

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

406. 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

407. 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 intérêts⁷²³, 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 dommage⁷²⁴.

408. 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 chance⁷²⁵ : dès lors que la perspective de réaliser un gain est réelle⁷²⁶ et légitime⁷²⁷, ce préjudice est réparable à hauteur de la chance perdue⁷²⁸.

409. 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 indument perçu⁷²⁹.

410. 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*

⁷²³ 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.

⁷²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, *Bull. civ.* I, n°201, *RTD civ.* ; 2005, p. 594, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷²⁵ 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.

⁷²⁶ 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* ».

⁷²⁷ 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).

⁷²⁸ 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.

⁷²⁹ Cf. Cass. civ. 3^{ème} 12 sept. 2019, n° 18-20.727, *RTDciv.* 2019, p. 865, obs. H. Barbier.

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 voyage⁷³⁰, solution très discutable, tant sur le terrain du dommage prévisible que sur celui du lien de causalité.

411. 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.

412. 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 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 doctrine⁷³¹, en matière délictuelle, la Cour de

⁷³⁰ Dijon, 7 oct. 2003, *Resp. civ. et ass.* 2004, n°3, obs. C. Radé.

⁷³¹ 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*

cassation a rejeté cette obligation, décidant que la victime « *n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »⁷³², ce qui est demeuré très discuté, 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.

413. 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 réparation⁷³³ 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'obligation⁷³⁴, lorsqu'une stipulation du contrat dispense le créancier de mettre le débiteur en demeure, même de façon implicite⁷³⁵, par exemple en présence d'un terme et d'une clause pénale⁷³⁶.

B. – Lien de causalité

414. 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

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.

⁷³² 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.

⁷³³ Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, *Bull. ch. mixte* à paraître.

⁷³⁴ Cf. Cass. civ. 3ème, 3 avr. 1973, *Bull. civ.*, III, n°254.

⁷³⁵ Comp. Cass. com. 8 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n°138, *RTD civ.* 2003, p. 503, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷³⁶ Cf. Cass. civ. 3ème, 9 juin 1999, *Bull. civ.*, IV, n°131.

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

- 415. 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.
- 416. 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'inexécution⁷³⁷, 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.
- 417. 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 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'ailleurs⁷³⁸, et

⁷³⁷ Cf. Cas. civ. 3^{ème}, 25 sept. 2002, *Bull. civ.* III, n°170.

⁷³⁸ 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.

tout cas non limité par le taux de l'usure (CMF, art. L. 313-3), selon la Cour de cassation⁷³⁹ 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.

- 418. 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

- 419. 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 contractuelle⁷⁴⁰, 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 absolue⁷⁴¹.

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

⁷³⁹ Cf. Cass. civ. 1ère, 1er déc. 1987, *Bull. civ. I*, n°318.

⁷⁴⁰ Comp. Cass. civ. 15 juin 1959, *D.* 1960, p. 97, note R. Rodière ; Cass. civ. 1ère, 19 janv. 1982, *Bull. civ. I*, n°29, *JCP* 1984, II, 20215, note F. Chabas, *RTD civ.* 1983, obs. G. Durry.

⁷⁴¹ Cass. civ. 17 févr. 1955, *D.* 1056, p. 17, note P. Esmein, *JCP* 1955, II, 8951, note R. Rodière.

420. Clauses extensives, limitatives ou élusives de responsabilité. – Les clauses relatives à la responsabilité⁷⁴² 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 vente⁷⁴³ dont certaines assurent par exemple une garantie dans tout un réseau de distribution⁷⁴⁴ 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.

421. 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-obligation⁷⁴⁵. 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 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

⁷⁴² 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 », *RDAI*. 1985.435 ; B. Starck, « Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité », *D.* 1974. Chr. 157.

⁷⁴³ Cf. P. Ancel, « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente », *RTD com.* 1979.203.

⁷⁴⁴ 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.

⁷⁴⁵ Cf. Ph. Delebecque, *Les clauses d'allègement des obligations*, Th. Aix, 1981. Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 23 fév. 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.

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'adhésion⁷⁴⁶, transforment en obligation de moyens⁷⁴⁷. 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. Cependant 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.

422. **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⁽⁷⁴⁸⁾.

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 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 aérienne⁷⁴⁹.

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

⁷⁴⁶ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1982, préc.

⁷⁴⁷ 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 alléguant l'obligation.

⁷⁴⁸ Cf. Cas. com. 24 janv. 1983, *Bull. civ. IV*, n°29.

⁷⁴⁹ Cf. Paris, 12 déc. 1992, *D.* 1993, p. 98.

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 envisagent 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 absolue⁷⁵⁰, 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

- 423. Définition et caractères de la clause pénale.** – La clause pénale⁷⁵¹ 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 l'exécution. Elle n'est pas définie par l'article 1231-5 du code civil qui n'envisagent que ses effets. Avant 2016, les anciens article 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

⁷⁵⁰ Comp. Versailles, 5 avr. 2002, *RJDA* 2002, n°949.

⁷⁵¹ Cf. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992.

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 dédit⁷⁵² voire des clauses dites d'indemnité d'immobilisation dans les promesses de contracter⁷⁵³, 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 pénale⁷⁵⁴, analyse qui suppose une résiliation non fautive.

424. 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 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*

⁷⁵² Cf. Cass. com. 2 avr. 1996, *D.* 1996, somm. 329, obs. D. Mazeaud, Cass. com. 14 oct. 1997, *Defrénois*, 1998, p. 328, obs. D. Mazeaud.

⁷⁵³ Cf. Cass. civ. 3ème, 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.

⁷⁵⁴ Cf. Cass. civ. 1ère, 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.

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 juge⁷⁵⁵. 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, rarement⁷⁵⁶, 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 exemple⁷⁵⁷. 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.

⁷⁵⁵ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, *Bull. civ. I*, n°218.

⁷⁵⁶ Cf. Cass. soc. 5 juin 1996, *Bull. civ. n°226*, *Defrénois* 1997, p. 737, obs. D. Mazeaud.

⁷⁵⁷ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 1995, *Bull. civ. I*, n° 412, *Defrénois* 1996, p. 365, obs. D. Mazeaud.

PARTIE 4 L'EXTINCTION DES CONTRATS

425. Durée des contrats. – Nous avons déjà rencontré la question de la durée des contrats, essentiellement en termes de classification. Elle oppose les contrats à exécution instantanée ou plus exactement à exécution rapide, puisque les contrats ne sont jamais à exécution véritablement instantanée, même la vente qui en constitue pourtant le modèle connaît une obligation de garantie dont la durée est de deux ans (C. civ., art. 1644), et les contrats à exécution successive. Cette distinction est une distinction purement pratique et, à bien des égards, désuète. La distinction utile est celle qui oppose les contrats de durée, voire de longue durée et les contrats dans lesquels la durée est de peu d'importance.

Le Code civil ne s'est pas préoccupé de l'effet de la durée sur le contrat, de la durée de la prestation ou encore de celles des différents effets du contrat, jusqu'à la réforme de 2016. Cette donnée est en effet fondamentale dans le contrat, s'agissant de la durée du contrat lui-même et, donc, de son extinction, mais aussi de la durée des différents effets du contrat, ou de la question, fondamentale, de l'adaptation du contrat aux changements de circonstances, ou de sa circulation.

L'extinction des contrats à exécution rapide ne pose guère de difficultés : l'exécution spontanée du contrat vaut extinction de ce contrat.

Il en va autrement des contrats durables, des contrats à exécution prolongée, dont les effets principaux s'inscrivent dans la durée. Leur remise en cause pour l'avenir est, en soi, source de difficultés qui se reporte parfois sur la considération de leur passé.

Par ailleurs, nous avons déjà rencontré des modes d'extinction du contrat, l'annulation ou la caducité du contrat, modes extraordinaires de rupture, d'une part parce qu'ils concernent la sanction de la formation du contrat mais aussi parce qu'ils n'ont pas de rapport avec la durée du contrat. En outre, nous avons pu rencontrer la question de la résolution du contrat. Ce mode de rupture constitue, là encore, un mode extraordinaire de rupture du contrat, mais déjà plus proche des questions soulevées en termes d'extinction du contrat, ne serait-ce que pour des raisons sémantiques : résolution contre résiliation du contrat notamment.

426. Durée déterminée et durée indéterminée. – La césure principale opposant les contrats qui s'inscrivent dans la durée repose sur la distinction entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée. Un contrat est à durée déterminée lorsqu'il est conclu pour commencer à une date déterminée et s'achever à une autre date déterminée, ou bien, ce qui revient au même, lorsque l'on connaît la date de début, ou la date de fin, et la durée ((bail d'un an, location d'une voiture pour 24 heures, dépôt d'une voiture pour 1 heure 30, contrat d'abonnement annuel à compter du 1^{er} janvier, etc.). Est également un contrat à durée déterminée le contrat conclu pour durer un « certain temps », non précisément déterminé mais déterminable : un contrat prévu pour durer le temps

d'une mission, un contrat conclu pour assurer le remplacement d'une personne malade par exemple. Le Code civil connaît par exemple cette situation dans le cadre du prêt à usage (C. civ., art. 1899). L'avantage de ces contrats tient au fait que la durée de ces contrats est une donnée contractuelle, un élément de la prévision contractuelle.

A l'inverse, le contrat à durée indéterminée est conclu sans que sa fin soit prévue dans le contrat.

427. Planchers et plafonds. – Sans qu'il soit nécessaire de dresser ici un inventaire, qui serait, en toutes hypothèses, incomplet, bien des durées sont réglementées, avec des sanctions elles-mêmes disparates. Ainsi le bail commercial est en principe conclu pour des périodes de neufs ans, le bail d'habitation a une durée de trois ou six ans selon qu'il est conclu par une personne physique ou une personne morale, etc. A l'inverse des durées que le contrat ne saurait dépasser sont parfois prévues/ les deux exemples les plus connus sont, d'une part le contrat de travail à durée déterminée qui, passé 24 mois, devient un contrat à durée indéterminée, et les clauses d'exclusivité dans les ventes ou les contrats cadres qui ne peuvent dépasser dix ans (C. com., art. L. 330-3).

428. Engagements perpétuels. – Depuis 2016, la section consacrée à la durée commence par l'article 1210 lequel, par une formule étrange, dispose que : « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* ».

Avant la réforme de 2016, cette question n'était pas très claire même si on considérait en général que le droit français prohibait les engagements perpétuels⁷⁵⁸, prohibition dont le fondement à rechercher dans la peur du codificateur de 1804 du retour au servage (Cf. C. civ., art. 696), et donc la nullité de l'engagement perpétuel. La prohibition vaut pour les contrats à durée déterminée en premier lieu : est un contrat perpétuel le contrat prévu pour une durée anormalement longue, une durée supérieure à la vie humaine⁷⁵⁹ ou à la vie professionnelle⁷⁶⁰, qui s'apprécie au cas par cas et non à la lumière de cette fameuse durée de 99 ans qui ne vaut que pour les sociétés (C. com., art. L. 210-2) ou bien un contrat d'une durée inférieure mais dont le renouvellement ou plus exactement le non renouvellement ne dépend que d'une seule partie de sorte que l'autre encourt le risque d'un engagement perpétuel⁷⁶¹.

Or, depuis 2016, l'article 1210 du Code civil considère d'une part que les contrats perpétuels sont *prohibés*, mais en même temps qu'ils sont traités comme des contrats à durée indéterminée ; ils ne sont donc pas prohibés.

Il y a en effet une sorte de confusion entre le contrat de très longue durée, voire perpétuel, et le contrat à durée indéterminée : indéterminée ne signifie pas

⁷⁵⁸ Cf. R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995, p. 437 ; F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Dr. & Patr.* 2000, n°78, p. 60.

⁷⁵⁹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *RTD civ.* 2002, p. 510, obs. J. Mestre.

⁷⁶⁰ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1989, *Bull. civ.* I, N°53, *JCP* 1989, II, 21294, note J.-J. Barbiéri.

⁷⁶¹ Cf. Cass. com. 3 janv. 1989, *Bull. civ.* IV, n°3 ; Cass. com. 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n°339.

indéfinie et c'est la raison pour laquelle ces contrats sont par nature des contrats précaires que les parties peuvent rompre à tout moment. A l'inverse, un contrat à durée indéterminée dans lequel cette faculté de résiliation unilatérale serait paralysée pourrait être considéré comme un engagement perpétuel⁷⁶².

Or, avant 2016, la sanction d'un engagement perpétuel était redoutable : le contrat était nul et de nullité absolue⁷⁶³. Pourtant, cette nullité, son caractère absolu et sa rétroactivité, peuvent présenter des effets pervers : le contractant de mauvaise foi peut ainsi, pour échapper à ses obligations, se réfugier derrière le vice de perpétuité, de sorte qu'il a semblé parfois plus utile de paralyser le mécanisme qui rend le contrat perpétuel, voire de limiter le contrat à une certaine durée ou, inversement de le transformer en contrat à durée indéterminée, ouvrant faculté de résiliation unilatérale⁷⁶⁴.

C'est cette solution qui a été retenue en 2016 et qui permet d'éclairer le caractère apparemment étrange de la présentation de l'article 1210.

429. Extinction ordinaire des contrats à durée déterminée : le terme. – Le « terme » est une notion juridique empruntée au vocabulaire du régime des obligations : ainsi le terme est une modalité de l'obligation qui suspend (terme suspensif) ou éteint (terme extinctif) une obligation. La notion est ici très voisine à ceci près que le terme du contrat est sa date de terminaison. A la date prévue par le contrat, directement ou indirectement, le contrat prend fin, il cesse, automatiquement, de produire ses effets, sans qu'il soit besoin de s'en remettre à la décision d'un juge ou qu'une notification quelconque soit adressée à l'une ou l'autre des parties : les parties sont libérées de leurs engagements, pour l'avenir. Pour le passé en effet, la cessation du contrat n'affecte en rien les exécutions réalisées.

Par ailleurs, cette cessation est sans rémission : aucun droit au renouvellement n'est reconnu aux parties, sauf hypothèse particulière, comme en matière de bail commercial (cf. C. com., art. L. 145-8, quoiqu'il s'agisse d'une fausse hypothèse de droit au renouvellement, comp. C. rur., art. L. 411-1 pour un véritable droit au renouvellement dans le bail rural). Ainsi un contrat conclu le 1^{er} janvier de l'année n pur une durée d'un an, cesse de produire ses effets le 31 décembre à minuit.

Ainsi, l'article 1212 dispose que le contrat conclu pour une durée déterminée doit être exécuté jusqu'à son terme. Rien de nouveau, sinon une interrogation s'agissant de la sanction de cette situation face à la question classique de la rupture d'un contrat à durée déterminée avant ce terme, et dont la solution est à identifier dans les techniques de résolution unilatérale du contrat.

De même, le renouvellement d'un contrat ne peut être exigé, sans doute mais avec quelques réserves. Ainsi un renouvellement est toujours possible, ne serait-

⁷⁶² Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, *Bull. civ.* I, n°132, *RTD civ.* 2006, p. 762, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷⁶³ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 20 févr. 1991, *JCP* 1992, éd. N, II, 22.

⁷⁶⁴ Cf. Cass. com. 19 mars 2002, préc., F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », art. préc.

ce que par l'effet de la volonté des parties ou l'effet d'une clause dite de tacite reconduction.

Toutefois, l'article 1214 précise qu'un renouvellement peut s'imposer par l'effet de la loi, et on songe à quelques situations particulières dont celles des baux ruraux (plus qu'à celui des baux commerciaux où le non-renouvellement est toujours possible à condition d'en payer le prix).

Une autre situation relève de la considération de l'abus du droit de ne pas renouveler un contrat, en présence d'une clause le prévoyant, ou alors qu'un contrat s'est renouvelé à plusieurs reprises ou encore qu'une forme de promesse de renouvellement a pu encore être exprimée par exemple du fait de l'exigence d'investissements importants⁷⁶⁵. Rien en revanche sur l'exigence de motivation justifiant le nou renouvellement ou encore sur l'indemnisation éventuellement due, questions qui, dans le champ des contrats d'affaires et des contrats de distribution notamment, demeure donc en suspens, ou plus exactement, en défaveur de leur prise en compte.

430. Reconduction et prorogation du contrat. – Pour autant, cette solution n'est pas sans possibilité d'aménagement et la pratique contractuelle en connaît deux, la technique de reconduction et la technique de prorogation.

Les parties peuvent d'abord décider de renouveler le contrat à durée déterminée. Cette décision doit nécessairement intervenir avant l'arrivée du terme ou au pire au moment où le terme survient.

Ce renouvellement peut résulter d'une décision spontanée, l'un des contractants proposant le renouvellement à l'autre, éventuellement via une renégociation du contrat. Il peut, ordinairement résulter d'une clause du contrat : souvent une clause de tacite reconduction⁷⁶⁶ (« *le contrat est prévu pour une durée de un an, il se renouvellera ensuite par tacite reconduction* »). Le renouvellement d'un contrat est en effet appelé *reconduction* du contrat. Le contrat reconduit est un nouveau contrat⁷⁶⁷ qui prend effet au moment où le précédent prend fin et il est exactement le même que le contrat initial, auquel il emprunte tous les éléments, à un détail près cependant : le contrat reconduit n'emprunte pas, sauf précision contractuelle, la durée du contrat initial. Il en résulte que le contrat reconduit est,

⁷⁶⁵ Cass. com. 5 avr. 1994, Bull. civ. IV, n°149, D. 1995, somm. p. 90, obs. D. Mazeaud, JCP 1994, I, 3803, obs. Ch. Jamin, Contrats conc. consom. 1994, n° 159, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1994, p. 604, obs. J. Mestre, Cass. com. 20 janv. 1998, Bull. civ. IV, n°40, D. 1998, p. 413, note C. Jamin, Somm. p. 333, obs. D. Ferrier, Contrats conc. consom. 1998, n°56, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1998, p. 675, obs. J. Mestre. Comp. Cependant, pour l'échec au renouvellement d'un contrat à durée déterminée dans le respect du préavis contractuel, malgré l'exigence d'investissements : Cass. com. 4 janv. 1994, Bull. civ. IV, n° 13, D. 1995, p. 355, note G. Virassamy, som., p. 90, obs. D. Mazeaud, JCP 1994, I, 3757, obs. Ch. Jamin, Contr. conc. consom. 1994, n°69, note L. Leveneur.

⁷⁶⁶ V. cependant pour une clause de reconduction expresse : Cass. com. 17 nov. 1992, Bull. civ. IV, n°356 et, surtout, dans les contrats de consommation contenant une clause de reconduction tacite, cf. C. consom., art. L. 136-1, imposant l'obligation pour le professionnel d'informer, trois mois avant l'échéance de la possibilité de faire échec à la reconduction.

⁷⁶⁷ Cf. Cass. civ. 1ère, 17 juill. 1980, Bull. civ. I, n°220, Cass. com. 13 mars 1990, Bull. civ. IV, n°77; Cass. com. 6 févr. 2001, JCP 2001, I, 370, obs. A. Constantin.

en principe, un contrat à durée indéterminée⁷⁶⁸, sauf si les parties ont prévu un mécanisme de reconduction prévoyant une nouvelle durée déterminée, identique ou non à la première d'ailleurs (« *le contrat est prévu pour une durée de deux ans, il se renouvellera ensuite par tacite reconduction pour une nouvelle durée de deux ans et ainsi de suite (ou de un an)* »).

L'article 1214, alinéa 2 du Code civil règle de manière identique la question : « *le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée* ». Le nouveau contrat est donc un contrat identique à celui auquel il se substitue, sauf la question de la durée, à moins bien entendu que les parties aient prévu que le contrat renouvelé, ou reconduit, serait un contrat à durée déterminée.

Restait l'hypothèse de la continuation du contrat, après le terme, alors que les parties n'ont pas prévu de clause relative au renouvellement du contrat ou qu'aucune manifestation expresse de volonté de renouvellement ne s'est exprimée : ce qui se déroule ensuite relève-t-il de l'extracontractuel, d'une forme allégée de contrat ou d'une technique, implicite de reconduction ? L'article 1215 tranche en faveur de cette dernière solution, ce qui était déjà connu du bail par exemple.

En outre, la question de la reconduction des contrats à durée déterminée pose difficulté chaque qu'une formalité quelconque est exigée pour sa formation ou bien s'agissant des éventuelles sûretés qui ont pu accompagner la conclusion du contrat, comme un contrat de cautionnement. Ainsi, les contrats solennels doivent en principe faire l'objet de nouvelles formalités, ce qui pose difficulté bien souvent, par exemple lorsqu'il s'agit d'un formalisme validant : l'exigence d'un écrit est par hypothèse exclue chaque fois le contrat est tacitement reconduit. On pourrait admettre que le nouveau contrat emprunte les conditions de forme du premier, sauf lorsque le formalisme est informatif ou destiné à assurer l'opposabilité du contrat aux tiers comme en matière de propriété intellectuelle, ce qui serait cependant curieux, dans la mesure où les conditions de formes validantes seraient alors moins bien sanctionnées en cas de reconduction. De même, certaines obligations d'information formelles doivent être répétées : c'est le cas de l'offre préalable de crédit (C. consom., art. L. 311-19)⁷⁶⁹ l'obligation d'information précontractuelle imposée dans certains contrats de distribution (C. com., art. L. 330-3)⁷⁷⁰.

La **prorogation** du contrat, consiste, avant l'expiration du contrat, à modifier, la durée en repoussant le terme et « proroger » le contrat : c'est alors, à la différence de la reconduction, le même contrat qui se poursuit, par un accord exprès avant l'échéance du contrat ou par une clause de prorogation tacite dans

⁷⁶⁸ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, *Bull. civ. I*, n°413, *D.* 2006, p. 587, note M. Mekki, *Defrénois*, 2006, p. 828, obs. C. Le Gallou, *RDC* 2006, p. 696, obs. Y.-M. Laithier, *RTD civ.* 2006, p. 114, obs. J. Mestre et B. Fages ; curieusement cependant, cet arrêt précisait que le nouveau contrat est à durée indéterminée, mais que « *les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques* ».

⁷⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, *Bull. civ. I*, n°116, *RTD civ.* 2003, p. 498, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷⁷⁰ Cf. Cass. com. 14 janv. 2003, *RTD civ.* 2003, p. 498, p. 498, obs. J. Mestre et B. Fages.

le contrat lui-même. Le grand avantage de ce mécanisme pourtant bien connu et utilisé que le précédent tient au fait que si c'est le même contrat qui se prolonge, lorsque le contrat est un contrat imposant certaines formalités pour sa validité, celles-ci n'ont pas à être répétées⁷⁷¹, les sûretés garantissant l'exécution du contrat demeurent (Cf. C. civ., art. 2316), etc. En même temps, cette tranquillité n'est pas parfaite, s'agissant par exemple du formalisme informatif.

Dans des deux hypothèses, reconduction ou prorogation, le mécanisme ne saurait cependant être entièrement automatique, sauf à risquer le vice de perpétuité. Ainsi, les parties peuvent-elles toujours s'opposer à la reconduction ou la prorogation. Face, notamment, à une clause de tacite reconduction ou de tacite prorogation, les deux parties disposent de la faculté de faire échec au renouvellement ou à la prorogation, en respectant un préavis d'une certaine durée, exactement comme en matière de faculté de résiliation du contrat à durée indéterminée. Enfin, ces deux mécanismes peuvent se répéter sans que la nature du contrat change : la succession de contrats à durée déterminée ne les transforme pas en un contrat à durée indéterminée.

L'article 1213 évoque aussi la « prorogation », qui permet de repousser le terme d'un contrat, très utile lorsque le renouvellement impose de respecter des formes particulières ou des devoirs précontractuels doivent être, à nouveau, effectués, par exemple l'exigence d'information précontractuelle de l'article L. 330-3 du Code de commerce⁷⁷².

- 431. Mode extraordinaire de rupture des contrats à durée déterminée : résiliation ou résolution.** – En principe, le contrat à durée déterminée est prévu pour se poursuivre jusqu'à son terme. Il faut donc un événement extraordinaire pour que la rupture soit anticipée. Le plus souvent, il s'agit d'une inexécution du contrat. Celle-ci met alors en œuvre les remèdes déjà rencontrés et, notamment, la résolution judiciaire du contrat, éventuellement contractuelle ou unilatérale. C'est précisément à cette occasion que le mécanisme de résolution unilatérale par notification de l'article 1226 prend toute son importance : la résolution unilatérale est efficace mais éventuellement fautive (cf. supra). Une clause peut alors aménager les conditions de cette éventuelle résiliation du contrat à durée déterminée pour inexécution. On peut par ailleurs s'interroger sur la validité d'une clause de résiliation indépendante de toute inexécution, sur le modèle des clauses de résiliation des contrats à durée indéterminée, dans un contrat à durée déterminée, dans la mesure où, en l'absence de toute rémunération de l'exercice de cette faculté, leur reconnaissance conduirait à contourner l'ensemble des règles en matière de résolution judiciaire ou unilatérale. Il conviendrait alors d'admettre des hypothèses dans lesquelles une telle faculté de résiliation est valable afin de permettre à une partie de sauvegarder ses propres intérêts, par exemple en cas de changement de circonstances économiques, à défaut de clause de « hardship » ou d'admission de la révision du contrat pour imprévision (cf. supra, n°212) ou encore en cas de cession du contrat (cf. supra, n°247 s.) ou

⁷⁷¹ Cf. Cass. com. 9 juill. 2002, *Bull. civ.* IV, n°118.

⁷⁷² Cass. com. 14 janv. 2003, *RTD civ.* 2003, p. 498, p. 498, obs. J. Mestre et B. Fages.

de survenance d'un événement de force majeure. Ici encore, l'hypothèse de la rupture unilatérale, efficace et non fautive, d'un contrat à durée indéterminée peut être proposée.

432. Mode ordinaire d'extinction des contrats à durée indéterminée, la faculté de résiliation unilatérale. – Les contrats à durée indéterminée n'ont par nature pas de durée déterminée mais ne sauraient pour autant être à durée infinie ou perpétuelle.

L'article 1211 pose le principe des règles applicables aux contrats à durée indéterminée. Est écrite clairement la formule répétée à l'envie à leur propos : ces contrats peuvent faire l'objet d'une rupture, par *résiliation*, dit-on en général, même le terme ne fait pas son entrée dans le Code civil : « *lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ». Deux conditions donc, un préavis, d'une durée raisonnable.

Outre le fait que, à l'occasion de la discussion de la loi de 1999 introduisant le PACS, le Conseil constitutionnel ait formulé une réserve d'interprétation, sous la référence de l'article 4 de la DDH impliquant qu'un contrat à durée indéterminée doit pouvoir être rompu à tout moment, et unilatéralement, il demeurerait à faire entrer la règle dans le droit positif opérationnel (nul n'a jamais songé à invoquer la décision du 9 novembre 1999 du Conseil constitutionnel pour fonder, en droit, sa demande justifiant une telle résiliation unilatérale) et surtout légal, peu important qu'elle consacre une jurisprudence bien acquise et acquise avant l'éclosion de la jurisprudence de l'article L. 442-1 C. com.⁷⁷³

433. Conditions : préavis, d'une durée raisonnable. – Certaines conditions doivent cependant être respectées et il convient d'observer que, d'une manière générale, ces règles valent aussi à propos de l'échec fait à un mécanisme de reconduction ou de prorogation du contrat.

Ainsi, un préavis doit être respecté, préavis qui doit prévoir une certaine durée, le tout supposant que la décision d'exercer la faculté de résiliation soit notifiée à l'autre partie. Cette exigence est générale et est parfois rappelée, soit de manière particulière (cf. CMF, art. L. 313-12, exigence de préavis pour la rupture d'un concours accordé par un établissement de crédit, sauf situation irrémédiablement compromise du débiteur), soit de manière générale, voire très générale, comme l'article L. 442-1, I du Code de commerce en fait la démonstration s'agissant de la *rupture brutale d'une relation commerciale établie* (cf. infra, n°320). La forme d'un préavis est indifférente en principe même une prudence pré processuelle élémentaire invite à l'adresse d'un préavis écrit, voire notifié. En

⁷⁷³ Cf. Cass. com. 5 avr. 1994, Bull. civ. IV, n°149, D. 1995, somm. p. 90, obs. D. Mazeaud, JCP 1994, I, 3803, obs. Ch. Jamin, Contrats conc. consom. 1994, n° 159, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1994, p. 604, obs. J. Mestre, Cass. com. 20 janv. 1998, Bull. civ. IV, n°40, D. 1998, p. 413, note C. Jamin, Somm. P. 333, obs. D. Ferrier, Contrats conc. consom. 1998, n°56, obs. L. Leveneur, RTD civ. 1998, p. 675, obs. J. Mestre.

outre, l'auteur de la rupture peut exceptionnellement être dispensé de préavis, en cas de force majeure par exemple⁷⁷⁴.

Lorsqu'il s'impose, c'est-à-dire dans la plupart des situations, le préavis a pour objet d'assurer la reconversion du partenaire économique, ce qui justifie que sa durée dépende de la durée de l'ancienneté de la relation contractuelle, voire des usages⁷⁷⁵, mais aussi de dispositions légales impératives (C. com., art. L. 442-1, II, C. trav., art. L. 122-5, etc.). Ainsi, un délai trop bref équivaut à une absence de préavis et confère à la résiliation un caractère abusif⁷⁷⁶. Cette question, à laquelle s'ajoute, dans les relations commerciales la portée de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, pose alors la question de l'efficacité des clauses de résiliation qui prévoient un préavis d'une durée trop courte compte tenu de la durée du contrat, notamment lorsque la durée, prévue de manière indéterminée, a été longue, ou que le contrat à durée déterminée a été reconduit à de nombreuses reprises. Sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, la Cour de cassation considère que la clause qui prévoit un préavis d'une durée trop courte doit être écartée. Il en résulte, d'une part que la règle, qu'elle soit jurisprudentielle ou qu'elle résulte de ce texte, est impérative, et, parfois des conséquences pratiques curieuses. Ainsi, un contrat à durée déterminée d'un an prévoyant une faculté de faire échec à la clause de tacite reconduction en respectant un préavis de 3 mois et qui serait reconduit dix fois, devrait vraisemblablement respecter un préavis d'une durée supérieure à un an, soit supérieure à la durée du contrat.

- 434. Sanction : abus dans la rupture du contrat.** – Si, donc, le principe de la liberté de rompre le contrat unilatéralement à tout moment demeure, il succombe devant l'éventuel abus dans la rupture⁷⁷⁷. Cette limite repose d'une part, que la considération des excès que l'exercice du principe pouvait emporter, dans un souci de justice contractuelle donc⁷⁷⁸, mais sur la considération des contrats de longue durée. La sanction choisie, l'abus, repose sur la considération de la bonne foi dans l'exécution, donc l'extinction, d'un contrat⁷⁷⁹. La formule a rencontré un succès très important, surtout dans les contrats de distribution, où le contrôle de l'éventuel abus est devenu presque systématique. L'abus est alors une faute ordinaire, un manquement aux obligations liées à la rupture, le non-respect des conditions du contrat, voire un peu plus, le fait de rompre une attente légitime du contractant, mais en toute hypothèse, indépendante de toute idée

⁷⁷⁴ Cf. Cass. com. 5 mars 1996, *RTD civ.* 1996, p. 905, obs. J. Mestre.

⁷⁷⁵ Cf. A. Sonnet, *Le préavis en droit privé*, PUAM, 2003.

⁷⁷⁶ Cf. Cass. com. 9 mars 1976, *Bull. civ.* IV, n°89.

⁷⁷⁷ Cf. P. Ancel, « Critères et sanction de l'abus en matière contractuelle », in D. Mainguy (dir.), *L'abus de droit dans les contrats*, *Cah. dr. entr.* 1998/6, p. 30 et plus généralement, Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

⁷⁷⁸ Cf. M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, op. cit., n°190.

⁷⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 5 févr. 1985, *Bull. civ.*, I, n°54. V. aussi Cass. com. 31 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n°194, *JCP* 1994, I, 3803, n°1, obs. G. Virassamy : « il résulte de (l'article 1143, al. 2 du Code civil) que, dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'est prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte offerte aux deux parties ».

d'intention de nuire⁷⁸⁰).

On peut alors repérer deux logiques dans la sanction d'un éventuel abus.

Il peut s'agir en premier lieu d'une *rupture brutale du contrat*, c'est-à-dire sans préavis ou avec un préavis d'une durée insuffisante⁷⁸¹. Aujourd'hui, la jurisprudence sur ce point s'appuie essentiellement sur le fondement textuel de l'article L. 442-1, II.

Il peut également s'agir d'une rupture fautive, par manquement à l'attente légitime du contractant, par exemple lorsque le contractant qui subi la rupture pouvait légitimement penser que le contrat allait se poursuivre ou être renouveler ou bien lorsque le contrat est rompu alors que l'auteur de la rupture avait demandé des investissements importants non encore amortis⁷⁸², encore parce que l'initiateur de la rupture n'a pas complètement exécuté ses obligations⁷⁸³.

On observera, en outre, que si l'abus dans la rupture du contrat est fondé sur l'article 1134, al. 3 du Code civil et donc sur une considération de la bonne foi (cf. supra, n°204), il n'en résulte pas des obligations supplémentaires pour l'auteur de la rupture. Ainsi la jurisprudence considère que le préavis vaut reconversion, de sorte que l'auteur de la rupture n'est pas tenu d'assurer la reconversion de son partenaire contractuel⁷⁸⁴.

435. Rupture brutale d'une relation commerciale établie. – Issu du droit de la concurrence, l'article L. 442-1, II du Code de commerce sanctionne, par le jeu de la responsabilité civile, « *le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale (...)* ».

Ce texte avait au départ été adopté pour lutter contre le déréférencement abusif d'un fournisseur par un distributeur dans les relations de la grande distribution, mais la généralité de ses termes, ajoutés au fait qu'il s'agit de la seule référence

⁷⁸⁰ Cf. Cass. com. 3 juin 1887, *Bull. civ.* IV, n°171.

⁷⁸¹ Cf. Cass. com. 8 avr. 1986, *Bull. civ.* IV, n°58.

⁷⁸² Cf. Cass. com. 5 avr. 1994, *Bull. civ.* IV, n°149, *D.* 1995, somm. p. 90, obs. D. Mazeaud, *JCP* 1994, I, 3803, obs. Ch. Jamin, *Contrats conc. consom.* 1994, n° 159, obs. L. Leveneur, *RTD civ.* 1994, p. 604, obs. J. Mestre, Cass. com. 20 janv. 1998, *Bull. civ.* IV, n°40, *D.* 1998, p. 413, note C. Jamin, *Somm. P.* 333, obs. D. Ferrier, *Contrats conc. consom.* 1998, n°56, obs. L. Leveneur, *RTD civ.* 1998, p. 675, obs. J. Mestre. Comp. Cependant, pour l'échec au renouvellement d'un contrat à durée déterminée dans le respect du préavis contractuel, malgré l'exigence d'investissements : Cass. com. 4 janv. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 13, *D.* 1995, p. 355, note G. Virassamy, *som.*, p. 90, obs. D. Mazeaud, *JCP* 1994, I, 3757, obs. Ch. Jamin, *Contr. conc. consom.* 1994, n°69, note L. Leveneur.

⁷⁸³ Cf. Cass. com. 12 nov. 1996, *RJDA* 1997, n°343, *RTD civ.* 1997, p. 931, obs. J. Mestre.

⁷⁸⁴ Cass. com., 6 mai 2002, *Bull. civ.*, IV, n° 81 ; *JCP* 2002, éd. G, II, 10146, note Ph. Stoffel-Munck ; *Contr. conc. consom.* 2002, comm. 134, obs. L. Leveneur ; *D.* 2002, somm. p. 2842, obs. D. Mazeaud ; J.-L. Respaud, « Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé », *Cah. dr. entr.* 2002/5, p. 19 ; Cass. com. 7 avr. 2004, *JCP E* 2004, suppl. *Cah. dr. entr.* n°3, p. 30, obs. J.-L. Respaud. V. égal. M. Béhar-Touchais, « Actualités des dix-huit derniers mois de droit de la distribution », *Contrats conc. consom.* 2004, *Chron.* n° 12, p. 6, spéc. n°8 ; Cass. com. 5 oct. 2004, *RLDC* 2004/12, p.5, note D. Mainguy et J.-L. Respaud.

textuelle à la question de la « rupture », au sens générique de l'expression, d'une « relation commerciale établie », en a fait un texte de référence. Notons simplement que cette notion de « relation commerciale établie » est envisagée de manière large par la jurisprudence qui y voit des relations fondées sur un contrat unique, comme un contrat cadre ou un contrat s'installant dans la durée comme un contrat d'entreprise, mais aussi comme la succession de contrats à exécution rapide, comme des successions de ventes formant un courant d'affaires continue, même hors des relations de la grande distribution, voire à des relations précontractuelles⁷⁸⁵. En outre, la jurisprudence considère que la sanction de la violation de ce texte est identique au droit commun : celui qui subit cette rupture peut obtenir des dommages et intérêts, point le maintien forcé du contrat, même si, curieusement, la jurisprudence considère parfois qu'il peut obtenir des dommages et intérêts supplémentaire lorsqu'il était en situation de dépendance économique à l'égard de l'auteur de la rupture⁷⁸⁶.

Surtout une incertitude demeure sur la nature de la responsabilité engagée, un mécanisme de responsabilité *extracontractuelle* pour le contrats internes, tandis que pour les contrats internationaux, le responsabilité est de nature contractuelle.

- 436. Obligation de motiver la rupture du contrat ?** – En principe, la résiliation d'un contrat à durée indéterminée ou la décision de faire échec à un mécanisme de renouvellement d'un contrat à durée déterminée ne dépendant d'aucune autre condition que le respect d'un préavis (éventuellement écrit et donc d'une forme de notification) et d'un délai de préavis, mais point d'une motivation de la décision⁷⁸⁷. Pourtant, des règles particulières imposent parfois une telle motivation, c'est le cas du mandat d'intérêt commun depuis la fin du XIXème siècle⁷⁸⁸, 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°) et même, en droit de la concurrence, dans le secteur de la distribution automobile (REC n°1400/2002, art. 3-4).

De plus en plus cependant, la rupture d'une relation contractuelle importante s'inscrivant dans la durée fait l'objet d'un contrôle, ne serait-ce que parce que celui qui subit cette rupture en conteste la légitimité. On peut y déceler la perpétuation du principe : la liberté de rompre est le principe et l'abus l'exception. Sans renverser le jeu du principe et de l'exception cependant, on peut admettre l'existence d'une certaine « processualisation » contractuelle de la rupture. C'est le cas lorsqu'une clause aménage les conditions de la rupture (forme du préavis, durée du préavis, conciliation préalable). C'est également le cas en l'absence de telle clause. Ainsi la jurisprudence a-t-elle sanctionné la décision rendue trop précipitamment, sans mise en garde⁷⁸⁹, voire des

⁷⁸⁵ Cf. Montpellier, 11 août 1999, *Cah. dr. entr.* 1999/5, p. 19, n° 4, obs. D. Mainguy.

⁷⁸⁶ Cass. com. 3 déc. 2002 et 23 avr. 2003, *JCP*, éd. E, 2003, II, 1792, note D. Mainguy.

⁷⁸⁷ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, *Bull. civ.* I, n° 98, *D.* 2001, somm. P. 3240, obs. D. mazeaud, *Deffrénois* 2001, p. 1048, obs. E. Savaux, *RTD civ.* 2001, p. 584, obs. J. Mestre et B. Pages (validité d'une clause prévoyant la faculté de rompre sans justification).

⁷⁸⁸ Cass. civ., 13 mai 1885, *DP* 1885, I, p. 350, S. 1887, I, p. 220.

⁷⁸⁹ Cf. Cass. com. 23 juin 1998, *Cah. dr. entr.* 1998/6, p. 20, obs. D. Mainguy.

explications préalables⁷⁹⁰.

Dès lors, la question se pose de savoir si la rupture du contrat ne devrait pas être motivée, à l'image du mandat d'intérêt commun⁷⁹¹. C'est le cas lorsque l'auteur de la rupture entend rompre sans préavis, il doit justifier d'un cas de force majeure ou d'une inexécution grave de l'autre partie. C'est également le cas de la rupture unilatérale d'un contrat à durée déterminée. Mais la question s'est posée de la généralisation de cette exigence⁷⁹², refusée en principe par la jurisprudence⁷⁹³, même si, parfois, elle sanctionne les ruptures difficilement explicables⁷⁹⁴. L'exigence d'une telle motivation serait un puissant moyen de contrôler la rupture des contrats de distribution, même si des justifications économiques pourraient être proposées ; Dans le même temps, elle constituerait une limite importante à la liberté de rompre le contrat et constituerait, à bien des égards, une reconnaissance contestable des contrats de dépendance et de la relation de dépendance qui résulte parfois de ces contrats, de manière générale, présumée et souvent artificielle. A bien des égards, le contrôle de l'abus tel qu'il est opéré, est suffisant et ne préjuge pas d'une qualification, idéologique, des contrats de longue durée. Toutefois, le fait d'indiquer un motif dans la décision de rupture n'est pas sans conséquence. Outre le fait qu'il constitue un élément permettant de faciliter le contrôle de l'abus, il doit être véridique : un motif faux⁷⁹⁵ ou différent⁷⁹⁶ constituerait un abus du droit de rompre.

437. Effets de la rupture du contrat. – L'extinction du contrat présente en premier un effet extinctif, s'agissant de ses effets, pour le futur mais point pour le passé sauf exception comme en matière de résolution.

Souvent, cependant, on observe un maintien d'effets, soit que des obligations prenant leur source dans un événement antérieur à l'extinction du contrat doivent être exécutées ensuite (le loueur est tenu de garantir le preneur des troubles de jouissance qu'il aurait ressentis au cours du contrat de louage) soit qu'elles

⁷⁹⁰ Cf. Cass. com. 8 oct. 2003 (2 arrêts), *RTD civ.* 2003, p. 92, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷⁹¹ Cf. Cass. com. 23 juin 1998, préc. Sur le refus d'assimiler les contrats de distribution à des *contrats d'intérêt commun* : Cass. com. 7 oct. 1997, *D.* 1998, p. 413, note Ch. Jamin, *JCP* 1998, II, 10085, note J.-P. Chazal, *Contrats, conc. consom.*, 1998, n°20, obs. L. Leveneur, *RTD civ.* 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier.

⁷⁹² Cf. M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *Mél. J. Ghestin*, 2001, p. 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, p. 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 évolution récentes du droit des contrats », *Mél. M. Cabrillac*, 1999, p.165.

⁷⁹³ Cf. Cass. com. 4 janv. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 13, *D.* 1995, p. 355, note G. Virassamy, *som.*, p. 90, obs. D. Mazeaud, *JCP* 1994, I, 3757, obs. Ch. Jamin, *Contr. conc. consom.* 1994, n°69, note L. Leveneur ; Cass. com., 25 oct. 1994, *D.* 1997, *somm.*, p. 52, obs. D. Ferrier, Cass. com., 25 avril 2001, *D.* 2001, *som.*, p. 3237, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages, Cass. com. 20 janv. 1998, préc.. Mais comp. Cass. com. 27 oct. 1998, *Bull. civ. IV*, n°256 (à propos de l'exigence de motif dans la rupture d'un contrat agent commercial).

⁷⁹⁴ Cf. Cass. com. 5 avr. 1994, préc.

⁷⁹⁵ Cass. com. 5 oct. 1993, *JCP* 1994, II, 22224, note Ch. Jamin.

⁷⁹⁶ Cf. Cass. com., 4 juin 1996, *RTD civ.*, p. 906, obs. J. Mestre.

doivent continuer d'exécuter des obligations qui étaient, déjà, mises à leur charge avant l'extinction de la convention, telles quelles (obligation de confidentialité à l'expiration d'un contrat de communication de savoir-faire), ou transformées (obligation de fidélité pendant le contrat et obligation de non concurrence à l'expiration d'un contrat de travail).

Enfin, l'extinction du contrat emporte parfois création d'effets, (obligation de négocier d'éventuelles post-contractuelles, obligation d'indemnisation, de restitution, ...).

PARTIE 5 LES QUASI-CONTRATS

324. Notion hybride. – Le Code civil réserve une place importante aux quasi-contrats ⁽⁷⁹⁷⁾, aux articles 1371 et suivants du Code civil, à travers les trois types de quasi-contrats que l'on observe traditionnellement. Deux sont d'origine légale, le mécanisme de la gestion d'affaire et celui de la répétition de l'indu, le dernier est d'origine jurisprudentielle, le mécanisme de l'enrichissement sans cause.

D'origine romaine, la notion se situe à mi-chemin entre les engagements volontaires, comme les contrats, et les engagements involontaires, dont la responsabilité sert de modèle dans la mesure où l'objectif est l'obtention d'une indemnité sur la base d'un fait, comme en matière de responsabilité, mais en raisonnant *comme si* il y avait contrat.

Elle est en outre une notion dont on peine à entrevoir une unité : la gestion d'affaire est une institution où l'on fait « comme si » un contrat, de mandat, avait été conclu, la répétition de l'indu est fondée sur le paiement erroné et l'enrichissement sans cause repose sur l'équité, la compensation de l'avantage injustement obtenu au dépens d'une autre personne qui s'est appauvrie et les catégories nouvelles sont des ersatz de responsabilité. La catégorie mérite donc aussi bien d'être traitée isolément ⁽⁷⁹⁸⁾, ou bien avec la responsabilité extracontractuelle ⁽⁷⁹⁹⁾ ou bien avec les contrats...

La catégorie, que nous qualifierons alors de classique (Chapitre 1) a connu cependant un nouvel élan, à la suite d'un arrêt de 2002 identifiant un nouveau

⁷⁹⁷ Cf. M. Douchy, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources des obligations*, Defrénois, 2007.

⁷⁹⁸ Cf. B. Fages, *Droit des obligations*, 2007, n°575.

⁷⁹⁹ Cf. M. Fabre-Magnan, *Responsabilité extracontractuelle*, Puf, 2006.

quasi-contrat fondé sur l'obligation de fournir l'avantage promis, ouvrant la voie à des quasi-contrats nouveaux (Chapitre 2).

Chapitre 1. – Les types classiques de quasi-contrats

Section 1. – La gestion d'affaires

325. Prendre soin des affaires d'autrui. – Un soir d'orage, le vent arrache les tuiles d'une maison dont le propriétaire est absent : le voisin prend, alors, en charge les intérêts du propriétaire : il répare le toit ou appelle un entrepreneur pour le faire. Ce voisin sympathique n'est pas un philanthrope, il a agi comme il espère que son voisin aurait agi si cet incident lui était survenu. Le propriétaire devra lui rembourser les frais qu'il a engagés. Il y a eu, en effet, « gestion d'affaires » en ce sens que le voisin s'est comporté comme s'il avait reçu l'ordre de surveiller la maison ou le mandat d'effectuer des actes juridiques si une difficulté surgissait. « *Comme si...* » : on parle pour cette raison de « quasi-contrat », de quasi-contrat de mandat. Mais un tel ordre, un tel mandat sont absent, pourtant. Une telle gestion d'affaires est pourtant source d'obligations. L'intervention dans les affaires d'autrui apparaît comme un simple fait auquel la loi attache des conséquences de droit non recherchées par son auteur, c'est donc un fait juridique. Difficile équilibre trouvé par le Code civil entre l'encouragement louable à agir au profit d'autrui et l'immixtion déplacée voire blâmable dans les affaires d'autrui : la gestion d'affaires trouve son terrain d'élection dans les questions de voisinage et dans les affaires de famille, de succession notamment, une personne, un généalogiste par exemple, découvrant une succession au profit d'une autre.

La gestion d'affaires ⁽⁸⁰⁰⁾, qui n'est pas, loin s'en fait la plus importantes des trois hypothèses classiques, est la première envisagée par le Code civil. Elle peut, alors, se définir de la façon suivante : il y a gestion d'affaires quand une personne entreprend, spontanément et sans en être chargée, des actes utiles à une autre personne avec l'intention d'agir pour le compte d'autrui. Autrui est le géré ou maître de l'affaire, face au gérant, celui qui est ainsi intervenu. C'est dans cet esprit que le Code civil (art.1372 à 1375) a admis la gestion d'affaires (I) et en a fixé le régime (II).

I – Les conditions de la gestion d'affaires

326. Conditions relatives au gérant. – L'intervention du gérant révèle une étincelle d'altruisme et de spontanéité. Cette intervention ne doit pas, en effet, avoir été commandée par le souci de respecter une obligation contractuelle, de mandat notamment ⁽⁸⁰¹⁾, légale comme les fonction de représentation légale (les parents à l'égard de leurs enfants, le tuteur et son pupille, les organes de représentation d'une personne morale, etc.) ou judiciaire,

⁸⁰⁰ Cf. R. Bout, *La Gestion d'affaires en droit contemporain français*, LGDJ, 1972.

⁸⁰¹ Cf. Cass. civ. 3ème, 20 janv. 1999, *Bull. civ.* III, n°17.

non plus que par le désir égoïste de protéger une chose que l'on entend et que l'on est en train de faire sienne comme dans le cadre de la prescription acquisitive, ou encore lorsque l'on agit dans son seul intérêt ⁽⁸⁰²⁾. Cette intervention doit avoir été animée par le désir de rendre service au géré même si le gérant peut y trouver lui aussi son intérêt ⁽⁸⁰³⁾. Cette intention altruiste est l'un des éléments de distinction entre la gestion d'affaires où elle est requise et l'enrichissement sans cause où elle ne l'est point (cf. infra n°).

327. Conditions relatives au géré. – Certaines conditions ont également à voir avec le géré.

Ce dernier, notamment, ne doit pas s'être opposé à la gestion, car on ne peut pas tolérer qu'un tiers s'occupe, même utilement, des affaires d'une personne si cette personne ne le veut pas, lui en fait défense ⁽⁸⁰⁴⁾. De même, en principe, le géré ne doit pas avoir connu la gestion, le silence devant la gestion équivaudrait à une acceptation transformant l'opération de gestion d'affaires en opération contractuelle de mandat. Il en irait a fortiori de même si le géré donnait un consentement exprès à la gestion.

328. Conditions relatives à l'acte de gestion d'affaires. – Ces dernières sont celles d'un fait juridique. C'est la raison pour laquelle il n'y a pas de conditions de capacité relative au géré : le géré est engagé même s'il est incapable : gestion des affaires d'un mineur. Cependant, tout acte réalisé dans l'intention de protéger les intérêts d'autrui ne bénéficie pas du mécanisme de la gestion d'affaires.

1 – Un acte... La jurisprudence a été extensive : elle a admis qu'il pouvait s'agir d'un acte matériel (réparer soi-même la toiture) comme d'un acte juridique (conclure un contrat de louage d'ouvrage avec un entrepreneur qui réparera la toiture). L'acte de disposition étant considéré comme trop grave pour pouvoir être accompli par un tiers, il doit s'agir d'un acte d'administration, mais la notion d'administration est comprise au sens large ⁽⁸⁰⁵⁾.

2 – ...susceptible de gestion d'affaires... Tous les actes, mêmes matériels, ne sont pas susceptibles de bénéficier de ce régime : on ne saurait se marier, déclarer un enfant, divorcer, ni accepter un débat judiciaire pour le compte d'autrui ⁽⁸⁰⁶⁾.

3 – ... utile. L'utilité de l'intervention du gérant dans les affaires du géré sert de fondement et de mesure aux obligations de ce géré à l'égard de ce gérant ⁽⁸⁰⁷⁾. L'utilité doit être appréciée au moment de la gestion, peu importe que l'utilité

⁸⁰² Cf. Cass. civ. 1ère, 28 mai 1991, *Bull. civ. I*, n°167, *RTD civ.* 1992, p. 96, obs. J. Mestre.

⁸⁰³ Cf. Cass. com. 16 novembre 1976, *Bull. civ. IV*, n°291.

⁸⁰⁴ Cf. Cass. civ. 3ème, 12 avr; 1972, *Bull. civ. III*, n°219. Mais comp. Cass. civ. 1ère, 29 mai 2001, *RTD civ.* 2002, p. 298, obs. J. Mestre et B. Fages (paiements irréguliers par les dirigeants d'une association, fondés à demander une indemnité sur le fondement de la gestion d'affaires).

⁸⁰⁵ Cass. civ. 15 mai 1974, *JCP* 1974, IV, 241 : échange d'immeuble.

⁸⁰⁶ Cf. Cass. civ. 3ème, 27 oct. 2004, *Bull. civ. III*, n°183, *RTD civ.* 2005, p. 182, obs. R. Perrot.

⁸⁰⁷ Cf. Cass. civ. 1ère, 22 déc; 1981, *Bull. civ.*, n°395, démarches en vue du rapatriement d'une personne.

disparaisse après : la toiture une fois réparée est emportée par la tempête persistante ; l'héritier aurait appris l'existence de la succession découverte par le généalogiste même sans l'intervention de ce dernier ⁽⁸⁰⁸⁾.

II – Les effets de la gestion d'affaires

329. Effets dans les rapports gérant-géré. – Les obligations du gérant sont analogues à celles d'un mandataire, comme le précise l'article 1372, al. 2 du Code civil : « *il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès* ». Le gérant doit ainsi continuer la gestion commencée, ainsi que ses dépendances (C. civ., art. 1372) et il ne doit pas l'interrompre jusqu'à ce que le maître ou ses héritiers se substituent au gérant, à la différence essentielle du mandat, doit rendre compte de la gestion faite, il répond des fautes commises dans la gestion, quoique le juge puisse modérer les dommages et intérêts en fonction des circonstances de la gestion (C. civ., art. 1374, al. 2). Son obligation ne passe pas à ses héritiers mais ceux-ci sont tenus d'accomplir les actes urgents et de prévenir la famille du géré de la disparition du gérant et de la cessation de la gestion qui rend les affaires du géré à l'abandon (art.1373 et 1991 C.civ.).

Les obligations du géré sont, de la même manière, analogues à celles d'un mandant. Le géré est tenu de ratifier la gestion utile accomplie par le gérant. Expresse ou tacite, la ratification aura pour effet de faire passer au titre du géré les actes passés par le gérant. Cette ratification produit des effets rétroactifs. Le géré est alors tenu de rembourser au gérant tous les frais engagés, capital et intérêts, les impenses nécessaires et utiles, les préjudices éventuellement subis par le gérant, le tout éventuellement en proportion des intérêts de chacun, dès lors que le gérant a agi à la fois dans ses intérêts et ceux du géré. Là cessent cependant les obligations du géré qui, notamment, n'est pas tenu de verser une rémunération au gérant.

330. Effets dans les rapports gérant-géré et tiers. – Lorsque le gérant a conclu un contrat avec un tiers, deux situations sont distinguées. Dans une première situation, le gérant a traité avec le tiers en son propre nom, ce qu'on appelle la gestion sans représentation. Dans ce cas, le gérant est seul engagé envers le tiers et le géré ne sera tenu vis-à-vis du tiers que dans le cas où il aurait profité de l'intervention de celui-ci et dans la mesure de son enrichissement, mais, alors, au titre de l'enrichissement sans cause (cf. infra, n°337).

Dans une seconde situation, le gérant a traité avec le tiers au nom du géré (gestion avec représentation). En ce cas, le géré est directement tenu envers le tiers, pour autant que les conditions de la gestion d'affaires sont réunies.

Section 2. – Le paiement de l'indu

331. Articulation avec les règles sur le paiement. – les règles en matière de paiement des obligations (cf. infra, n°493) identifient des situations dans

⁸⁰⁸ Cf. Cass. civ. 1ère, 31 janv. 1995, *Bull. civ. I*, n°59.

laquelle une personne, le *solvens*, paie une autre personne, l' *accipiens*. Le paiement de l'indu correspond à l'hypothèse dans laquelle le *solvens* paie un *accipiens* qui n'est pas son créancier, et sans qu'aucune intention libérale ne motive ce paiement. L'article 1235 du Code civil dispose incidemment à propos du paiement que « *tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition* » et cette répétition, ce « remboursement » est envisagé, au titre des quasi-contrats, aux articles 1376 à 1381 du Code civil.

L'article 1376 du Code civil complète l'article 1235 : « *Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu* ». L'ensemble n'est pas sans évoquer la question de l'enrichissement sans cause, hypothèse dont elle se distingue cependant, par sa technique et ses fondements.

I – Les conditions du paiement de l'indu

332. Un paiement. – La première condition repose sur l'existence d'un paiement, reçu par l'*accipiens*. La notion de paiement est une notion très générale. Par paiement, on entend une prestation quelconque, le versement d'une somme d'argent, par exemple, mais aussi la remise d'une chose (voire l'exécution d'un acte positif ou une simple abstention).

Une seconde condition exige logiquement que ce paiement soit indu, peu important que le paiement ait été accepté sciemment ou par erreur, et quelque soit le mode de paiement, précision essentielle au regard des règles bancaires particulières à certains modes de paiement.

333. Indu subjectif. – Le défaut de dette peut correspondre à deux situations confondues pendant longtemps mais aujourd'hui distinguées.

Dans une première situation, le *solvens* ou l'*accipiens* sont l'un débiteur et l'autre créancier, mais non l'un de l'autre. Par exemple, le *solvens* est débiteur mais l'*accipiens* n'est pas créancier : c'est la situation qui se rencontre lorsqu'un débiteur se trompe sur la personne de son créancier et paie à une personne envers qui il n'était pas obligé. La situation inverse oppose un *solvens* qui n'est pas débiteur et l'*accipiens* qui est effectivement est créancier : c'est la situation qui se rencontre, par exemple, lorsqu'il y a paiement de la dette d'autrui (C. civ., art. 1377) : un époux reçoit le paiement de son conjoint, un codébiteur reçoit l'intégralité du paiement dû à lui-même et à son codébiteur, etc.

Dans ces deux situations, l'indu est dit *subjectif* : le paiement repose sur une dette qui existe, mais pas dans le rapport solvens-accipiens, et s'explique par l'erreur du *solvens* sans laquelle il y aurait une libéralité⁽⁸⁰⁹⁾ ou exécution d'une obligation naturelle⁽⁸¹⁰⁾. A cette erreur, on assimile la contrainte⁽⁸¹¹⁾. Le *solvens* doit alors démontrer l'erreur commise dans le paiement, ce qui revient à présumer l'intention libérale dans cette situation. La situation consacre une

⁸⁰⁹ Cass. com. 8 juin 1979, *Bull. civ.* IV, n° 187.

⁸¹⁰ Cass. soc. 11 avril 1991, *Bull. civ.* V, n° 192 : dette prescrite.

⁸¹¹ Cf. Cass. com. 5 mai 2004, *Bull. civ.* IV, n° 85.

certaine gestion du risque : lorsque l'*accipiens* était créancier et qu'il a reçu un paiement par erreur, c'est alors le *solvens* qui assume le risque de l'insolvabilité postérieure de l'*accipiens*. Ce dernier mérite protection, la solution est heureuse. En revanche, lorsque l'*accipiens* n'était pas créancier, le paiement qu'il reçoit est plus discutable, de sorte que soumettre la répétition de l'indu à la démonstration de l'erreur constitue peut-être une protection disproportionnée de l'*accipiens*. Par ailleurs et pour ajouter encore à sa protection, l'*accipiens* peut s'opposer au paiement en démontrant la faute ou la négligence commise par le *solvens*, ou en tout diminuer son droit à répétition, par compensation ⁽⁸¹²⁾. En outre, une règle particulière, celle de l'article 1377 al. 2 du Code civil exclut la répétition par le *solvens* qui paie la dette d'autrui dès lors que l'*accipiens* a supprimé son titre, formule qui concerne la destruction matérielle de son titre de créance ou la renonciation aux sûretés garantissant le paiement ⁽⁸¹³⁾.

334. Indu objectif. – Dans une seconde situation, le *solvens* n'est pas débiteur et l'*accipiens* n'est pas créancier. On parle alors d'indu *objectif* : c'est la situation qui se rencontre lorsqu'une personne paie à une autre plus qu'elle ne lui doit, ou lorsqu'une personne constate qu'une somme lui a été versée par une administration, fiscale ou sociale, peu habituée à verser des sommes d'argent. Il s'agit d'une dette inexistante. Longtemps la jurisprudence assimilait cette hypothèse au deux premières, exigeant donc, pour le *solvens*, la preuve de l'erreur commise. Mais l'accroissement de ces hypothèses et la complexité des modes de paiement ont justifié une évolution de la jurisprudence ⁽⁸¹⁴⁾ qui n'exige plus la démonstration d'une erreur en cas d'indu objectif ⁽⁸¹⁵⁾, il suffit alors de démontrer l'inexistence de la dette. Dès lors la faute du *solvens* est, à la différence de la situation précédente, indifférente ⁽⁸¹⁶⁾.

335. Action en répétition. – L'action en répétition crée une situation complexe ⁽⁸¹⁷⁾ : l'action oppose le *solvens*, demandeur, ou bien une personne subrogée ou bien encore un créancier exerçant une action oblique et l'*accipiens*, ou ses héritiers ⁽⁸¹⁸⁾, défendeur, mais également, par exemple dans l'hypothèse où le *solvens* à régler à l'*accipiens* une créance qui lui était due, le véritable débiteur auquel l'*accipiens* va réclamer le paiement de sa créance. La question se pose cependant de savoir si le *solvens* peut agir directement contre le véritable débiteur, ce qui permet de contourner le passage dans le patrimoine de

⁸¹² Cf. Cass. civ. 22 nov. 1977, *Bull. civ.* IV, n°275; Cass. civ. 1ère, 5 juill. 1989, *Bull. civ.* I, n°278, *RTD civ.* 1990, p. 281, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 1ère, 18 mai 1994, *Bull. civ.* I, n°179, *RTD civ.* 1995, p. 372, obs. J. Mestre.

⁸¹³ Cf. Cass. civ. 1ère, 31 oct. 1989, *Bull. civ.* I, n°337, *D.* 1991, somm. p. 122, obs. J.-L. Aubert, *RTD civ.* 1989, p. 281, obs. J. Mestre.

⁸¹⁴ Cf. I. Defrésnois-Souleau, « La répétition de l'indu objectif : pour une application sans erreur de l'article 1376 du Code civil », *RTD civ.* 1989, p. 243.

⁸¹⁵ Cass. ass. plén. 2 avril 1993, *Bull. ass. plén.* n°9, *D.* 1993, p. 373, concl. Jéol, 1994, somm. p. 14, obs. J.-L. Aubert, *Grands arrêts*, n°153.

⁸¹⁶ Cf. Cass. civ. 1ère, 27 févr. 1986, *Bull. civ.* I, n°105, *RTD civ.* 1995, p. 428, obs. J. Mestre.

⁸¹⁷ Cf. V. Perruchot-Triboulet, « L'indu à trois », *RTD civ.* 2003, p. 427.

⁸¹⁸ Cf. Cass. ch. mixte, 12 mai 2000, *Bull. ch. mixte*, n°1.

l'accipiens. Longtemps défavorable à cette solution, la jurisprudence s'y est ralliée ⁽⁸¹⁹⁾, sur le fondement d'un principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui ⁽⁸²⁰⁾.

A l'inverse cependant lorsque le véritable débiteur paie un *accipiens* qui n'est pas son créancier, ce dernier ne dispose d'aucune action contre l'*accipiens*, sauf à invoquer une situation d'enrichissement sans cause ⁽⁸²¹⁾.

II. – Les effets du paiement indu

336. Obligation de restitution. – Un paiement indu est source d'obligations pour l'*accipiens*.

Le contenu de l'obligation varie cependant selon que l'*accipiens* est de bonne ou de mauvaise foi, c'est-à-dire selon qu'il ignorait ou qu'il connaissait le caractère indu du paiement au moment de sa réception. L'*accipiens* de bonne foi ne doit restituer que la chose reçue, alors que celui qui est de mauvaise foi, laquelle doit alors être établie, doit ajouter les intérêts ou les fruits (C. civ., art. 1378) et des règles accessoires distinguent selon que la chose est un corps certain ou une chose de genre (C. civ., art. 1379, 1380).

Section 3. – L'enrichissement sans cause

337. Création jurisprudentielle. – Aucun texte ne fonde une action au profit de celui qui s'est appauvri contre celui qui s'est enrichi à ses dépens, sinon quelques textes en droit des biens, en matière d'accession (C. civ., art. 554 et 555) et en droit des régimes matrimoniaux (C. civ., art. 1412, 1416, 1433).

L'enrichissement sans cause résulte du simple déséquilibre objectif que ne justifie ni un droit de l'enrichi ni une libéralité de l'appauvri : celui-ci n'a pas voulu procurer un profit à l'enrichi.

En l'absence de disposition du Code civil, la jurisprudence française pose un principe du droit de l'appauvri d'agir, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, source d'obligation, contre l'enrichi. Mais elle a équilibré la généralité de ce principe par le caractère très restrictif de son régime. La plupart des situations d'enrichissement sont en effet justifiées. Ainsi le droit des contrats propose généralement des solutions à « somme nulle » : le vendeur reçoit une somme d'argent correspondant à la chose reçue en échange. Il serait à l'inverse très dangereux, dans notre système économique, politique et juridique, d'ouvrir la voie de l'enrichissement sans cause à des situations plus large : les logiques de dépendance économique, le fondement même du contrat de travail, du droit des sociétés à travers la rémunération du capital, des dirigeants d'entreprise, etc. seraient en effet menacés. Ce n'est, donc, que lorsqu'aucune cause n'explique appauvrissement et enrichissement, même sous couvert d'équité, qu'une telle

⁸¹⁹ Cf. Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n°299, Cass. soc. 20 déc. 2001, *Bull. civ.* V, n°395.

⁸²⁰ Cf. Cass. civ. 1ère, 4 avr. 2001, *Bull. civ.* I, n°105.

⁸²¹ Cf. Cass. civ. 17 nov. 1914, D.P. 1917, 1, 61.

action est envisageable.

Lorsque, à l'inverse, l'enrichissement et l'appauvrissement corrélatifs n'ont pas de justification, pas de cause, ils deviennent beaucoup plus critiquables selon un principe moral d'enrichissement sans cause d'après lequel « *nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui* » et que nous avons déjà entrevu dans le régime du paiement de l'indu. La juridicisation de ce principe permet d'envisager que tout manquement à ce principe créerait une obligation de restitution sanctionnée par une action d'origine romaine : l'action « *de in rem verso* ».

La jurisprudence a intégré ce principe en droit positif par l'arrêt Boudier datant de 1892⁽⁸²²⁾, en le fondant sur la notion d'équité, rejetée ensuite. En l'espèce, un fermier n'avait pu payer les engrais achetés pour fertiliser les terres qu'il cultivait et réclamait au propriétaire de ces terres le paiement du vendeur d'engrais en raison de la plus-value procurée à la terre par l'utilisation de ces engrais et obtenait satisfaction : « *Attendu que l'action de in rem verso, dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée; qu'il suffit pour la rendre recevable que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait par un sacrifice ou un fait personnel procuré à celui contre lequel il agit* ». Fondée sur l'équité au départ, notion extrêmement dangereuse, parce que tout à la fois contingente et transcendante, l'action *de in rem verso* fut ensuite, et très vite, objectivée, de telle manière que ces conditions correspondent à des critères vérifiables.

I – Les conditions de l'enrichissement sans cause

338. Éléments matériels. – Les éléments matériels ouvrant droit à l'action *de in rem verso* sont de deux ordres, l'enrichissement de l'un, l'appauvrissement de l'autre, et une relation de cause à effet entre les deux.

L'enrichissement du débiteur doit être identifié, peu important ses caractères, direct ou indirect, pécuniaire ou moral⁽⁸²³⁾. Il peut s'agir d'une augmentation d'actif par acquisition de droit ou amélioration de droit acquis ou d'une diminution de passif par économie ou dépense épargnée.

L'appauvrissement du créancier est une perte quelconque, une dépense, la diminution de la valeur d'un patrimoine ou un gain manqué⁽⁸²⁴⁾, un impayé, etc. La relation de cause à effet, entre l'enrichissement et l'appauvrissement, détermine le fait que l'appauvrissement doit être corrélatif à l'enrichissement. Il suffit de constater que, sans l'enrichissement, l'appauvrissement n'aurait pas

⁸²² Cass. req. 15 juin 1892, S.1893, I, 281, note Labbe ; *Grands arrêts*, n°227. Adde : Cass. civ. 12 avril 1914, S.1918, I, 41, Cass. civ. 2 mars 1915, D.P.1920, I, 102 : « *Attendu que l'action de in rem verso fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui doit être admise dans tous les cas où, le patrimoine d'une personne se trouvant enrichi sans cause légitime aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait pour obtenir ce qui lui est dû d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit* ».

⁸²³ Cass. civ. 18 janvier 1960, D.1960, 753.

⁸²⁴ Cf. dans les relations entre concubins : Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1996, *Bull. civ.* I, n°357 : collaboration d'un concubin à l'activité de l'autre, sans rétribution.

existé, peu important que cette corrélation soit directe ou indirecte, par exemple par le truchement du patrimoine d'un tiers.

339. Eléments juridiques. – D'autres conditions s'ajoutent, au caractère plus technique, imposant de déterminer l'absence d'une cause à l'appauvrissement et l'enrichissement corrélatif, pour que l'appauvri obtienne une indemnité.

Il convient, pour satisfaire l'exigence d'absence de cause, que l'enrichissement-appauvrissement n'ait pas de contrepartie, que ce soit dans une contre-prestation reçue ou attendue de l'enrichi, que ce soit dans une intention libérale de l'appauvri ⁽⁸²⁵⁾. On admet même que si l'appauvri trouve un intérêt dans son acte, il perd le bénéfice d'une action en enrichissement sans cause.

Il suffit, inversement, pour que l'action *de in rem verso* soit paralysée, qu'une cause quelconque justifie l'enrichissement et la jurisprudence ne recherche pas si la cause était déterminante, essentielle... Il peut s'agir d'un contrat entre l'enrichi et l'appauvri ⁽⁸²⁶⁾ ou d'une faute volontaire de l'appauvri ⁽⁸²⁷⁾, d'une décision de justice ⁽⁸²⁸⁾ ou encore d'une disposition légale, comme en matière d'accession (cf. C. civ., art. 557, 564) mais aussi en raison de l'écoulement d'un délai de prescription ⁽⁸²⁹⁾, mais dans la limite cependant de cette disposition légale. C'est ainsi par exemple que le cadre des relations familiales est parfois le champ d'application de ces règles : les relations entre époux dépassant les exigences de la contribution aux charges du ménage par exemple lorsqu'un époux a largement contribué, sans rémunération, à l'activité de son conjoint ⁽⁸³⁰⁾, dans les relations entre concubins ⁽⁸³¹⁾, voire entre parents et enfants ⁽⁸³²⁾.

340. Caractère subsidiaire de l'enrichissement sans cause. – Enfin, la jurisprudence considère que l'action *de in rem verso* est une action subsidiaire c'est-à-dire qu'elle ne peut être engagée que pour autant qu'aucune autre action ne puisse l'être à sa place ⁽⁸³³⁾ : il suffit donc qu'une action puisse être engagée, quelle qu'elle soit et contre qui que ce soit et peu important les chances réelles de cette action ⁽⁸³⁴⁾, pour que l'action de l'appauvri sur ce fondement soit paralysée. De la même manière il suffit qu'un obstacle de droit s'oppose à

⁸²⁵ Cf. Cass. Civ. 24 oct. 2006, *Bull. civ. I*, n°439.

⁸²⁶ Cf. Cass. com. 18 janv. 1994, *Bull. civ. IV*, n°27 (contrat ayant profité essentiellement à l'enrichi) ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 mai 1986, *Bull. civ. III*, n°83 (contrat conclu entre l'enrichi et un tiers).

⁸²⁷ Cf. Cass. com. 19 mai 1998, *Bull. civ. IV*, n°160.

⁸²⁸ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, *Bull. civ. I*, n°16.

⁸²⁹ Cf. Cass. civ. 19 juill. 1919, *DP*, 1921, 335.

⁸³⁰ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 1979, *Bull. civ. I*, n°11.

⁸³¹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1996, préc.

⁸³² Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994, *Bull. civ. I*, n°250, *JCP* 1995, II, 22425, note A. Sériaux, *RTD civ.* 1995, p. 373, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 2004, *Bull. civ. I*, n°248.

⁸³³ Cass. civ. 12 avril 1914, préc., Cass. civ. 2 mars 1915, préc., Cass. com. 10 oct. 2000, *Bull. civ. IV*, n°150.

⁸³⁴ Cf. Cass. com. 10 oct. 2000, *Bull. civ.*, IV n°150 : action possible de la banque contre des cautions dont il n'était pas établi qu'elles étaient insolvable.

l'action de l'appauvri pour que l'action soit exclue ⁽⁸³⁵⁾. Il n'est pas question en effet que l'action *de in rem verso* conduise à bouleverser l'ordre établi, par exemple pour pallier l'absence de preuve⁸³⁶ face aux règles en matière d'impossibilité d'établir une preuve (C. civ., art. 1348), les prescriptions acquises, les règles légales, etc.

II. – Les effets de l'enrichissement sans cause

341. Indemnité. – Les effets de l'enrichissement sans cause tendent à tenter de rééquilibrer l'appauvrissement et l'enrichissement, par la reconnaissance d'une obligation d'indemnisation de l'appauvri. Toutefois, l'indemnisation est enfermée dans une double limite, et ne saurait être supérieure au montant de l'enrichissement ou à celui de l'appauvrissement, de sorte que lorsque ces valeurs sont inégales, c'est la plus faible des deux sommes qui sert de mesure à l'indemnisation ⁽⁸³⁷⁾.

Chapitre 2. – Les types nouveaux de quasi-contrats

342. Annonce d'un gain. – Un arrêt de la Cour de cassation de 2002 a réveillé le domaine des quasi-contrats ⁽⁸³⁸⁾. Il s'agissait de la question dite des loteries avec pré tirage. Certaines entreprises de vente par correspondance ou de vente en ligne adressent à des consommateurs potentiels des courriers par lesquels elles annoncent le gain d'un lot important à l'occasion d'une loterie déjà organisée, annonce sinon fausse, du moins très exagérée dans la mesure où le lot est souvent assorti d'autres lots moins intéressants ou alors que son attribution nécessite un second tirage. La jurisprudence avait condamné ces pratiques en utilisant divers fondements techniques : l'engagement unilatéral de volonté résultant de la promesse de fournir le gain ⁽⁸³⁹⁾, solution audacieuse en raison de la très grande réticence du droit français à reconnaître cet engagement unilatéral

⁸³⁵ Cf. Cass. com. 16 mai 1995, *Bull. civ.* IV, n°149 : l'administrateur d'une société anonyme, qui ne peut pas recevoir d'autre rémunération que celles prévues par la loi, ne saurait, par l'action *de in rem verso*, engager une action contre la société pour rémunérer le travail qu'il aurait accompli.

⁸³⁶ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 2 nov. 2005, *Bull. civ.* I, n°398.

⁸³⁷ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 15 févr. 1973, *Bull. civ.* I, n°61.

⁸³⁸ Cf. Cass. Ch. mixte, 6 sept. 2002 *D.* 2002, Jur. p. 2963, note D. Mazeaud, *Contr. conc. consom.*, 2002, n°151, obs. G. Raymond ; *Petites affiches*, 24 oct. 2002, p. 16, note D. Houtcieff ; *RTD civ.* 2003, p. 94, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 2003, *Bull. civ.* I, n°85, Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, *Bull. civ.* I, n°308, *JCP* 2007, I, 104, n°18, obs. N. Sauphanor-Brouillaud. V. égal. Ph. le Tourneau et A. Zabalza, « Le réveil des quasi-contrats à propos des loteries publicitaires », *Contr. conc. consom.* 2002, chron. n° 22 ; « P. Bouteiller, La protection du consommateur et l'organisation d'une loterie publicitaire », *JCP* éd. E 2002, p. 1706 ; E. Terrier, « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat judiciaire », *D.* 2004, p. 1179.

⁸³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, *Bull. civ.* I, n°150, *D.* 1996, p. 180, note J.-L. Mouralis, *RTD civ.* 1995, p. 887, obs. J. Mestre.

de volonté⁽⁸⁴⁰⁾, l'engagement de la responsabilité civile délictuelle sanctionnant, mais peu, la faute consistant à laisser croire en l'espérance d'un gain⁽⁸⁴¹⁾, voire contractuelle, ce qui supposait une certaine capacité de divination dans l'identification d'une volonté de s'engager⁽⁸⁴²⁾.

L'arrêt de 2002 avait fondé sur l'article 1371 du Code civil l'indemnité à laquelle était condamnée l'entreprise de vente par correspondance : « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer ». L'avantage est de la solution est d'imposer une indemnité exactement égale au gain promis, voire d'imposer la « délivrance » du lot en nature lorsqu'il s'exprime par une chose autre qu'une somme d'argent dans des conditions particulières : l'offre de gain doit être faite à personne déterminée, sans mettre en évidence l'existence d'un aléa.

Toute la question est alors de savoir si cette décision fonde la reconnaissance d'un nouveau quasi-contrat⁸⁴³ ou bien si le fondement de l'article 1371 du Code civil permet d'envisager un régime général des quasi-contrat, sur la base duquel tout fait volontaire est susceptible d'emporter une obligation d'indemnisation, comme dans le cas des loteries publicitaires, et donc les types classiques constitueraient autant de quasi-contrats spéciaux.

343. Autres quasi-contrats ? – L'hypothèse d'un régime général applicable aux quasi-contrats permet d'expliquer l'allongement de la liste qui risque d'apparaître assez rapidement : engagement pris par le repreneur d'une entreprise en difficulté⁸⁴⁴ voire l'indemnisation de la clientèle d'un franchisé, du fait de la rupture d'un contrat contenant une clause de non-concurrence post-contractuelle⁸⁴⁵. Mais il faudrait, alors, s'assurer que cette technique ne vienne pas contrarier d'autres solutions possibles, voire la limitation de l'action *de in rem verso*.

⁸⁴⁰ Cf. M.-L. Izorche, *L'engagement unilatéral de volonté*, PUAM, 1990.

⁸⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 1999, *Bull. civ. I*, n°289, *D.* 2000, somm. p. 357, obs. D. Mazeaud, *JCP* 2000, I, 241, obs. G. Viney, Cass. civ. 2^{ème}, 26 oct. 2000, *Bull. civ. II*, n°148, Defrénois, 2001, p. 693, note E. Savaux.

⁸⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, *Bull. civ. I*, n°174, *D.* 2002, somm. p. 1316, obs. D. Mazeaud.

⁸⁴³ Cf. B. Fages, *Droit des obligations*, n°610, englobant ces nouvelles figures sous l'appellation générale « obligation de procurer à autrui l'avantage légitimement espéré ».

⁸⁴⁴ Cass. com. 26 oct. 1999, *Bull. civ. IV*, n°193, *JCP* 2000, I, 233, n°7, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel.

⁸⁴⁵ Cass. com. 9 oct. 2007, *JCP* 2007, II, 10211, note N. Dissaux, *D.* 2008, p. , note D. Ferrier, *Contrats, conc. consom.* 2007, n°298, obs. M. Malaurie-Vignal, *RLDA*, 2008/1, n°1354, note D. Ferré et E. Debert, *RDLC* 2008/3, n° 2891, note D. Mainguy et M. Depincé.