



HAL
open science

La rupture du contrat

Hariz Saidani

► **To cite this version:**

Hariz Saidani. La rupture du contrat. Droit. Université de Toulon, 2016. Français. NNT : 2016TOUL0101 . tel-01522102

HAL Id: tel-01522102

<https://theses.hal.science/tel-01522102>

Submitted on 12 May 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



ÉCOLE DOCTORALE

509 en SHS

THÈSE présentée par :

SAIDANI HARIZ

TITRE de la thèse

La rupture du contrat

THÈSE dirigée par :

Madame Méлина DOUCHY-LOUDOT

Professeure à l'université de Toulon

Année universitaire 2015-2016

INTRODUCTION

1. Le contrat et les relations d'affaires.- Qu'il soit unilatéralement ou synallagmatique, écrit ou verbal, le contrat occupe une place très importante dans la vie des personnes. L'article 1101 du code civil le définit comme étant « Une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. » La définition apportée par l'article 1101 semble quelque peu obsolète. En effet, l'Ordonnance du 10 février 2016 donne une définition qui, à notre avis, est plus large, et semble ne pas rattacher le contrat à la convention, selon son l'article 1101, « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

Il est très important de ne pas confondre entre le contrat et les relations d'affaires, ces dernières sont définies, au sens de l'article L. 561-2-1 CMF, comme « Une relation professionnelle ou commerciale qui est censée, au moment où le contact est établi, s'inscrire dans une certaine durée. La relation d'affaires peut être prévue par un contrat selon lequel plusieurs opérations successives seront réalisées entre les cocontractants ou qui crée à ceux-ci des obligations continues. Une relation d'affaires est également nouée lorsqu'en l'absence d'un tel contrat un client bénéficie de manière régulière de l'intervention » du professionnel « Pour la réalisation de plusieurs opérations ou d'une opération présentant un caractère continu » Étant donné que, la relation d'affaires peut englober en elle-même plusieurs contrats, notre étude concernera cependant, uniquement le contrat. L'ensemble des règles régissant le contrat sont expressément précisées dans le code civil.

2. L'égalité contractuelle.- Une approche sociale, renvoie à des règles strictes, et à la protection de la partie faible au contrat. Le concept " d'égalité contractuelle" a donc vu le jour; un concept tout à fait nouveau en droit des contrats, qui se rattache à plusieurs notions. En effet, « Le concept d'égalité est si abstrait qu'il renvoie à des réalités changeantes. En se cantonnant au droit des contrats, certains auteurs conçoivent l'égalité comme une valeur, d'autres comme un idéal, d'autres encore comme un impératif ou un principe. Certains juristes appréhendent l'égalité comme un objectif, c'est à dire une fin du droit, tendu vers l'équilibre contractuel. »¹

¹ M. LATINA, P. OUDOT, L'égalité en droit des obligations, ovadia, 2015, p.70.

Le contrat repose essentiellement sur l'égalité entre les parties, une égalité qui serait tout de même abstraite, car cette égalité en droit produit une inégalité en fait, une inégalité matérielle, que le droit des contrat ne veut pas prendre en compte².

Toutefois, cette égalité contractuelle, ne peut être atteinte qu'avec l'intervention du juge, « *Car le concept d'égalité est brut, de sorte qu'il faut le raffiner, en en précisant la nature, la fonction, le régime* »³. Il revient donc au juge d'apporter une définition claire à toutes ces notions. En effet, si l'égalité est un droit sa conversion en fait ne peut être opérée que par le juge.

3. La liberté contractuelle.- L'égalité contractuelle consiste à mettre en place une justice contractuelle, car « Qui dit contractuel, dit juste »⁴, afin d'arriver à cette justice, les parties doivent être égales en droit, et jouissent d'une autonomie dans leurs volontés. Ainsi, « Dire que la volonté est autonome c'est admettre que, la volonté des contractant crée à elle seule le contrat et les effets qui en découlent »⁵

Cette autonomie de volonté est liée aussi, à la liberté contractuelle, comme le précise l'article 1102 de l'ordonnance du 10 février 2016. Cette liberté implique que la personne a le choix de contracter ou de refuser de le faire.

En effet, la conclusion du contrat nécessite un consentement des parties.

La liberté contractuelle est aussi, la liberté de choisir son contractant, « *Une partie doit être libre de choisir le contractant avec lequel elle va se lier. Le contrat étant un acte de prévision, les parties doivent pouvoir sélectionner leur contractant, en fonction de critères qu'ils vont prédéfinir, comme la solvabilité ou la réputation du partenaire* ». ⁶

La liberté contractuelle implique aussi la liberté de choisir le contenu du contrat. Cette liberté permet aux contractants de façonner le contrat comme bon leur semblent, et de choisir les clauses de ce dernier sans aucune contrainte.

La liberté contractuelle offre aux parties le pouvoir de choix avant la conclusion du contrat. Quant à son exécution, les parties n'ont pas le choix. La liberté contractuelle s'efface avec la conclusion du contrat. En effet, ce dernier doit être exécuté, et de bonne foi. La Cour de cassation n'a pas

² V. sur ce point M. LATINA, P. OUDOT, L'égalité en droit des obligations, ovadia, 2015

³ M. LATINA, P. OUDOT, op. cit, p.71.

⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit, civil, Les obligations, 11^{ème} éd, Dalloz, 2013, p. 31.

⁵ N. Chardin, Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, Thèse Strasbourg, 1987, p. 25.

⁶ M. LATINA, Le contrat, dalloz, 2013.

hésité à rappeler l'importance qu'occupe la bonne foi dans les rapports contractuelles. Elle affirme cependant que « *La bonne foi largement entendue (loyauté, solidarité, proportionnalité et souci de l'équilibre contractuel) s'imposant dans toutes les phases de la vie du contrat : négociation, information, conclusion, exécution, interprétation, modification, renégociation, inexécution, rupture et ses conséquences* »⁷, la bonne foi dans l'exécution du contrat est la règle qui permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle⁸.

L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat se rattache à la loyauté entre les parties⁹; une loyauté dans l'exécution des obligations qui se rattache aussi à une sorte de solidarité contractuelle .

Cependant, le contentieux contractuelle éclate lorsque l'une des parties n'exécute plus ces obligations.

L'égalité contractuelle est intimement liée à la protection des intérêts des parties et surtout le respect de la parole donnée, ainsi que l'engagement pris. En effet « *Le juge, (...) , n'est plus uniquement chargé de condamner ou d'absoudre, il doit aussi considérer l'équilibre de la transaction et les conséquences de sa décision. L'égalité s'introduit dans le droit des contrats au stade de leur sanction, de leurs effets, et leur formation* ».¹⁰

4. Une comparaison de droits.- La particularité du droit civil français en matière de rupture du contrat, est la place très importante qu'occupe le juge judiciaire. Si on devait faire une brève comparaison entre le droit français des contrats et le droit anglo-saxon par exemple, on s'aperçoit effectivement, qu'en droit français, la rupture du contrat nécessite un recours préalable au juge, autrement dit, l'intervention du juge est a priori, alors qu'en Common Law, le juge n'intervient qu'a posteriori.

5. L'orientation du droit français- L'orientation traditionnelle a toujours fait du juge un pilier dans le domaine de la séparation contractuelle. Avant l'Ordonnance du 10 février 2016, la rupture du contrat n'est que judiciaire. L'article 1184 du code civil dispose que « *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 (...)* La

⁷ Rapport de la Cour de Cassation sur l'avant projet de réforme du droit des obligations dit projet Catala.

⁸ Com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, Bull. civ. IV, n° 188 ; RTD civ. 2007. 773, obs. Fages ; D. 2007. 2844, note Gautier ; D. 2007. 2839, note Stoffel-Munck ; RDC 2007. 1107, obs. Aynès ; RDC 2007. 1110, obs. D. Mazeaud.

⁹ V. en ce sens, PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, 1989, LGDJ.

¹⁰ M. LATINA, P. OUDOT, op. cit, p.14.

résolution doit être demandée en justice. » ainsi « *La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive* ». (CC, art. 1183) Le juge avait en effet, le rôle principal. Traditionnellement, la rupture du contrat était avant tout judiciaire, c'est-à-dire qu'elle est subordonnée à une action en justice, car nul ne pouvait se délier de son propre chef, quelle que soit la raison. En effet « *Pour sortir du contrat, il faut y être autorisé par une autorité extérieur qui, de par sa position de tiers impartial, est certainement mieux à même de juger la légitimité d'un retrait*». ¹¹

6. Le rôle du juge judiciaire.- Il est inconcevable que le juge soit écarté du jeu de la rupture contractuelle. Outre le fait qu'il soit garant du respect de la force obligatoire du contrat, son intervention constitue l'assurance d'une justice contractuelle et une garantie des intérêts des parties. L'une des préoccupations essentielles en matière contractuelle, dans le concept socio-économique actuel consiste à lutter contre une rupture abusive et arbitraire du contrat et contre le risque d'un déséquilibre pouvant conduire à la création d'un monopole d'une partie envers l'autre. La mission du juge consiste à protéger les parties et le contrat lui-même. Il doit se consacrer à garantir et à préserver les intérêts des parties contractantes. Le juge ne doit pas protéger uniquement la partie faible au contrat mais, les deux en même temps.

7. Le juge des référés et la rupture du contrat.- Cela dit, le contentieux contractuel peut être soumis au juge des référés même en présence d'une contestation¹², car il dispose d'un pouvoir d'injonction. « *En effet, le président du tribunal de grande instance est admis, selon l'article 809, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, à prescrire en référé les mesures qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifeste ou prévenir un dommage imminent, " même en présence d'une contestation sérieuse" ».*¹³

¹¹ T. GRNICON, La résolution du contrat pour inexécution, thèse paris II, 2007, p. 381.

¹² Cass. com., 26 févr. 1991, n° 89-16.348, Bull. civ. IV, n° 87, où un fabricant, qui s'était engagé à livrer tous les ans des pulvérisateurs à une société, refusait la livraison de certains appareils au motif que ceux-ci correspondaient à une nouvelle génération de modèles n'entrant pas dans le cadre du contrat.

¹³ Revue Lamy des contrat, la loi contractuelle, partie 3

Habituellement, le juge des référés est exclu de la résolution du contrat. « *La doctrine presque unanime et la jurisprudence considèrent que le juge des référés ne peut pas prononcer la résolution d'un contrat car sa décision préjudicierait nécessairement au fond* »¹⁴. Son rôle en matière de résolution du contrat est la préparation de la décision de résolution du juge du fond¹⁵. Mais l'insertion d'une clause résolutoire dans le contrat ou le cas de rupture unilatérale, octroie au juge des référés un rôle important. « *La place du juge des référés est aujourd'hui considérable, en raison notamment de la fréquence des clauses résolutoire dans le contrat* »¹⁶. Le rôle du juge des référés est donc plus important. Le but de la clause résolutoire est la rupture du contrat sans recours préalable au juge judiciaire, mais ce n'est pas le cas pour une action en restitution ou revendication. Dans ce genre de situation, il est préférable voire recommandé de saisir le juge des référés pour sa rapidité. En effet « *Le pouvoir du juge des référés fondée sur l'article 808 ou 872 du code de procédure civile, pour constater le jeu de la clause résolutoire, et ordonner les restitution subséquente est admis par l'ensemble de la doctrine est affirmé par la jurisprudence* ». ¹⁷ Certes, le juge ne prononce pas la résolution du contrat, car ce dernier est déjà résolu, mais il effectue un contrôle de mise en œuvre. Hormis le pouvoir de vérifier le respect des conditions de mise en œuvre de la clause résolutoire, le rôle du juge des référés est aussi le maintien des liens contractuels. En effet, le juge des référés octroyer au débiteur un délai de grâce pour s'exécuter, mais uniquement dans le cadre de la clause résolutoire. Car, en matière de résolution du contrat, le pouvoir d'accorder un délai au contractant défaillant, revient au juge judiciaire, comme le prévoit l'article 1184 du Code civil. Mais la possibilité du juge des référés d'octroyer un délai n'est admise que si la rupture du contrat n'ait pas été mise en œuvre. En effet, « *Tant que la clause n'a pas joué, le juge [des référés] peut accorder un délai de grâce au débiteur, en revanche cette mesure est exclue dès lors que la clause a joué. Lorsque le débiteur a été mis en demeure, il peut, jusqu'à la date butoir, solliciter un délai auprès du juge des référés* »¹⁸. En matière de rupture unilatérale du contrat, le juge des référés peut être saisi par le débiteur, afin d'obtenir un délai de grâce, encore faut-il que la rupture ne

¹⁴ Ph. NEISS, Juge des référés et la résolution du contrat, petites affiches, 2010, p1.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibidem.

soit pas définitivement prononcée, d'où l'intérêt d'une mise en demeure préalable à la rupture unilatérale. Tous ces pouvoirs du juge des référés sont conditionnés par l'absence de contestation. Dans ce cas, le juge judiciaire serait alors le plus compétent.

8. La nécessité de l'intervention du juge du fond.- Le fait que le juge judiciaire soit l'acteur principal dans la rupture du contrat nous pousse à lui consacrer notre étude. La conception des rapports contractuels à l'heure actuelle, doit être envisagée avec une garantie juridique. Une garantie qui tourne autour du juge, qui s'explique par la mutation et l'évolution de la pratique contractuelle, car « *C'est le juge qui, pour pallier l'inertie et l'immobilisme du législateur depuis 1804, a tracé les grandes lignes du droit des contrats, laissant simplement au législateur quelques miettes dans le Code civil, dont les dispositions, au fil du temps, sont souvent devenues inadaptées, incomplètes, désuètes et imprécises* ». ¹⁹ L'intervention du juge dans la rupture du contrat ne doit pas être perçue comme une fin en soi, qui satisfait l'application des lois régissant la séparation contractuelle, mais comme un moyen de protection des droits et intérêts des parties.

Le contrôle judiciaire de la rupture contractuelle apparaît comme la condition d'une rupture juste et méritée, puisqu'elle assure la suprématie de la force obligatoire du contrat. Sans son contrôle, le contrat n'aurait qu'une portée symbolique.

La garantie judiciaire des intérêts et droits des contractants, doit être effectuée à tous les niveaux, afin d'aboutir à un idéal de protection des droits tout à fait satisfaisant.

Le juge se doit d'être équitable et indépendant afin d'assurer une protection équilibrée et qui va dans les deux sens. Or la protection exclusive de la partie faible au contrat, peut empiéter sur les intérêts de l'autre partie.

Il est nécessaire de garantir une protection intégrale des intérêts des contractants.

Inexécution contractuelle, force majeure, rupture unilatérale, clause résolutoire, dommages et intérêts, ... , plusieurs notions qui ne sont pas étrangères au droit des contrats, mais qui peuvent être source de confusion. L'intervention du juge peut cependant être considérée comme une tentative d'adaptation entre l'évolution de la pratique contractuelle et le besoin d'une

¹⁹ D. MAZEAUD, La place du juge en droit des contrats, RDC 2016, n° 2, p. 353.

modernisation des règles encadrant la séparation contractuelle. « *L'intervention préalable et obligatoire du juge s'explique également par ce caractère de sanction : c'est parce qu'elle sanctionne un débiteur défaillant que la résolution doit être demandée en justice* »²⁰.

D'un autre côté, « *l'intervention du tribunal est nécessaire. Cette condition se comprend aisément si l'on voit dans l'action en résolution une application particulière de l'action en responsabilité* »²¹. La protection judiciaire des parties se superpose avec le contrôle judiciaire du comportement contractuel. L'intervention du juge est précisée explicitement par le législateur, ou implicitement dans la rédaction de la loi, qui provient de l'insuffisance de celle-ci et de l'incapacité du législateur à prévoir toutes les situations.

Toujours est-il que, la partie du code civil relative au contrat comporte plusieurs lacunes et ne semble pas suivre l'évolution de la pratique contractuelle. Le professeur MARCADÉ précise qu' « *à chaque pas, dans notre titre, les rédacteurs ont confondu la convention, le contrat, avec l'obligation qui en découle [...]. Ainsi donc, dans le langage [...] des rédacteurs du code, contrat et obligation sont des termes synonymes, qui expriment une seule et même idée* »²².

9. La place du juge.- C'est donc avec grand intérêt que l'ordonnance du 10 février 2016, a été accueillie. On se demande alors quel rôle aura le juge judiciaire, dans la pratique contractuelle en générale et dans la rupture du contrat en particulier, face à l'évolution des rapports contractuelle ?

Il semblerait que l'Ordonnance du 10 février 2016, ait remis en cause la place du juge en matière contractuelle, une place de leader qu'il occupe depuis longtemps. On dirait qu'il est devenu " la bouche de la loi ". Il apparaît que son rôle a été négligé, car l'ordonnance de 2016, octroi aux parties des prérogatives, autrefois réservées exclusivement au juge. En effet, si l'une des parties décide de ne pas ou ne plus exécuter ses obligations, le créancier peut décider unilatéralement et sans saisir le juge, faire exécuter l'obligation par un tiers. En matière de sanction de l'inexécution contractuelle, par exemple, « *Le rôle du juge (...) est*

²⁰ S. STIJNS « la résolution pour inexécution en droit belge ; condition et mise en oeuvre » in Droit des contrats : France, Belgique / sous la direction de Herman Cousy, Paris, Bruxelles], LGDJ, Larcier - 2005.

²¹ H.L et J. MAZEAU, les leçons de droit civil, obligations MONCHRESTIEN 1998, par. F, CHABAS, n°1094.

²² MARCADÉ, Explication théorique et pratique du code civil, t 4, 7^{ème} éd., 1873, Delamotte, p. 348 et 349, spéc. n° 378 et 379.

sensiblement affaibli par la loi nouvelle qui succombe, dans ce domaine, au phénomène de l'unilatéralisme. Concrètement, un contractant, quand il est victime d'un manquement contractuel, n'a plus besoin de saisir le juge pour obtenir la sanction du manquement en question, il lui suffit, après avoir mis en demeure son cocontractant, de décider de la sanction qui lui semble la plus appropriée »²³. Même en matière de rupture, il est désormais possible - même si ce n'est pas réellement une nouveauté - de résoudre le contrat par une simple notification.

10. L'utilité.- Cela dit, le juge n'est pas complètement dépourvu de son pouvoir. En effet, le débiteur peut toujours contester les agissements de son cocontractant et saisir le juge, qui récupère par conséquent, tous ses pouvoirs.

Mais concrètement, le juge constitue le trait d'union entre la loi et la pratique contractuelle. En effet, le droit français des contrats semble être dépassé est souffre de manque de clarté. Le pluralisme des systèmes de rupture des contrats, demande une présence du juge en charge de la protection des contractants encore plus renforcée. N'ayant pas la possibilité d'éviter les conflits contractuels, l'intervention des organes en charge de cette protection, et plus particulièrement celle du juge, est plus que jamais nécessaire, pour une protection cohérente et équitable ; l'intervention du juge est indispensable à la coexistence de tous ces systèmes de rupture contractuelle, au vu de l'évolution de la pratique et du développement des interactions économiques et sociales, et c'est là que repose le fond du problème, « *Le juge du contrat n'est plus [et ne doit plus être] le spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d'un prétendu principe de l'autonomie de la volonté* »²⁴, même si l'ordonnance de 2016 semble le mettre plus au moins à l'écart, le juge doit toujours jouer un rôle très important en droit des contrats en générale et dans sa rupture en particulier, pour une protection efficace des parties, il doit avant tout, contrôler et rééquilibrer le contrat au moment de la rupture (**Partie 1**). Cela donnerait à son intervention une utilité plus importante. Il est primordial, que le juge soit un acteur, en matière de rupture contractuelle, dont le rôle serait la garantie du respect des lois et la protection complète des parties ; le cas contraire, pourrait réduire alors la portée du code civil actuel à un simple catalogue de lois régissant l'anéantissement du contrat.

²³ D. MAZEAUD, La place du juge en droit des contrats, ob. cit.

²⁴ In, Etudes offertes à Jacques Ghestin, *le contrat au début du XXI ème siècle*, LGDJ., 2001, p. 181.

Cependant, le rôle du juge se rattache à la sanction de l'inexécution contractuelle et veillera à l'instauration d'une proportionnalité entre le manquement contractuel et la sanction infligée (**Partie 2**). Le rôle et l'intervention du juge dans la rupture du contrat, est incontestablement capitale.

PARTIE 1 - L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL JUDICIAIREMENT CONTRÔLÉ AU MOMENT DE LA RUPTURE

11 . Le contentieux contractuel .- Les complications en matière contractuelle apparaissent au moment où l'une des parties n'exécute plus ses obligations. En l'absence d'aménagement contractuel, le juge n'a pas à chercher les raisons pour lesquelles ce contractant a manqué à ses obligations, mais il lui revient uniquement d'apprécier l'existence réelle de l'inexécution. Pour cela, il doit en effet déterminer la gravité du manquement afin d'en tirer les conséquences (**titre 1**).

Il arrive parfois que la tendance soit inversée et la charge de l'appréciation de l'inexécution contractuelle revient aux parties. En présence d'aménagements du contrat prévu par les contractants, le juge se voit dépourvu de son pouvoir et sort du jeu de la rupture du contrat. En revanche, il sera amené à contrôler la façon dans laquelle ces aménagements ont été mis en œuvre, pour autant que le juge dispose de moyens pour contrôler une rupture qu'il n'a pas prononcé (**titre2**).

TITRE 1 - LE CONTRÔLE DU JUGE EN L'ABSENCE D'AMÉNAGEMENT DE LA RUPTURE DU CONTRAT

12. Présentation.- L'absence de dispositions spéciale dans le contrat, donne au juge le plein pouvoir, quant à l'appréciation de l'inexécution contractuelle. Le refus ou l'impossibilité d'exécution crée une situation de déséquilibre. Il revient au juge de rétablir la justice contractuelle, mais cela ne doit pas être au détriment de l'autre partie.

La vérification judiciaire effective de l'existence d'inexécution contractuelle, révoit une importance capitale et se rattache à sa caractérisation voire son évolution (**chapitre 1**).

Il arrive que des situations demandent l'urgence dans la prise de décision. Traditionnellement, le recours au juge pour la rupture du contrat est obligatoire et la procédure judiciaire est longue. Avec l'adoption de l'ordonnance de 2016, le recours au juge occupe la troisième place dans la pyramide des moyens de rupture, il arrive après la rupture unilatérale du contrat (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1 - LA CONSTATATION JUDICIAIRE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

13. Une constatation équitable.- Il est préférable que la constatation de l'inexécution contractuelle soit opérée par le juge, car lui seul peut préserver les intérêts des parties et surtout protéger la partie la plus faible du contrat, qu'elle soit créancière ou débitrice d'une obligation. La conception individualiste des rapports contractuels, fait que chaque partie, cherche à défendre ses propres intérêts sans penser à son partenaire, et privilégier ainsi sa personne au détriment de l'autre.

Afin d'assurer une protection effective, le juge doit apprécier l'existence réelle d'une inexécution contractuelle (**section 1**).

Il est primordial de mesurer l'ampleur et le seuil de gravité de cette inexécution, car l'inexécution à elle seule ne peut pas conduire à la rupture du contrat. Il faut donc qu'elle soit d'une gravité importante et qu'elle crée un déséquilibre contractuel significatif, le juge doit aussi être attentif à l'exécution partielle ou bien tardive (**section 2**).

SECTION 1 - UNE INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

14. L'intérêt .- L'assurance de la protection des intérêts des parties et la garantie d'une sanction juste et équitable, repose sur une constatation exclusivement judiciaire de l'inexécution contractuelle **(§1)**.

L'identification de l'origine de l'inexécution contractuelle n'est pas une condition essentielle, mais la justice contractuelle impose au juge de chercher à déterminer les raisons qui ont empêché le débiteur à ne pas exécuter ses obligations, sans pour autant qu'elle ait, une incidence sur la décision du juge de rompre le contrat. Le code civil comme l'ordonnance du 10 février 2016 en effet, précise que la force majeure doit être prise en compte dans l'appréciation de l'inexécution contractuelle, mais uniquement dans sa décision de sanctionner ou pas le créancier. Car, en présence de la force majeure, le débiteur « *Échappe à la sanction* »²⁵, c'est-à-dire que la résolution du contrat est une conséquence et une suite du manquement **(§2)** et ne sera pas passible de sanctions supplémentaires.

§ 1 - L'INTÉRÊT D'UNE CONSTATATION JUDICIAIRE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

15. Le constat de l'inexécution.- La constatation judiciaire de l'inexécution des obligations contractuelles, comporte en elle-même des avantages. Si le juge n'a pas la charge de prouver l'existence de l'inexécution contractuelle, il lui ait réservé le soin d'apprécier si tel ou tel acte est une inexécution, vis-à-vis des obligations résultant du contrat **(A)**. Cette appréciation ne peut être juste et équitable que si elle est effectuée par le juge, qui se fonde sur des critères bien précis **(B)**.

A - L'APPRÉCIATION DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

²⁵ P. OUDOT, Des remèdes aux sanctions : le retour de la faute au galop !, JCP G, 2016, p. 769.

16. Définition - L'inexécution des obligations est la source des conflits contractuels. Elle est aussi le fondement de toutes les sanctions.

Selon l'article 7.1.1 des principes d'UNIDROIT, « *Par inexécution, on entend tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive* »²⁶.

Dans l'article 1.301 alinéa 4 des principes du Droit Européen du contrat, il est précisé que « *Le terme "inexécution" dénote le fait de manquer à exécuter une obligation issue du contrat, qu'il bénéficie ou non d'une exonération, et s'applique aussi à une exécution tardive ou défectueuse et au refus d'une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet* ». ²⁷

La doctrine de son côté, apporte une définition très simple et très claire de l'inexécution.

D'après J-L CONSTANTINESCO, « *L'inexécution est une notion légale, elle comprend toute exécution qui ne couvre pas complètement et dans toutes ses modalités l'obligation contractuelle assumée. En d'autres termes, par inexécution, on doit comprendre tout écart séparant la satisfaction procurée de la satisfaction promise* »²⁸.

Pour J. DEPREZ « *L'inexécution du contrat, c'est l'échéance non respectée, la livraison tardive, la perte d'une marchandise, la mort d'un passager transporté, c'est la négligence, la mauvaise foi, le préjudice dans les relations, c'est la rupture d'un équilibre fondé sur une confiance qui est, en définitive, trompée* »²⁹.

Qu'elle soit temporaire ou définitive, totale ou partielle, l'inexécution doit être considérée comme étant un manquement contractuel. La seule distinction entre eux est les conséquences.

²⁶ J-P. BERAUD, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce conventionnel », JCP 1995, 1995, I 3842; Ch. LAROUMET, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », JCP 1997, I, 4011, Ch. SERAGLINI, « Du bon usage des principes d'Unidroit dans l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 2003, p.1101.

²⁷ V. dans ce sens, C. PRIETO, *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit Français*, Avant-propos, J. MESTRE, PUAM, 2003.

²⁸ J-L. CONSTANTINESCO, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*. W KOHLHAMMER, Verlag (Stuttgart) et librairie encyclopédique (Bruxel), 1960, p. 91.

²⁹ J. DEPREZ, *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, in travaux de l'association Henri CAPITAN, T XXVII, Paris, Librairie Dalloz, 1968, p. 29.

Par ailleurs, « Le terme d'inexécution comprend toute inexécution qu'elle soit ou non-imputable au débiteur. Ainsi, il recouvre même l'inexécution du contrat provoquée par une force majeure »³⁰.

1 - LA PREUVE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

17 . Présentation. - Pour que le contrat soit résolu, il est indispensable qu'il ait une inexécution des obligations contractuelle. La preuve de l'inexécution du contrat est donc nécessaire. Qu'elle soit imputable au débiteur, ou due à une cause étrangère, l'inexécution des obligations est la condition pour rompre un contrat.

Si le juge ne cherche pas la preuve de l'inexécution, l'incertitude demeure sur le point de savoir si la charge de la preuve de l'inexécution revient au débiteur, ou si au contraire, la preuve de l'inexécution est à la charge du créancier³¹?

Les principes généraux de la preuve son posés par l'article 1315 alinéa 1 du code civil qui dispose que « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* », cette formulation est reprise à la lettre par l'article 1354 de l'Ordonnance du 10 février 2016.

Cette « *Disposition envisage donc la charge de la production des preuves en établissant un ordre chronologique dans leur administration* ». ³²

Pour répondre à la question, la charge de la preuve revient dans un premier temps au créancier, qui doit l'établir pour que sa demande ne soit pas rejetée³³.

Le rôle du juge se résume alors par l'appréciation sa valeur.

La preuve est facilitée lorsque celle-ci ait crée un dommage à l'autre partie, l'inexécution est, dans ce cas, indiscutable.

Dans un second lieu, le débiteur doit aussi présenter la preuve de l'exécution de son obligation, à défaut, il sera sanctionné.

³⁰M. PEI-HENG CHANG, *La résolution du contrat pour inexécution : étude comparative du droit français et du droit chinois*, thèse aix en provence, PUAM, 2005, p. 28.

³¹ H. BOUCARD, « Charge de la preuve de l'exécution et de l'inexécution », Répertoire de droit civil / Responsabilité contractuelle , Dalloz, mars 2014, n° 122.

³² J-L. MOURALIS, Preuve (2 règles de preuve) – D. 2011 (actualisation : avril 2016) n° 46.

³³ Cass. 3^{ème} Civ. , 17 juin 1971, Bull. civ., II, n° 392.

En effet, si une personne achète une marchandise sur internet, mais que cette marchandise ne lui ait pas été livrée, le créancier aura la charge de prouver l'achat, mais ne devra en aucun cas prouver la non-réception de la marchandise, c'est-à-dire l'inexécution de son débiteur, car cela relèverait de l'impossible, c'est au débiteur de prouver que la marchandise en question a bien été livrée, en produisant un accusé de réception par exemple.

Cependant, « Lorsque la conviction du juge est établie, dans un sens ou dans l'autre, il est, en somme, indifférent de savoir à laquelle des deux parties incombait la tâche de la provoquer. Mais quand la balance reste en suspens, quand la vérité, même cette vérité restreinte que permet la procédure, ne peut pas être découverte, c'est alors qu'il importe de déterminer sur qui pèse le fardeau de la preuve. Comme le juge n'a pas (ou n'a plus en droit moderne) la ressource de renoncer à prendre parti et qu'il doit, dès lors, toujours se prononcer pour l'une et contre l'autre des parties, la carence de celle qui se trouve sous le coup de cette charge suffit à entraîner une décision favorable à son adversaire »³⁴.

2 - LA NATURE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

18. Explication.- La détermination de la nature de l'inexécution contractuelle, renvoie à définir si le manquement reproché au débiteur a créé un préjudice à son créancier **(b)**, ou bien cette inexécution n'a produit aucun dommage, autrement dit, sans préjudice **(a)**.

Cependant, cette définition n'a aucune influence sur la décision de rupture ou de maintien du contrat, mais elle a une incidence sur la sanction qui doit être infligé au contractant défaillant

³⁴ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse, Lyon, 1947, n° 117.

a - L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE SANS PRÉJUDICE

19. Constatation. - L'inexécution contractuelle produit la résolution du contrat, peut emporter qu'elle soit fautive ou pas. Il est aussi indifférent que cette inexécution ait produit un préjudice pour que la rupture soit prononcée. L'inexécution ne provoque pas forcément un préjudice. Si on se réfère aux termes de l'article 1147 du code civil « *S'il y a lieu* » prouve alors la possibilité que l'inexécution peut être sans dommage pour l'autre partie³⁵.

20. Exemple. - L'inexécution sans dommage peut être invoquée par le vendeur qui ne livre pas la marchandise lorsque son client a pu se procurer la même marchandise d'un autre vendeur au même prix voire à un prix plus avantageux pour lui³⁶.

Le fait que le créancier se soit procuré la marchandise voulue, lui a évité un préjudice, on peut dire qu'il est satisfait.

Un autre exemple qui illustre bien la situation, un menuisier qui commande du bois pour la fabrication des portes, alors que ce dernier possède déjà suffisamment de bois pour finir sa commande, si le vendeur de bois avait apporté la preuve que sa non-exécution donc la non-livraison du bois demandé n'a provoqué aucun préjudice pour l'acheteur, en démontrant que le menuisier avait assez de bois pour satisfaire à la demande, le débiteur ne peut éviter la résolution, mais pourrait éviter la condamnation à des dommages et intérêts. Quoi qu'il arrive, cette inexécution est un manquement contractuel. Car si le créancier n'avait pas anticipé, son préjudice serait très important.

La question de savoir si le contrat doit être résolu ne se pose pas. L'intervention du juge serait nécessaire pour déterminer si la victime du manquement aura droit à un cumul de sanction, entre résolution et l'octroi de dommages et intérêts.

21. Le remède.- Le remède à cette situation est la résolution du contrat. Le débiteur ne doit en aucun cas être condamné à des dommages et intérêts, car l'inexécution demeure, mais pas le préjudice. Le condamner à des dommages et intérêts, est cependant injuste et inadapté à ce genre de situations. Par exemple, le notaire à qui on donne un bien en gage est tenu de vérifier la valeur réelle du bien. Si ce dernier ne fait aucune vérification, cela constitue une faute. Même dans le cas où le créancier peut avoir une

³⁵ A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^{ème} éd, 2012, p. 296.

³⁶ Exemple issu de, A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, op. cit, p. 279.

satisfaction, il y a manquement de la part du notaire. En revanche, ce manquement ne provoque aucun préjudice, le notaire ne peut pas être condamné à des dommages et intérêts.

Dans son arrêt du 10 février 1981 en effet, la 1^{er} chambre civile de la Cour de cassation précise que « *Le constat de ce que la valeur des biens donnés en gage était suffisante, tant au moment de la constitution de la sûreté qu'à celui de l'échéance convenue, pour assurer la garantie promise, autorise à ne pas tenir compte de la faute commise par le notaire qui n'a pas vérifié la valeur du gage au moment de l'acte* »³⁷.

b - LE CAS D'INEXÉCUTION PRÉJUDICIALE

22. Présentation.- Faire une différenciation entre inexécution préjudiciable et inexécution sans préjudice est intimement liée la sanction qui doit être infligée au débiteur d'une obligation.

L'inexécution contractuelle préjudiciable renvoie au manquement qui a provoqué un dommage à la victime, autrement dit une perte.

Qu'elle soit préjudiciable ou sans préjudice, il est incontestable que l'inexécution conduise à la résolution du contrat, la seule différence et l'octroi des dommages et intérêts.

Par exemple, si un vendeur ne livre pas la marchandise à l'acheteur, cela est une inexécution grave qui est sanctionnée par la résolution du contrat.³⁸

Mais quand est-il des autres sanctions, en particulier, si cette inexécution n'a provoquée aucun préjudice?

On peut citer un autre exemple. Le fait pour une société qui garde des biens, sans disposer d'un système de vidéo surveillance ou d'alarme, ne peut pas être la cause de la survenance d'un vol.

23. Précision jurisprudentielle.- La jurisprudence a toujours exigé la preuve d'un préjudice distinct de l'inexécution pour que la responsabilité du débiteur soit engagée.

Dans son arrêt du 18 novembre 1997, la première chambre civile de la Cour de cassation précise qu' « *Une faute contractuelle n'implique pas*

³⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 10 février 1981, DEFRENOIS, 1982, p. 362, obs. J-L. AUBERT.

³⁸ D.GOL, *Pratique du marché et protection du consommateur*, in *Le code de droit économique : principales innovations*, larcier, Bruxelles, 2015, n° 57.

nécessairement par elle-même l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute »³⁹ en l'espèce, une société a demandé les services d'un expert-comptable pour des missions de comptabilité. Son rapport est plein de fautes. Cependant, la société ne pouvait pas obtenir réparation, car l'inexécution est avérée, mais pas le préjudice. En effet, les difficultés rencontrées par la société n'étaient pas due aux erreurs commises par le comptable et ne peuvent en aucun cas être à l'origine des problèmes de la société. Dans ce genre de situation, l'inexécution n'était pas en rapport direct avec le préjudice, c'est-à-dire que l'inexécution ne peut pas être qualifiée de préjudiciable.

Il est clair que l'indemnisation d'un préjudice demande l'existence d'une inexécution qui l'a provoqué. Le créancier de l'obligation doit alors prouver l'existence d'un lien entre les deux.

La Cour de cassation dans l'arrêt du 26 février 2002, précise, concernant la violation d'une clause de non-concurrence, que son indemnisation est limitée, car cela se justifie par les termes de l'article 1145 du code civil, la haute juridiction affirme que ce dernier, c'est-à-dire l'article 1145 « *Ne dispense pas celui qui réclame réparation de la convention à cette obligation d'établir le principe et le montant de son préjudice* »⁴⁰ la Cour ajoute que le créancier « *Ne justifiait pas d'un autre préjudice* ».

Cette inexécution ne peut être considérée comme une inexécution non-dommageable, car dans cette situation, le non-respect de la clause de non concurrence a conduit d'une part, à la perte de clientèle et d'autre part, à un préjudice moral. Ce qui explique que la Cour lui a octroyé des dommages et intérêts, c'est donc « *La sanction de celui qui a été infidèle* ».

B - CRITÈRE DE L'APPRÉCIATION JUDICIAIRE DE L'EXISTENCE D'UNE INEXÉCUTION

24. Précision.- Comme nous l'avons précisé, le juge n'a pas la charge de la preuve de l'inexécution, mais doit apprécier son existence.

³⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 18 novembre 1997, Bull. civ., I, n° 317.

⁴⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 26 février 2002, Bull. civ., I, n° 68, *La dispense de la formalité de mise en demeure lorsque le débiteur a contrevenu à une obligation de ne pas faire*, RTD Civ. 2002, p. 809, obs. J. MESTRE et B. RAGES, DEFRENOIS 2002, p. 759, obs. E.SAVAUSE.

Pour motiver sa décision, l'appréciation de l'existence de l'inexécution contractuelle repose sur des critères bien précis. La faute en est le critère majeur (1).

D'un autre côté, par souci de justice et d'équité, la distinction entre la faute et les différentes notions est capital. Elle garantirait ainsi, une meilleure appréciation de l'inexécution (2).

1 - LA FAUTE, UN MODE INDIRECT D'APPRÉCIATION DE L'INEXÉCUTION

25. Présentation.- Monsieur le professeur Denis TALLON affirme que l'idée de parler de la faute pour qualifier l'inexécution est plus un détour inutile qu'autre chose.

La notion de faute peut se révéler assez difficile à qualifier et porte en elle-même plusieurs ambiguïtés⁴¹.

La faute comporte deux éléments classiques : « *l'injuria et la culpa* ». L'élément illicite de la faute est *l'injuria*, la violation des engagements découlant du contrat. L'élément psychologique de la faute est la *culpa*, l'imputabilité.

La difficulté se pose essentiellement dans la possibilité de séparer les deux éléments de la faute : la violation de l'engagement et l'imputabilité. C'est dans ce genre de conflits que l'intervention du juge est très importante, et lui seul pourra répondre à cette question et maîtriser ainsi le sens du mot faute.

La jurisprudence et la doctrine affirment que la preuve est par conséquent requise.

L'hypothèse est que l'inexécution est qualifiée par l'intermédiaire du contenu du contrat : « *Si la faute est qualifiée sur ce fondement, les deux termes sont équivalents du point de vue de la fonction* ».

26. La faute et le préjudice.- La question qui se pose est de pouvoir distinguer entre la faute et l'inexécution. Comment peut-on cependant apprécier la faute?

L'appréciation de la faute se fait par rapport au contenu du contrat.

⁴¹ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2005, 9^{ème} éd, n° 559.

La jurisprudence a toujours qualifié la faute contractuelle en se basant sur le contenu du contrat, car la faute contractuelle et l'inexécution sont deux choses tout à fait identiques. La responsabilité de l'interprétation du contrat repose sur les épaules du juge qui aura la lourde tâche de déterminer si l'obligation inexécutée est stipulée dans le contrat. Car il n'est pas nécessaire que l'obligation inexécutée soit expressément stipulée dans le contrat pour être qualifiée d'inexécution contractuelle.⁴²

Récemment, la jurisprudence admet le devoir d'information comme une obligation contractuelle; même dans le cas où cette obligation n'est pas énoncée dans le contrat. Le manque ou l'insuffisance de renseignements constitue une faute de la part du vendeur.

Si par exemple, un professionnel a vendu une marchandise, mais cette marchandise comporte des vices, le vendeur est tenu d'informer le client. Son silence constitue une faute, qui conduira à la rupture du contrat.

*« La faute ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur »*⁴³.

La faute ne dépend pas forcément de l'inexécution de l'obligation contractuelle. L'installateur par exemple, qui ne conseille pas son client n'a pas manqué à son obligation contractuelle, mais a commis une faute, car, même si l'obligation de conseil n'est pas stipulée dans le contrat, la jurisprudence a affirmé que cela constitue une faute. Le vendeur qui ne donne pas suffisamment d'information sur la chose vendue, si celle-ci comporte un vice que le vendeur ne l'a pas signalé, le contrat est résolu, car le comportement du vendeur est constitutif d'une faute. La jurisprudence, en effet, précise que cette faute doit découler du comportement du débiteur vis-à-vis de son créancier.

Il a été précisé que l'information et le renseignement du vendeur à son client doivent être personnalisés et adaptés. Si l'information est inadaptée, le vendeur a commis une faute qui engage sa responsabilité.⁴⁴

La faute perd son effet, si l'inexécution est due à un cas de force majeure, par conséquent la responsabilité du débiteur disparaît.

⁴² Cass. 3^{ème} Civ., 10 juin 2009, n° 08-14.422 et 07-18.618, Bull. civ., III, n° 137, D. 2009, 2839, note M-P. DUMONT-LEFRAND; Cass. 1^{ère} Civ., 28 mai 2009, n° 08-14.421, RTD Civ, 2009, p.720, obs. B. FAGES.

⁴³ Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-11841.

⁴⁴ Cass. Com., 8 avril 2008, BICC 685 du 15 juillet 2008.

2 - LA DISTINCTION ENTRE LES NOTIONS

27. L'utilité.- Pour mieux dissiper les malentendus, la doctrine précise que l'inexécution ne doit pas être confondue avec la faute ni avec le préjudice.

Une définition et une distinction des principes semblent être imposées, cette distinction concerne essentiellement l'inexécution et la faute **(a)**. Par ailleurs, une distinction entre l'inexécution et le préjudice et aussi primordiale **(b)**.

a - LA DISTINCTION ENTRE L'INEXÉCUTION ET LA FAUTE

28. Présentation.- « Les articles fondamentaux ne contiennent pas le mot de faute ; que ce soit les articles 1137, 1142.S, 1146.S, 1184, seule est visée l'inexécution des obligations »⁴⁵.

Le même auteur précise que « La notion de faute contractuelle est admise sans grande distinction dans notre droit, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Pour beaucoup, elle va de soi ; la faute est la base de la responsabilité, qu'elle soit délictuelle ou contractuelle... On ne peut nier que la doctrine, en règle générale, et sans trop se poser de question, utilise la notion de faute contractuelle »⁴⁶.

Cet auteur utilise des justifications fondées sur les termes du code civil lui-même, qui estime et précise que la violation d'une obligation mentionnée dans le contrat est une inexécution et non pas une faute.

Selon un autre auteur en effet, « La faute délictuelle ou quasi-délictuelle demeure profondément unitaire : elle consiste toujours dans l'erreur de conduite que n'aurait pas commise le " Bon père de famille " placé dans les mêmes circonstances », alors que « La faute contractuelle est, au contraire, protéiforme ; sous sa nature générale d'inexécution d'une obligation contractuelle, on décèle une diversité rebelle à toute systématisation... C'est

⁴⁵ D.TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle », In : Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu, 1994, p. 429.

⁴⁶ Ibid, p. 230.

que la faute délictuelle dommageable est la source d'une obligation uniforme de réparation, alors que la faute contractuelle - condition d'ouverture des remèdes contractuels-représente l'inexécution d'obligations infiniment variées »⁴⁷.

29. Utilité.- Il est clair que la distinction entre l'inexécution et la faute permet de préserver plus les intérêts du créancier que ceux du débiteur défaillant, car la différence entre les deux concepts permet de sanctionner le contractant qui n'exécute pas son obligation, quelle que soit son degré et qu'elle soit fautive ou pas.

« Il en résulte que cette conception de l'inexécution interdit de considérer que l'inexécution existe aux yeux du tiers en tant que fait matériel, car cela impliquerait d'apprécier l'inexécution du côté du débiteur contractuellement défaillant ce qui, précédemment, n'est pas le cas »⁴⁸.

Si par exemple, une personne a commandé une marchandise, que le vendeur n'a pas livrée, le fait de ne pas avoir délivré la marchandise ne doit pas être considéré comme étant une faute contractuelle, mais plutôt comme une inexécution contractuelle.

Dans ce cas, l'inexécution s'apprécie du côté de l'acheteur et non pas du côté du vendeur, car c'est l'acheteur qui n'a pas reçu la marchandise acquise ou commandée.

L'inexécution est un manquement à une obligation contractuelle; s'il n'y pas d'obligation, il ne peut pas y avoir d'inexécution, alors que pour la faute, c'est complètement différent. En effet, elle ne dépend pas de l'obligation. La faute ne résulte pas seulement d'une inexécution d'obligation, même si l'obligation est exécutée, la faute peut subsister.

Donc il est très important de faire une différence entre les deux concepts.

b - LA DISTINCTION ENTRE L'INEXÉCUTION ET LE PRÉJUDICE

30. Constatation.- Le préjudice ne peut être considéré comme étant une inexécution, mais doit être assimilé à l'inexécution. Car le préjudice est la preuve de l'existence d'une inexécution. Donc, l'inexécution peut

⁴⁷ M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, tome 2 : Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat, LGDJ. 2003 , p. 292.

⁴⁸ C-E. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, thèse Paris Panthéon, Dalloz, 2011 , p. 27.

provoquer un préjudice. Il peut y avoir une inexécution sans préjudice, mais pas de préjudice sans inexécution. Les deux notions sont différentes, mais sont intimement liées.

Madame BACACHE et Monsieur HUET affirment que le lien entre une inexécution contractuelle et la responsabilité du contractant défaillant est incontestable, même vis-à-vis des tiers.

L'auteur précise que « *La faute et le dommage contractuels se caractérisent par une certaine identité qui n'existe pas en matière délictuelle. Faute contractuelle et dommage contractuel ne sont que l'envers et l'endroit d'une même réalité l'inexécution. Le dommage contractuel constitue une inexécution au sens matériel du terme. Il existe lorsque le créancier n'a pas obtenu la satisfaction qu'il attendait du contrat. Le dommage contractuel se définit par l'absence de la prestation promise au contrat.*

Ce dommage ne peut exister que parce que le contrat contient une obligation mettant à la charge du débiteur l'accomplissement de la prestation en question »⁴⁹.

Madame BACACHE ajoute que « *Cette analyse relève que le dommage contractuel et la faute contractuelle ne sont que la face négative de l'obligation strictement contractuelle. Ils représentent l'envers des éléments constitutifs de l'obligation. Par conséquent, la responsabilité contractuelle n'est autre que le verso de l'engagement spécifiquement contractuel* »⁵⁰.

La conclusion de Monsieur HUET rejoint celle de Madame BACACHE, il précise qu' « *Il est impossible de désolidariser aussi radicalement les notions d'exécution et d'inexécution qui sont l'envers et l'endroit d'un même phénomène juridique, l'obligation* »⁵¹, l'auteur rajoute que « *Le dommage purement contractuel est celui qui affecte la prestation convenue en elle-même : il s'identifie à l'absence de la satisfaction promise au créancier, à l'inexécution proprement dite. Dans cette optique, les notions de faute et de dommage purement contractuels ont tendance à se fondre dans celle d'inexécution : le dommage est l'absence de la satisfaction promise, tout comme la faute est le fait de ne pas l'avoir fournie* »⁵².

⁴⁹ M. BACACHE, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996, p. 56.

⁵⁰ M. BACACHE, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, op. cit, p. 57.

⁵¹ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et délictuelle, essai de délimitation des deux ordres de responsabilité*, thèse Paris II, 1978, p. 456.

⁵² J. HUET, *Responsabilité contractuelle et délictuelle, essai de délimitation des deux ordres de responsabilité*, op. cit, p. 625.

La différence entre l'inexécution et le préjudice réside dans la finalité. L'inexécution conduit à la résolution du contrat et le préjudice à des dommages et intérêts.

La faute, le dommage et l'inexécution tournent au tour du même concept : l'obligation contractuelle.

§ 2 - L'IDENTIFICATION QUANT À L'ORIGINE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

31. Présentation.- Selon l'article 1184 du code civil, la condition de la résolution d'un contrat en est l'existence d'une inexécution contractuelle. En effet, « *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* ». (cc, art. 1184)

Selon cet article, il n'est pas nécessaire que l'inexécution soit du fait de la partie défaillant; on parle alors de l'imputabilité de l'inexécution **(A)**. Dans le cas où l'inexécution est due à un cas de force majeure **(B)**, qu'elle est la position de la doctrine et de la jurisprudence ?

A - L'IMPUTABILITÉ DE L'INEXÉCUTION

32. Le fait du débiteur.- L'article 1184 du code civil précise que « *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* ». En matière de résolution du contrat, la loi est très claire. Elle est indifférente aux regards des motifs qui ont empêché l'une des parties à exécuter ses obligations. La résolution du contrat est liée à l'inexécution des obligations; peu importe les raisons qui ont conduits à cette inexécution. La jurisprudence française a souvent appliqué les termes de l'article 1184 du code civil, sans distinction entre inexécution imputable et non-imputable au débiteur. Elle reste indifférente quant à l'origine de cette inexécution.

Dans L'arrêt CECCALDI du 14 avril 1891, la Cour de cassation avait censuré une Cour d'appel qui avait refusé d'appliquer l'article 1184 du code civil, au motif que cet article « *Ne serait pas applicable au cas où le contrat a été exécuté en partie et où c'est par un cas de force majeure qu'il n'a pu recevoir sa complète exécution* ». La Cour précise aussi que « *Lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient aux tribunaux de rechercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui y aurait manqué complètement, et, en cas d'inexécution partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette exécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts ; que ce pouvoir d'appréciation est souverain* »⁵³.

Il en résulte que seule l'inexécution de l'obligation compte. L'origine de celle-ci n'a et ne doit avoir aucune influence sur la décision du juge. L'imputabilité de l'inexécution du débiteur n'est pas un critère d'appréciation de la résolution.

La première chambre civile de la Cour de cassation a suivi le même raisonnement en affirmant dans son arrêt du 4 février 1976 que « *La résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en vertu de l'article 1184 du code civil, en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, même si cette inexécution n'est fautive* »⁵⁴.

La Cour de cassation a même censuré une décision de la Cour d'appel d'Agen qui n'avait pas prononcé la résolution du contrat au motif que l'inexécution contractuelle reprochée au débiteur était due à une force étrangère et donc ne lui était pas imputable.

La première chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt le 28 avril 1982 dans lequel, elle précise que « *Demande de résolution judiciaire en cas d'impossibilité [d'exécution] n'est pas nécessaire* »⁵⁵.

⁵³ Cass. Civ., 14 avril 1891, DP 91. 1. 329, note Planiol, S. 94. 1. 391.

⁵⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 4 février 1976, Bull. civ., 1976, I, n° 53, p. 43; Cass, 1^{ère} Civ., 12 mars 1985, Bull. Civ 1985, I, n° 94. P87 ; JCP 1985, IV, p. 187 ; RTD Civ, p. 345, obs. J. MESTRE; « *La résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, même si cette inexécution n'est pas fautive et quel que soit le motif qui a empêché cette partie de remplir ses engagements, alors même que cet empêchement résulterait du fait d'un tiers ou de la force majeure* », Cass. 1^{ère} Civ., 2 juin 1982 ; Bull Civ, 1982, I, n° 205, p. 178, JCP 1982, IV, p. 285.

⁵⁵ Cass. Civ., 28 avril 1982, Bull. civ., 1982, IV, n° 145, p. 128; JCP 1982, IV, P237, RTD Civ. 1983, p.340, obs. F. CHABAS.

La chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas suivie la chambre civile, qui a précisé qu'en vertu de l'article 1184 du code civil, « *Lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient aux tribunaux de rechercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui y aurait manqué complètement* ». ⁵⁶

33. Le recours au juge.- Selon le professeur CHABAS, « *Les arrêts de la première chambre civile et celui de la chambre commerciale sont complètement contradictoires, car en cas de force majeure, la chambre commerciale précise que la résolution est de plein droit, alors que pour la chambre civile, la rupture du contrat dans ce genre de situation doit être demandée en justice* » ⁵⁷.

Autrement dit, pour la chambre civile, le recours au juge pour prononcer la résolution reste obligatoire quelle que soit la raison qui a empêché le débiteur à exécuter ses obligations. Alors que la chambre commerciale estime que le recours au juge n'est pas une obligation, s'il demeure une impossibilité totale d'exécution.

Aucun texte légal ni jurisprudence n'a écarté la résolution d'un contrat au motif que l'inexécution n'était pas imputable au débiteur.

La tendance jurisprudentielle est l'application des textes de l'article 1184 du code civil.

Cela dit, il est plus juste et équitable de suivre le raisonnement de la 1^{er} chambre civile de la Cour de cassation, car dans ces cas, il est capital de laisser la décision de rompre le contrat au juge, car il est le seul à rendre une décision impartiale.

Pour monsieur CHABAS « *L'inexécution doit procéder d'un fait du débiteur qui n'est pas nécessairement constitutif d'une faute, mais qui doit, du moins, lui être imputable.* »

L'auteur précise que la résolution pour inexécution ne peut intervenir que si elle est imputable au débiteur, sans pour autant qu'elle ait créé un préjudice. Cette théorie est quelque peu contestable, à partir du moment où l'inexécution subsiste. La résolution doit être prononcée, que cette inexécution soit du fait du débiteur, ou due à un cas de force majeure, ou bien, causée par un tiers. L'imputabilité du débiteur ne doit avoir aucune incidence sur la décision du juge. En revanche, sa responsabilité est engagée

⁵⁶ Cass. Civ., 14 avril 1891, op. cit.

⁵⁷ F. CHABAS obs, RTD Civ, 1983, p. 340-341.

uniquement pour l'octroi de dommages et intérêts, en présence d'un préjudice qui lui est imputable.

L'article 1184 du code civil, ne distingue pas entre les causes d'inexécution des conventions et n'admet pas la force majeure comme faisant exception à la règle qu'il a consacré ⁵⁸.

L'article 1184 du code civil, ne fait aucune distinction entre inexécution due à une cause étrangère et une inexécution fautive du débiteur, la seule précision apportée par ce texte est que la résolution peut être demandée en cas d'insatisfaction et que la partie insatisfaite peut forcer son partenaire à s'exécuter, si toutefois cette inexécution « *reste toujours possible* ».

L'intervention judiciaire est donc indispensable pour garantir l'application des lois « *De même, quand l'inexécution provenant de la force majeure est seulement partielle ou porte sur une obligation accessoire, l'intervention d'un juge est requise pour vérifier si cette inexécution est d'une gravité telle que le contrat doit être anéanti* »⁵⁹.

B - LE JUGE ET LA FORCE MAJEURE

34. Définition.- Avant toute chose, une définition des concepts nous semble nécessaire. Dans le code civil, on peut trouver deux termes, "*force majeure*" et "*cas fortuit*", mais le problème qui se pose est qu'il n'existe aucune définition claire et précise de ces deux concepts. Ce qui rend l'intervention du juge encore plus nécessaire.

C'est cette lacune qui ouvre la porte au juge et lui donne une autorisation indirecte pour décider, si oui ou non, le contrat doit être rompu dans ce genre de situation.

L'article 1218 de l'ordonnance du 10 février 2016 précise que la force majeure est un événement qui « *Échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat* »

La Cour de cassation dans son arrêt du 6 novembre 2002, a décidé que « *Seule l'irrésistibilité et l'imprévisibilité dans son exécution, dont la survenance doit être appréciées à la date de la conclusion du contrat, caractérise la force majeure* ».⁶⁰

⁵⁸ Cass. 3^{ème} Civ., 1875, D.P 1875, 1, p. 409.

⁵⁹M. SOON-KOO, *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, LGDJ, 1996, p. 42.

La doctrine la qualifie d'« *Evènement imprévisible, irrésistible et extérieur à l'activité du débiteur* »⁶¹. Une partie de la doctrine serait plutôt favorable à une définition plus claire, ils qualifient, la force majeure « *D'un évènement extérieur lié à un risque majeur* », ⁶² autrement dit une catastrophe (inondation, ouragan, tremblement de terre ...), tandis que le cas fortuit serait un événement interne se rattachant à l'activité du débiteur ou de son entreprise (incendie, avarie de matériel, vol ...).

Pour le professeur DANTI-JUAN la force majeure se définit comme « *L'évènement imprévisible et irrésistible qui, provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage (force de la nature, fait d'un tiers, fait du prince), le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité...* »⁶³.

L'accord s'est « *Pratiquement fait dans la doctrine récente pour renoncer à établir une distinction générale entre cas fortuit et force majeure* » et « *de façon générale la jurisprudence n'admet pas une distinction entre cas fortuit et force majeure* »⁶⁴ ; ceci conforte l'hypothèse selon laquelle l'intervention du juge est indispensable pour une interprétation logique et objective de l'origine de l'inexécution et « *Aujourd'hui les deux termes force majeure et cas fortuit sont devenus synonymes* »⁶⁵.

Toujours est-il que, l'intérêt de l'intervention du juge ne se résume pas seulement à l'établissement d'une définition de la force majeure et de cas fortuit, car « *Il ne suffit pas, en effet, d'affirmer que l'inexécution par l'un des contractants de l'obligation par suite d'un cas fortuit ou de force majeure rejaillit sur l'obligation de l'autre contractant pour que le sort du contrat soit réglé. Encore faut-il savoir s'il y a bien cas fortuit ou force majeure et éventuellement l'incidence d'une inexécution partielle* ». ⁶⁶

35. L'influence.- Comme nous l'avons déjà précisé, l'article 1184 du code civil est complètement indifférent quant à l'origine de l'inexécution contractuelle. Aucune précision n'est donnée au sujet du cas de force majeure et de son influence sur l'inexécution du contrat. La force majeure

⁶⁰ Cass. Civ., 6 novembre 2002, Sté Clio "Voyages Culturels" c/ T. : Juris-Data n° 016221 et 1ère Civ. - 30 octobre 2008, BICC n°697 du 1er mars 2009.

⁶¹ Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème}, éd, 2009, n° 446.

⁶² F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd, 2009, n° 581.

⁶³ M. DANTI-JUAN, « La force majeure », Dalloz, 2015, n° 3.

⁶⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit, n° 581.

⁶⁵ Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd, 2009, n° 446.

⁶⁶ H. CAPITAN, F.TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome II, Dalloz, 2000, p. 183.

est appréciée strictement par les juridictions⁶⁷. L'article 1218 de l'ordonnance du 10 février 2016 précise qu' « *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* ».

Cet article a en quelle que sorte comblé le vide laissé par la loi, mais le flou demeure toujours. Il revient donc au juge d'apporter une définition et d'apprécier quel événement rentre dans le champ d'application de l'article 1218 de l'ordonnance de 2016.

Il apparaît aussi, que la cause étrangère n'est plus une caractéristique de la force majeure, alors que la jurisprudence l'a longtemps considéré comme l'un de ses aspects.

La Cour d'appel de Colmar a précisé dans un arrêt du 10 mars 1998, que « *La force majeure permettant au débiteur de s'exonérer de ses obligations doit, selon la jurisprudence revêtir les caractéristiques suivantes : la force majeure doit être étrangère ou extérieure au débiteur, elle doit constituer un événement imprévisible et elle doit être irrésistible en ce sens que le débiteur doit être totalement empêché d'exécuter son obligation* »⁶⁸.

Il est ainsi affirmé dans un arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2011, que si un voyageur qui se fait agresser dans le train par une personne qui agit sans parole et sans précéder son geste d'une quelconque manifestation, ou agitation, circonstance que le personnel de bord ne pouvait anticiper et empêcher l'agression, car une telle situation présente un caractère imprévisible et irrésistible, le transporteur ne peut être responsable.⁶⁹

La Cour de cassation qualifie, donc la force majeure d'un événement « *Imprévisible et irrésistible, étranger à la personne elle-même* »⁷⁰.

Il revient au juge d'apprécier les cas ou les événements survenus au cours de l'exécution du contrat pouvaient constituer un cas de force majeure. Car, ni le code civil ni l'ordonnance de 2016 n'ont donné une définition de celle-ci. En revanche, la Cour d'appel contrôle systématiquement l'appréciation du juge du fond.

⁶⁷ Cass. Com., Arrêt n° 689, 7 juillet 2015, n° 13-25.206.

⁶⁸ C.A de Colmar., 10 mars 1998, SA JAMONT SERVICES/S A BEFS TECHNOLOGIE, Juris Data n° 049925.

⁶⁹ Cass. 1^{ère} Civ., du 23 juin 2011, n° 10-15811, BICC n° 751 du 15 novembre 2011.

⁷⁰ Cass. 3^{ème} Civ., 14 mai 1969, Bull. civ., III, n° 387, p. 297 ; 29 juin 1988 : Bull. civ., III, n° 119.

En effet, L'appréciation faite par le juge du fond des éléments constitutifs de la force majeure est régulièrement, voire systématiquement, contrôlée par la Cour de cassation.

La Cour de cassation a souvent approuvé l'appréciation des juges du fond vis-à-vis de la force majeure. La haute juridiction « *Après avoir énoncé à bon droit que "seule l'impossibilité générale et absolue d'exploiter la propriété agricole litigieuse pouvait être assimilée à la destruction totale de la chose louée", les juges du second degré, appréciant souverainement la valeur des éléments de preuve qui leur étaient soumis, déclarent que de nombreuses attestations, émanant tant de viticulteurs que de négociants en vins de la région algéroise, établissent que, jusqu'au 1^{er} octobre 1963 (...), les vendanges se sont effectuées normalement et ont été régulièrement commercialisées ; ils en déduisent que SANTACREU, faute d'avoir dénoncé plus tôt le bail, comme il en avait la possibilité, doit le loyer jusqu'au 1^{er} octobre 1963. Ils ont ainsi dénié, à bon droit, l'existence d'un cas de force majeure* »⁷¹.

Il est possible que la Cour de cassation censure des juges du fond, soit pour avoir admis ou refusé d'admettre l'incidence de la force majeure. Elle a ainsi affirmé en effet, que « *Sans chercher, comme elle y était invitée, si l'incapacité mentale de la débirentière ne l'avait pas empêchée d'effectuer les règlements ponctuels de la rente et ne caractérisait pas la force majeure, la Cour d'appel a violé le texte suivant susvisé (l'article 1184 du Code civil)*»⁷².

Même si la cause étrangère est écartée par l'article 1218 de l'ordonnance de 2016, je juge devrait toujours l'assimiler à la force majeure. Car, si l'inexécution est due à un tiers au contrat, la responsabilité du débiteur ne doit pas être engagée, il n'échappe pas à la résolution du contrat, mais doit pas être condamné à la réparation du préjudice que l'inexécution a pu provoquer.

Le rôle du juge est encore plus important quand la force majeure revêt un caractère temporaire. En effet, « *Lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient aux tribunaux de rechercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui y aurait manqué complètement, et, en cas d'inexécution partielle, d'apprécier,*

⁷¹ Cass. 1^{ère} Civ., 4 décembre 1969, arrêt n° 1.594, n° 68-11.466.

⁷² Cass. 3^{ème} Civ., 6 mai 2003, arrêt n° 556, n° 02-10.624.

d'après les circonstances de fait, si cette exécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts ; que ce pouvoir d'appréciation est souverain. »⁷³

Quoi qu'il arrive, le contrat est résolu du fait de l'existence d'une inexécution, même en présence d'un cas de force majeure.

Mais il se peut que la responsabilité du débiteur puisse être engagée. En effet, « *La fonction technique de la force majeure permet de décrire le champ de la responsabilité qu'il s'agit d'exclure. Elle en épouse, en négatif, les frontières et conduits à son fondement, l'explication donnée de sa responsabilité à celui qui l'encourt : le risque, si la force majeure est extérieure, la faute - présumée - dans le cas contraire »⁷⁴. La première chambre civile de la Cour de cassation, affirme dans un autre arrêt que « *Si l'irrésistibilité de l'évènement est, à elle seule, constitutive de la force majeure lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets, encore faut-il que le débiteur ait pris toutes les mesures requises pour éviter la réalisation de cet évènement. Ayant constaté en l'espèce que l'hôtelier ou ses préposés n'avaient pas effectué un contrôle strict des entrées, le veilleur de nuit ayant lui-même ouvert la porte d'entrée à l'un des malfaiteurs qui prétendait avoir un rendez-vous avec une cliente de l'établissement, la Cour d'appel a pu estimer que ce vol à main armée ne constituait pas un cas de force majeure .»⁷⁵**

SECTION 2 - UNE INEXÉCUTION GRAVE DES OBLIGATIONS

36. Avantage.- L'intérêt d'une intervention judiciaire dans la rupture des contrats passe aussi par la détermination du niveau d'inexécution, pouvant être considéré comme grave. Cela entraînerait par la suite l'anéantissement des liens contractuels. Le législateur avait posé les règles régissant la rupture des contrats. Celles-ci portent en elles-mêmes plusieurs lacunes et ouvrent le chemin aux juges pour jouer un rôle très important.

⁷³ Cass. Civ., 14 avril 1891, op. cit.

⁷⁴ P. Oudot, Des remèdes aux sanctions : le retour de la faute au galop !, JCP G, 2016, n° 7.

⁷⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 9 mars 1994, arrêt n° 407, n° 91-17.459 : Bull. civ., I, n° 91.

Son intervention a pour but de réduire les arguments inutiles que pourrait apporter le créancier pour anéantir le contrat.

L'intervention du juge ne doit pas être perçue comme un obstacle au droit du créancier mais, plutôt comme un mécanisme permettant de préserver les intérêts des deux parties; tout en s'assurant de la bonne foi de ces dernières.

L'absence de définition claire du manquement pouvant être grave, constitue un trou législatif. L'ordonnance de 2016 n'a apporté aucune précision. Il revient donc au juge d'apporter une définition à ce concept. Dans l'arrêt du 15 avril 1845, la haute juridiction affirme que, « *Les tribunaux doivent examiner et apprécier les faits et les actes constitutifs de l'inexécution et les conséquences qu'elle doit avoir, (...) la loi n'a pas fixé les limites dans lesquelles le juge doit se renfermer pour son appréciation, d'où il suit que cette appréciation lui appartient exclusivement* »⁷⁶, elle précise aussi dans le même arrêt que le juge doit avant tout, « *Apprécier d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a eu assez d'importance pour que la résolution doit être prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts* »⁷⁷; la Cour a donc donné au juge du fond, un large pouvoir d'appréciation.

Ce pouvoir permet au juge de faire une estimation du seuil de l'inexécution afin de déterminer si elle est suffisamment grave pour rompre le contrat **(§1).**

Si l'inexécution est le fait générateur de la rupture du contrat, il existe quelque exceptions. L'inexécution partielle ou tardive jouissent d'un traitement particulier. En effet, il appartient aux juges « *En cas d'inexécution partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette exécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée* »⁷⁸ **(§2).**

⁷⁶ Cass. Civ., 15 avril 1845, D.P. 1845, 1, 411 ; S. 1845, 1, 345.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Cass. Civ., 14 avril 1891, op. cit.

§ 1 - UNE ESTIMATION JUDICIAIRE DU SEUIL DE GRAVITÉ DE L'INEXÉCUTION

37. Présentation.- Le large pouvoir du juge est d'autant plus justifié que nécessaire. Car, comme nous l'avons déjà précisé, il tient à garantir le respect de l'engagement contractuel, les droits et les intérêts de chacune des parties. « *Il apparaît ainsi que la question du caractère grave ou non du manquement est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond* »⁷⁹.

La Cour a ainsi estimé que l'appréciation de la gravité de l'inexécution doit tenir compte des circonstances de fait de chaque espèce soumis au juge. Autrement dit, faire une analyse au cas par cas sans se contenter de faire un catalogage, comme elle le précise dans son arrêt du 22 mars 1983, où elle affirme que « *Toutes les circonstances de la cause intervenues* »⁸⁰ doivent être prises en compte. Ce qui laisse entendre que le juge du fond n'est pas et ne doit pas être indifférent, même en ce qui concerne les efforts effectués par le débiteur, pour assurer la continuité et l'exécution du contrat *a posteriori* de la mise en œuvre de la procédure de résiliation du contrat.

38. Précision jurisprudentielle .- La Cour de cassation précise que le juge du fond devrait tenir compte de la gravité du manquement du débiteur, même *a posteriori* de la demande en résiliation. Autrement dit; c'est dans l'intérêt du débiteur de poursuivre ou d'essayer de poursuivre l'exécution du contrat, même dans le cas où une demande de résiliation de celui-ci a été introduite. Comme le précise monsieur le professeur Jacques MESTRE : cette pratique trouve sa justification en grande partie dans la nécessité d'éviter la multiplication des procès.

Monsieur LEVENEUR précise que : « *Ne tenir compte que des manquements antérieurs à l'assignation en résolution pourrait le cas échéant conduire, en présence d'un contrat à exécution successive, à refuser une première fois la résolution, puis à examiner une seconde demande aussitôt formée par le créancier de l'obligation qui aurait continué d'être inexécutée pendant la durée de la première instance, pour éventuellement constater la gravité suffisante des manquements accumulés et prononcer finalement la résolution du contrat* »⁸¹.

⁷⁹ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, thèse, Lille II, ANRT, 2001, p. 106.

⁸⁰ Cass. 3^{ème} Civ., 22 mars 1983, Bull. civ., III, n° 84, p. 67 ; Rép. Defrénois 1984, p. 296, RTD Civ. 1985, p. 165. obs. J-L. AUBERT.

⁸¹ L. LEVENEUR, RTD Civ. 1994 , p. 353.

L'absence de définition a donné une grande liberté aux juges du fond **(A)**. En effet, « ... Investis du pouvoir d'interpréter souverainement les conventions, décident également d'une manière souveraine si une convention doit être considérée comme n'ayant pas été exécutée ». ⁸² Cela lui a donné un autre pouvoir qui consiste en l'appréciation du comportement grave du contractant **(B)**.

A - L'ABSENCE D'UNE DÉFINITION CLAIRE APPORTÉE PAR LA LOI

39. Une lacune.- Il est parfois difficile de savoir si tel ou tel manquement peut être considéré comme suffisamment grave, afin de justifier la rupture du contrat.

« Le législateur vise ou définit certains cas d'inexécution, mais ne définit pas l'inexécution en tant que telle, que ce soit dans les dispositions propres aux contrats nommés ou dans les dispositions communes ». ⁸³

Afin d'apporter une appréciation équitable, le juge s'appuie sur des critères bien précis **(1)**. L'incidence du manquement serait le critère majeur **(2)**.

1- LES CRITÈRES D'APPRÉCIATION DE LA GRAVITÉ DE L'INEXÉCUTION

40. Une évaluation juste de l'inexécution.- Le pouvoir du juge dans l'appréciation de la gravité de l'inexécution, est souverain ⁸⁴.

La délégation de la tâche d'évaluation de la gravité du manquement contractuel au juge, peut se révéler très efficace pour lutter contre les lacunes et l'insuffisance de la loi.

⁸² Cass. Req., 26 juillet 1875, D. 1876, 1, 199.

⁸³ H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », Dalloz, 2014, n° 208. Voir sur ce point FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle* [Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat], *op. cit.*

F. ROUVIÈRE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, Thèse Aix en Provence, préf. ATIAS.

⁸⁴ I. NAJJAR, « Conditions relatives à l'inexécution », Dalloz, 2008, n° 658.

Pour pouvoir apprécier la gravité du manquement reproché au débiteur, le juge compare l'étendue de l'inexécution et l'objet de l'obligation⁸⁵.

41. Illustration. - Par exemple, une société de travaux du bâtiment qui doit effectuer des travaux, construit un mur de 50 mètres pour entourer une propriété. Si l'entreprise construit seulement la moitié, il est évident que le manquement est suffisamment grave, même si l'inexécution est seulement partielle.

Dans ce genre de situation, il est clair que la question de savoir ou d'apprécier le seuil de gravité de l'inexécution, ne se pose pas. Il est certain que le manquement reproché au débiteur est évident.

Néanmoins, le juge effectuera une recherche fondée sur l'éventuelle satisfaction du créancier, en cas d'une inexécution partielle⁸⁶.

Dans un contrat de vente par exemple, s'il se révèle le jour de la livraison qu'il y a une différence insignifiante entre la quantité demandée et celle livrée, le manquement n'est logiquement pas suffisamment grave pour que le juge prononce la résolution du contrat.

La 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 17 mai 2006, précise que même si l'inexécution d'une partie est répétée, cela ne constitue pas forcément un manquement grave⁸⁷. La Cour donne une certaine liberté au juge du fond dans l'appréciation de la gravité du manquement⁸⁸ qui se fonde sur la nature de l'obligation inexécutée (**a**), mais cela peut comporter quelque lacunes (**b**).

a - UNE APPRÉCIATION FONDÉE SUR LA NATURE DE L'OBLIGATION INEXÉCUTÉE

42. Le principe de l'appréciation. - Selon le professeur Hélène BOUCARD « *L'obligation contractuelle est (...) la mesure de l'exécution comme de l'inexécution* ». ⁸⁹

Si c'était le créancier qui devait apprécier la gravité du manquement, il pourrait, s'il est de mauvaise foi, prétendre que l'inexécution reprochée à

⁸⁵ U.J.SCIOLDO ZURCHER, *La résolution des contrats au cas d'inexécution partielle*, thèse paris, 1934, p. 76 et suite.

⁸⁶ V. par exemple Cass. Req., 20 novembre 1929, Gaz. Pal, 1929.2. 978.

⁸⁷ V. Cass. 3^{ème} Civ., 17 mai 2006, n° 05-14.495, AJDI 2007. 200, obs. Laporte-Leconte ; D. 2007. 903, spéc. 911.

⁸⁸ Cass. 3^{ème} Civ., 1 octobre 2008, AJDI 2009. 189.

⁸⁹ H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », Dalloz, 2014, n° 208.

son débiteur est très grave et demanderait par conséquent la résolution du contrat au lieu d'une exécution forcée ou simple dédommagement.

« Il en irait différemment cependant dans l'hypothèse, plus exceptionnelle où il apparaîtrait que seule une livraison totale de marchandise aurait été de nature à satisfaire le créancier, lorsque la moindre défaillance d'une partie fait perdre à l'autre l'utilité du contrat, c'est la résolution qui doit être prononcée »⁹⁰.

En matière de baux, il est relativement facile de déterminer si le manquement est grave ou d'une faible gravité. Sont considérés comme étant un manquement grave par exemple, des travaux de modification de la chose louée, effectués par le locataire, sans l'autorisation du propriétaire. Le juge peut en effet prononcer la résolution du contrat pour manquement grave du preneur pour ce motif.

Le juge doit effectuer une appréciation complémentaire, dans le cas où une légère modification pourrait effectivement être considérée comme étant un manquement grave de la part du preneur.

Le juge devra analyser, d'une part si cette modification était nécessaire à l'activité du preneur et d'autre part, les intentions des parties. La question étant de savoir à quel point cette modification est tolérable. Cette tolérance serait en quelque sorte un paramètre de la faiblesse de la gravité de l'inexécution.

43. Le critère d'appréciation.- Dans l'arrêt du 11 décembre 1990, la Cour de cassation démontre l'analyse objective du juge pour apprécier le caractère grave du manquement.

En l'espèce, un employé d'une société de gardiennage qui était chargé de surveiller des locaux d'une entreprise, a commis un vol dans ses locaux. Le juge du fond a estimé que l'infraction commise par l'employé de la société de gardiennage était suffisamment grave, en s'appuyant sur le fait que la société était censée protéger les locaux de l'entreprise des éventuels vols ou dégradations. Alors que c'est un de ses employés qui avait commis le vol, par conséquent, le juge prononça la résolution du contrat au tort de la société de gardiennage.

On peut se demander alors dans ce genre de situation, si l'entreprise est tenue de payer la société de gardiennage pour les heures effectuées ultérieurement au vol ? Il est clair que seul le juge peut répondre à cette question. On comprend ainsi que son intervention est plus qu'indispensable.

⁹⁰ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, thèse, Lille II, ANRT, 2001, p. 109.

Dans ce cas de figure, un regard extérieur pourrait être le plus juste et équitable. Logiquement l'entreprise doit payer les heures effectuées, mais l'entreprise pourrait demander réparation. La mauvaise foi du directeur pourrait amener ce dernier à ne pas le faire, et à considérer son acte comme une sanction pour avoir enfreint au contrat. Son acte constitue alors une inexécution.

L'intervention judiciaire reste donc une garantie du respect des droits et intérêts des parties. Il en ressort que le juge est garant d'une sorte d'équité entre les deux parties contractantes.

Ce qu'il faut retenir, c'est que dans certains cas, les choses paraissent simples. Mais elles se compliquent lorsqu'une partie exécute normalement ses obligations, mais que cette exécution revêt un caractère imparfait ou incomplet « *Sans qu'il soit pour autant possible de déduire aisément et de manière relativement objective le caractère grave ou non du manquement qui lui est reproché. Se pose alors depuis longtemps la question de savoir sur quels éléments doit s'appuyer le juge lorsqu'il s'agit pour lui d'apprécier si le manquement est suffisamment grave pour justifier la résolution du contrat* ». ⁹¹

b - LES LACUNES DU FONDEMENT DE LA GRAVITÉ DU MANQUEMENT SUR LA NATURE DE L'OBLIGATION INEXÉCUTÉE

44. L'inutilité du principe.- Nombre de droits étrangers donnent une importance à la nature de l'obligation violée, essentielle ou facultative. En droit positif français, on se base sur la nature de l'obligation inexécutée, essentiellement dans le cas où l'exécution serait seulement partielle et rappelons le, le juge joue un rôle très important dans ce cas. Le contentieux contractuel, une fois déclenché, se fondera principalement sur le fait de savoir si l'exécution reprochée au débiteur pourra créer un déséquilibre contractuel et donc un préjudice à la victime. Le créancier pourra prétendre que l'obligation violée est essentielle, même si elle est de faible gravité, uniquement dans le but de se débarrasser d'un cocontractant peu fiable et

⁹¹ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, thèse, Lille II, ANRT, 2001, p. 110.

n'exécutant pas le contrat correctement. En revanche, le débiteur pourrait nier et prétendre de son côté, que l'obligation non exécutée ne puisse, à elle seule, réduire l'intérêt économique du contrat, même si cette dernière est bel et bien une obligation essentielle. Le juge dans ce cas, garantit l'intérêt des parties au contrat et veille à ce que les contractants exécutent leurs obligations de bonne foi.

Le juge est une assurance d'une condamnation à une sanction juste et adaptée à l'obligation inexécutée par la partie défaillante.

Le professeur SEFTON-GREEN précise que « *Cette théorie [de l'appréciation de la gravité de l'inexécution fondée sur la nature de l'obligation violée], centrée sur l'intensité de la promesse, essentielle ou accessoire, pose en hypothèse que la qualité de l'obligation joue un rôle déterminant dans le choix auquel procèdent les tribunaux d'accorder ou de refuser la résolution du contrat* ». ⁹²

45. Les sanctions envisagées.- Logiquement, l'inexécution d'une obligation essentielle doit aboutir à une sanction importante pour le créancier, qui se traduit par la rupture du contrat. À l'inverse, la violation d'une obligation accessoire, ne doit pas entraîner une sanction lourde. Un délai de grâce, voire des éventuels dommages et intérêts devraient être suffisants dans ce genre de manquement. Cela dit, si l'obligation même accessoire peut porter préjudice au créancier et créer un déséquilibre économique, le contractant défaillant doit-il être sanctionné par des simples dommages et intérêts ? Si cette violation d'obligation accessoire est permanente, est-il de l'intérêt du créancier de garder les liens contractuels avec son cocontractant défaillant ?

Peut-on vraiment se baser sur la nature de l'obligation violée pour déduire et apprécier la gravité du manquement ?

Si on se base sur la définition de l'obligation essentielle⁹³ et de la définition de l'obligation accessoire, la réponse à cette question serait affirmative, il est injuste de sanctionner lourdement une défaillance contractuelle du seul fait de l'existence d'un manquement sans prendre en considération la nature de l'obligation non exécutée.

Si l'on devait prendre en considération l'intérêt économique que doivent

⁹² R. SEFTON-GREEN : *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, thèse Paris I, 1997, Préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ. 2000, p. 218.

⁹³ Selon le professeur DELEBECQUE « *L'obligation fondamentale ne peut être définie dans l'absolu, il convient de dégager des critères permettant de déterminer très efficacement la notion. Les parties font ce qu'elles peuvent dans un contrat, mais seulement jusqu'à un certain point ; le point à partir duquel l'engagement est vidé de toute substance, tel étant le cas lorsque le créancier ne peut en obtenir l'exécution* ».

tirer les parties au contrat, la réponse aux questions précédentes serait négative. Il est inconcevable de maintenir un contrat dont l'intérêt économique visé lors de sa conclusion n'est pas atteint.

46. Démonstration.- Dans la vente, le contrat est conclu entre l'acheteur et le vendeur, le paiement du prix d'achat de la chose achetée et la livraison ou la remise en main de la chose vendue constituent l'obligation essentielle du contrat. Sans elles, le contrat ne pourrait pas exister et son inexécution remettrait en cause l'existence du contrat, ainsi que son utilité économique⁹⁴. De même, dans un contrat de bail, le paiement du loyer et l'occupation des biens constituent l'obligation essentielle.

Selon Monsieur JESTAZ « *Ce qui caractérise l'obligation fondamentale, c'est que la convention des parties peut en restreindre – un peu – l'étendue, mais non pas la priver de tout contenu, tel serait le cas si un bailleur déclinait sa garantie pour tous troubles de droit ou de fait, car son obligation de procurer la jouissance des locaux n'aurait plus d'existence réelle* ». ⁹⁵

Le même auteur précise par ailleurs que « ... *C'est plutôt de la nature des choses que découle l'obligation fondamentale. Il y a dans chaque contrat, de par son économie propre, une obligation qui en constitue la pièce essentielle* ». ⁹⁶

L'inexécution de l'obligation essentielle doit conduire à la résolution du contrat. Mais, si l'inexécution ne concerne qu'une obligation accessoire, il revient au juge de décider au cas par cas, du sort du contrat. Son analyse sera fondée sur l'incidence de cette inexécution.

2- UNE APPRÉCIATION FONDÉE SUR L'INCIDENCE DU MANQUEMENT

47. La base.- En plus de l'appréciation du juge basée sur la nature de l'obligation inexécutée, le juge, pour apprécier la gravité de l'inexécution, se base sur l'impact de cette inexécution sur la continuité du contrat.

⁹⁴ L'article 1582 du Code civil en effet « *La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* » .

⁹⁵ Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale », dans Mélanges en honneur à P. RAYNAUD, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 282.

⁹⁶ Ph. JESTAZ, op. cit , p. 279 et suite.

Concrètement, le juge doit évaluer l'incidence du manquement sur l'utilité du contrat, si le créancier n'a aucun intérêt à le maintenir **(a)**.

Le juge s'intéressera aussi au préjudice subi des suites à cette inexécution. Il évaluera alors l'impact du préjudice sur le contrat, sur l'activité du créancier et sur le créancier lui-même **(b)**.

a - L'INCIDENCE DU MANQUEMENT SUR L'UTILITÉ DU CONTRAT.

48. La détermination de l'objectif du contrat.- Il est logique de dire que personne ne s'engage juste pour le plaisir. Il y a toujours un objectif ou des objectifs à atteindre, derrière la conclusion d'un contrat. Partant de ce principe, toute inexécution d'une obligation, essentielle soit elle ou accessoire, constitue donc un manquement pouvant justifier la rupture du contrat. Car, ce dernier – c'est-à-dire le manquement - peut empêcher l'autre partie à la convention d'en tirer les bénéfices escomptés. Cela rejoint la pensée de POTHIER qui précise que « *C'est par les circonstances que l'on décide si l'inexécution doit donner lieu à la résolution du contrat : elle y donne lieu lorsque ce que l'on m'a promis est tel que je n'eusse pas voulu contracter sans cela (...). La résolution doit être prononcée toutes les fois qu'il est permis de croire que le demandeur n'eut pas contracté s'il avait prévu l'inaccomplissement de cette partie de l'obligation* »⁹⁷.

Henri CAPITANT quant à lui, estime qu'il est impossible pour un contractant d'atteindre le but espéré par la conclusion d'une convention, à chaque fois que l'autre partie manque à une obligation du contrat. Celui-ci sera donc réputé sans cause et sa résolution incontestable.

De ce fait, le juge a la responsabilité de chercher dans les termes du contrat l'objectif souhaité par le créancier victime d'une inexécution.

49. L'impact du manquement.- L'autre tâche du juge après la détermination des buts du créancier par le contrat, est de rechercher l'impact du manquement, dont le créancier est victime. Ceci concerne principalement l'exécution des obligations, sans prendre en compte la nature de l'obligation inexécutée et le degré d'inexécution. La Cour d'appel de Paris

⁹⁷ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, op. cit, p. 117.

dans son arrêt du 16 juin 1952 avait précisé que même si le débiteur ait exécuté son obligation, l'intérêt attendu par le contrat n'a pas été atteint, du fait du retard dans cette exécution. En l'espèce, la Cour précise qu'avant de prononcer la résolution d'un contrat de vente de tableaux publicitaires, les juges du fond ont pris soin de relever que le délai de livraison était « fatal » et que l'exécution tardive a empêché l'acquéreur d'exécuter ses propres obligations vis-à-vis d'un tiers, ce qui a eu pour effet de supprimer l'intérêt de l'acquéreur au maintien du contrat⁹⁸.

Cela toucherait aussi le cas où la chose achetée ne peut satisfaire l'usage auquel elle est destinée, soit parce qu'elle est défectueuse ou non-conforme. Si la marchandise achetée destinée à la vente, comporte des défauts très importants, ce qui la rend invendable, ou la dévalue sur le marché, par conséquent le bénéfice attendu de cette vente sera insuffisant ou voire nul. Le contrat perdra alors toute son utilité et le préjudice du créancier est incontestable.

Pour que le créancier soit empêché d'atteindre le but voulu par la conclusion de la convention, le manquement reproché au débiteur doit être suffisamment grave. L'intérêt de laisser au juge le pouvoir d'apprécier la gravité du manquement, en se basant sur l'incidence du manquement sur l'utilité du contrat, trouve son importance dans le cas où cette inexécution, bien qu'elle soit tardive ou imparfaite, pourrait fournir malgré tout un intérêt et sans aucun doute, satisfaire les exigences du créancier. Tel est le cas par exemple pour les contrats de vente, où la chose acquise même défectueuse conserve une utilité pour l'acquéreur, car dans les premiers cas, il est facile de savoir si l'inexécution d'une obligation empêcherait le créancier d'atteindre l'objectif voulu par la conclusion du contrat. Toute la difficulté se pose dans le deuxième cas.

Le juge cherchera donc d'une façon équitable, si l'objectif souhaité par la conclusion du contrat peut être satisfaisant et éviter par conséquent la rupture inutile des liens contractuels.

Cela pousse le juge à se pencher sur le préjudice provoqué par ce manquement.

⁹⁸ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, op. cit, p. 118.

b - L'IMPACT DU PRÉJUDICE

50. Une condition accessoire.- Il faut préciser, que la Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion d'affirmer qu'un préjudice subi ne peut pas être une condition ou un motif pour anéantir un lien contractuel. Mais le juge peut décider de sanctionner un contractant par la résolution du contrat et cela, même dans le cas où un manquement n'a pas porté préjudice à l'autre partie, comme le précise la Cour de cassation dans son arrêt du 27 avril 1948⁹⁹. En l'espèce, l'affaire concerne un litige entre une société immobilière et une personne physique : la société immobilière avait loué des garages à une personne physique, cependant cette dernière avait sous-loué quelques locaux à une autre personne physique qui les a utilisés à des fins autres que des locaux de garage. Ces locaux étaient en effet, utilisés pour la fabrication de croix de guerre. La société immobilière, informée de l'existence d'une sous-location, décide d'engager une action en justice afin de résoudre le contrat au motif que la sous-location des locaux était destinée à une activité autre que celle prévue dans le bail principal. Cela étant une violation d'une obligation essentielle du contrat, le bail serait logiquement résolu de plein droit. Saisie de l'affaire, la Cour d'appel d'Alger en décidera tout autrement ; selon le juge, le contrat ne doit pas être résolu sous prétexte que le manquement, autrement dit la sous-location, n'a porté aucun préjudice à la société bailleuse, la demande a donc été rejetée.

51. La position de la Cour de cassation.- La Cour de cassation a censuré la décision de la Cour d'appel d'Alger. La haute juridiction, en effet, estime que cette sous-location a pour but d'utiliser les biens pour un objectif autre que celui prévu dans le premier contrat, ce qui constitue une violation d'une obligation essentielle de la convention et même si le manquement ne provoque aucun préjudice au demandeur, le contrat est résolu aux torts du bailleur principal.

Le manquement contractuel, quoi il en soit, doit conduire à la rupture du contrat; l'existence ou l'inexistence d'un préjudice ne doit avoir aucune incidence sur l'anéantissement du contrat. Il aura uniquement une influence sur l'octroi des dommages et intérêts. Mais pour une justice contractuelle, il est plus équitable de mettre en demeure le débiteur ou lui octroyer un délai pour remédier à son manquement, avant de résoudre le contrat.

⁹⁹ Cass. Civ., 27 avril 1948, JCP 1948, II, 4594; RTD Civ., 1949, p. 95, obs. E. BECQUE .

Dans une autre affaire du 5 février 1971, la Cour de cassation a, en effet, confirmé qu'un contrat peut être résolu même en l'absence de préjudice pour l'autre partie. Elle précise ainsi que « *La violation de conventions légalement faites permet au juge d'en prononcer la résiliation laquelle n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice* »¹⁰⁰. En l'espèce, un particulier avait loué des locaux à des fins commerciales, mais ce dernier transforma une partie de ces locaux pour en faire une habitation, cela sans l'autorisation du bailleur. Une demande de résiliation a été déposée pour violation des obligations contractuelles essentielles. La Cour d'appel rejette la demande au motif que celle-ci – c'est-à-dire la transformation des locaux – n'entraînait aucun préjudice ni aucune possibilité de préjudice. Cette décision a été donc censurée par la Cour de cassation pour les motifs cités auparavant. De plus, un autre arrêt du 4 mars 1994¹⁰¹ confirme cette orientation. En l'espèce, la société KENYS avait loué des locaux à usage commercial à la société MERGO, dans le contrat, une clause stipule que les locaux doivent être assurés contre les incendies par la société locatrice, or la société KENYS met en demeure la société MERGO, car cette dernière n'avait toujours pas transmis le justificatif d'assurance ; elle la menace cependant de résoudre le contrat de bail en faisant jouer la clause résolutoire pour non-respect d'une obligation essentielle du contrat.

La société locatrice s'est exécutée dans le délai prévu et a transmis le contrat d'assurance comme le stipule le contrat. Or, la société KENYS avait en même temps entamé une demande de résolution du bail pour manquement à une obligation, car, les locaux étaient restés quatre ans sans assurance contre les incendies.

Le contrat de bail est donc résolu aux torts de la société locatrice, même si le manquement n'a porté aucun préjudice à la société bailleuse.

L'affaire est portée devant la Cour de cassation, où la société MERGO reproche au juge du fond d'avoir prononcé la résiliation du bail alors qu'elle avait assuré les locaux comme prévu dans le contrat et comme lui avait demandé dans sa mise en demeure la société KENYS. En effet, la société « *Bailleuse ne pouvait se prévaloir d'aucun manquement à l'obligation d'assurance* » et « *Ne pouvait (...) invoquer aucun préjudice actuel* »¹⁰².

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et confirmé la décision de la Cour d'appel de résoudre le contrat justifié par le manquement de la société

¹⁰⁰ Cass. 3^{ème} Civ., 5 février 1971, Bull. civ., III, n° 90, p. 65.

¹⁰¹ Cass. 3^{ème} Civ., 4 mai 1994, Bull. civ., III, n° 84, p. 53.

¹⁰² Ibid.

locatrice antérieurement à la demande en résolution et estime aussi qu'elle « *N'avait pas à distinguer, que ceux-ci aient causé ou non un préjudice au bailleur(...)* »¹⁰³.

La position de la jurisprudence est claire, elle estime que : pour qu'un contrat soit rompu, le manquement ne doit pas nécessairement porter préjudice à la partie victime d'une inexécution.

Le juge ne se pose donc pas la question de l'impact du préjudice ni de son importance ni même sur son existence, car l'existence ou l'inexistence d'un préjudice ne peut être vu comme preuve de l'existence d'un manquement grave, qui justifierait l'anéantissement. Le manquement grave à une obligation essentielle du contrat ne produit pas spécialement un préjudice à la partie victime du manquement, mais provoque la rupture du contrat.

52. La condition de la résolution.- La doctrine ne critique pas la position de la jurisprudence. En revanche, le doyen CARBONIER se demande comment la résiliation pouvait être admise " plus largement que son diminutif ", c'est-à-dire, rupture du contrat suivi par la condamnation à des dommages-intérêts. Par ailleurs, une grande partie des auteurs contemporains se contentent au contraire, d'observer que le préjudice n'est pas une condition de la résolution¹⁰⁴.

Le professeur STORCK par exemple, précise qu'« *Il n'est pas nécessaire, pour que la résolution soit obtenue, que le créancier ait subi un préjudice...* »¹⁰⁵.

Le professeur BENABENT lui aussi affirme « *Qu'il n'est pas nécessaire que l'inexécution ait causé à l'autre partie un préjudice consommé* »¹⁰⁶.

Plusieurs auteurs précisent que « *Même lorsqu'elle n'entraîne pas un préjudice pécuniaire, l'inexécution serait en quelque sorte toujours à l'origine d'un préjudice moral pour la partie au contrat qui en est victime, préjudice que la résolution du contrat viendrait réparer* »¹⁰⁷.

Pour résumer, l'existence du préjudice ne peut en aucun cas intervenir, ni être avancée pour prononcer la résolution d'un contrat. En revanche, il est

¹⁰³ Cass. 3^{ème} Civ., 4 mai 1994, op.cit.

¹⁰⁴ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, thèse, Lille II, ANRT, 2001, p. 121.

¹⁰⁵ M. STORCK, *Résolution judiciaire*, in, *Droit des contrats France Belgique*, Éditions Larcier, 2005, p.17.

¹⁰⁶ A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^{ème} éd, 2012, p. 242.

¹⁰⁷ V. en ce sens M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, 2^{ème} éd, n° 431. Le doyen CARBONNIER apporte cette précision : « *Encore faut-il que le préjudice moral existe bien et qu'il soit prouvé. Or il n'est pas certain que l'inexécution entraîne toujours un préjudice moral pour la partie qui en est victime* », J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, 22^{ème} éd, 2000, p. 242 .

indispensable de prouver l'existence d'un préjudice pour accorder des dommages et intérêts.

*« Il faut (...) se garder de systématiser ou d'automatiser le raisonnement : ce n'est pas parce que le manquement ne s'est pas renouvelé qu'il ne sera pas jugé suffisamment grave. D'un autre côté, ce n'est pas parce que le manquement s'est renouvelé qu'il sera jugé suffisamment grave. Même si un manquement renouvelé est en soi un indice de gravité, c'est avant tout la nature du manquement et son contexte qui seront décisifs. À ce titre, la liberté d'appréciation du juge est très similaire en matière de congé pour motif légitime et sérieux ».*¹⁰⁸

B - L'APPRÉCIATION DU JUGE DU COMPORTEMENT GRAVE

53. Présentation.- Par comportement grave on comprend un manquement moral de la part du contractant. Il ne s'agit en aucun cas d'un manquement motivé.

Cela dit, un comportement grave impose que la partie au contrat ait bien exécuté ses obligations, mais son comportement envers son contractant est tellement insupportable et dangereux, qu'il est impossible de traiter avec lui et par conséquent de maintenir les liens contractuels.

Cependant, indépendamment de l'inexécution des obligations contractuelles, le comportement grave d'un contractant peut justifier la rupture du contrat **(1)**.

En revanche, par souci de clarté, une distinction entre manquement grave et comportement grave est primordiale **(2)**.

¹⁰⁸ N. DAMAS, *De la gravité du manquement dans le cadre d'une action en résiliation judiciaire*, Dalloz, 2011, p. 517.

1 - L'APPROCHE SUBJECTIVE DU COMPORTEMENT GRAVE DU CONTRACTANT

54. Une nouveauté jurisprudentielle.- Selon la jurisprudence, le comportement inconvenable d'une partie justifie que l'autre partie rompe le contrat unilatéralement, cela existait déjà même avant la jurisprudence Tocqueville de 1998.

Le tribunal civil de la Seine a, en effet, admis ce principe de rupture unilatérale du contrat dans un jugement du 31 juillet 1897. En l'espèce, une personne avait payé son billet d'entrée pour assister à une représentation théâtrale. Une fois la présentation commencée, l'individu se met à perturber la pièce. Les responsables qui ne pouvaient pas admettre un tel comportement, décident alors de le mettre dehors, sans lui rembourser la somme qu'il avait payé.¹⁰⁹

D'un autre côté, la Cour de cassation dans son arrêt du 13 octobre 1918, a raisonné de la même façon. Dans cette affaire, il a été reproché à un médecin anesthésiste que « *Sa collaboration savonneuse (...) ses états d'énerverment et de brutalité (...) son manque de disponibilité lorsqu'il était de garde* », ¹¹⁰ constitue un manquement grave qui justifie la résolution du contrat, alors même que de médecin ait exécuté ses obligations.

Dans une autre affaire du 2 février 1999, la Cour de cassation avait réaffirmé sa position. En l'espèce, l'affaire concerne aussi un médecin ; celui-ci exerçait au sein d'une clinique où un contentieux a éclaté entre les deux parties, lorsque ce dernier encaisse lui-même les dépassements des honoraires directement auprès des malades, alors que l'encaissement doit se faire au niveau du secrétariat de la clinique. Après plusieurs avertissements, la clinique décide alors de résilier le contrat qui la lie avec le médecin; non pour avoir manqué à ses obligations contractuelles, mais plutôt pour comportement grave. La clinique s'est justifiée en affirmant que: le fait que le médecin encaissait lui-même l'argent des patients est un comportement inadmissible, inconvenant et déloyal du médecin, qui pouvait salir l'image de la clinique et sa réputation.

55. Le cumul.- Le juge, parfois, prend en compte le manquement grave du contractant ainsi que son comportement. La première chambre civile de la

¹⁰⁹ Tribunal Civil de la Seine 31-07-1897, n° 499.

¹¹⁰ Cass. Civ., 13 octobre 1918, Bull. civ., 1, n° 300, p. 207.

Cour de cassation dans son arrêt du 19 juillet 2002, estime qu'un client d'EDF-GDF qui ne paye pas ses factures, se réfugiant derrière des lettres de réclamations, peut justifier qu' EDF-GDF pouvait résilier le contrat avec ce client pour le non-respect d'une obligation essentielle au contrat et pour sa mauvaise foi.

56. Définition.- Monsieur FAGES précise que le comportement personnel du contractant se démarque du comportement contractuel ou exécutoire. Indépendamment de l'obligation d'exécuter les conventions signées, son comportement envers son contractant doit être convenable et acceptable. Cela oblige à une bonne conduite de la part des contractants ; cette obligation concerne, bien évidemment, les agissements des parties pendant la relation contractuelle.

On comprend alors que si l'inexécution est le fait générateur de la résolution du contrat, le comportement d'une partie pourrait l'être aussi. L'exécution du contrat impose aux parties une sorte de respect. Si un locataire adopte un comportement inapproprié vis-à-vis des voisins et du bailleur, il est clair que son contrat de bail peut faire l'objet d'une résolution.

2 - LA DISTINCTION ENTRE MANQUEMENT GRAVE ET COMPORTEMENT GRAVE

57. L'utilité de la distinction.- Le contrôle judiciaire du comportement grave, concerne essentiellement la vérification exclusive de la légitimité de la rupture unilatérale du contrat, en se basant sur les principes de la jurisprudence Tocqueville. L'appréciation du juge du manquement grave concerne la vérification de l'existence de l'inexécution d'une obligation essentielle et qui pouvait porter atteinte à la continuité de la convention conclue.

Selon Monsieur LACHIEZE « *La résolution judiciaire peut, semble-t-il, être prononcée pour tout manquement contractuel* ». ¹¹¹

Le législateur n'a en effet apporté aucune précision quant à la gravité de l'inexécution qui pourrait justifier la rupture du contrat. Cependant, la

¹¹¹ C. DAVASSE-BONTE, *Le rôle du juge dans la rupture du contrat*, Thèse, Toulouse I, ANRT, 2009, p. 255.

jurisprudence a complété ce vide et précise que l'inexécution doit toucher une obligation essentielle, pour pouvoir mettre en cause la continuité du contrat. Par conséquent, l'avis de monsieur LACHIEZE reste contestable. Le professeur Denis MAZEAUD, quant à lui, voit les choses différemment. Il précise que dans le régime de rupture judiciaire, le manquement contractuel exige non seulement une inexécution contractuelle, mais aussi que celle-ci soit suffisamment grave pour que le contrat soit rompu. Il est clair que le régime de la rupture unilatérale et celui de la résolution judiciaire est pratiquement le même.

D'un autre côté et « *A bien y réfléchir, on perçoit mal pourquoi le juge sanctionnerait un contractant pour avoir procédé à la résolution unilatérale d'un contrat dans un cas où lui-même [autrement dit, le juge] l'aurait prononcée, il semble donc que la gravité du manquement du débiteur défaillant doit être appréciée dans ces deux cas d'une manière identique* »¹¹².

La différence entre manquement grave et comportement grave est simple. Le manquement grave se rattache à l'inexécution des obligations essentielles du contrat, peu importe les raisons pour lesquelles cette partie n'a pas exécuté ses obligations. Sa bonne foi n'a aucune incidence. Alors que le comportement grave est lié à la manière d'agir ou de réagir d'une partie, en présence de circonstance particulière. Le comportement se rattache aussi aux agissements d'une partie envers l'autre.

Les deux concepts ont une même finalité : la rupture du contrat.

Il faut préciser là aussi que, le comportement grave d'un contractant peut être apprécié par l'autre partie et qui peut conduire à la rupture unilatérale du contrat. Quant au manquement grave, il ne peut être apprécié que par le juge. Il lui revient alors, de décider si ce manquement justifie la résolution du contrat ou de son maintien. Il est inadmissible qu'une partie anéantisse un contrat unilatéralement, au motif que son contractant a manqué gravement à ses obligations.

Il est à noter que cette tendance est en train de changer avec l'adoption de l'ordonnance 10 février 2016, où l'inexécution suffisamment grave, justifie que le créancier puisse rompre le contrat unilatéralement.

¹¹² F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd, 2009, p. 650.

§ 2 - LE JUGE FACE À UNE EXÉCUTION TARDIVE OU PARTIELLE

58. Les cas particuliers.- Exécuter une obligation renvoie toujours à effectuer une prestation précise dans le contrat. Le contrat crée des obligations et doivent être exécutées dans un délai précis et pendant une période voulue par les parties.

Dans le cas contraire, cette prestation pourrait être inutile et le contrat perdrait de son utilité.

Dans certaines situations, il arrive que le débiteur exécute son obligation avec un retard qui peut ne pas être significatif ou qui peut avoir des conséquences graves et provoquer un préjudice pour le créancier.

D'autre part, le débiteur exécute son obligation, mais d'une façon incomplète, c'est-à-dire partielle, soit par sa propre volonté ou à cause d'une force étrangère.

Le juge s'intéresse alors au cas de retard, dans l'exécution des obligations contractuelles **(A)**, dans le but de déterminer la satisfaction du créancier vis-à-vis de celle-ci et définir la sanction adéquate.

Par ailleurs, il joue un rôle très important aussi dans les cas où l'inexécution du contrat est partielle **(B)**. Il lui revient aussi l'apprécier sa valeur.

Le juge doit effectivement, « *En cas d'inexécution partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette exécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts.* »¹¹³

A - LE CONTRÔLE PORTANT SUR L'EXÉCUTION TARDIVE DES OBLIGATIONS

59. L'exécution tardive.- L'intervention du juge consiste à contrôler les cas où, l'exécution est tardive, déterminer l'incidence du retard sur la continuité du contrat et à définir si ce retard d'exécution, pourrait porter préjudice à l'autre partie. Par conséquent, à décider sur le sort des liens contractuels **(1)**.

¹¹³ Cass. Civ., 14 avril 1891, op. cit.

Par ailleurs, le juge contrôlera l'éventualité et les conditions de la rupture unilatérale du contrat en cas de retard dans l'exécution**(2)**.

1- LE TRAITEMENT DE L'EXÉCUTION TARDIVE

60. Un cas particulier.- S'obliger signifie exécuter les obligations prévues dans le contrat à un moment précis et pour une période précise. Le manquement contractuel n'est pas seulement le refus ou l'impossibilité d'exécution ses obligations, même en présence d'exécution, le débiteur peut être sanctionné pour manquement contractuel et le contrat rompu, pour inexécution.

En effet, dans certaines situations, ces obligations peuvent être exécutées, mais pas dans les délais précisés dans le contrat.

L'intervention judiciaire garantirait la préservation des intérêts des parties et prédéfinir l'incidence de retard sur la continuité du contrat. Le juge commence par l'appréciation de la gravité du retard dans l'exécution **(a)** et décide par la suite de la sanction adaptée à cette inexécution **(b)**.

a - L'INTERVENTION JUDICIAIRE NÉCESSAIRE POUR DÉFINIR LA GRAVITÉ DU RETARD

61. Un domaine judiciaire. - Dans un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1995, la première chambre civile précise qu' « *Il appartient aux juges du fond d'apprécier si le retard dans l'exécution de l'obligation est d'une gravité suffisante pour que la résolution doive être prononcée* »¹¹⁴.

Il est primordial que le juge effectue une appréciation du retard dans l'exécution, avant de prononcer la résolution du contrat et cela dans un souci de justice et d'équité. Cette appréciation consiste à définir si le retard dans l'exécution de l'obligation, ait provoqué un préjudice important pour le créancier et si les dommages et intérêts ne peuvent pas fournir une satisfaction à la victime. Car le retard dans l'exécution ne suffit pas à lui seul

¹¹⁴ Cass. 1^{ère} Civ., janvier 1995, Bull. civ., I, n° 14, Defrénois, 1995.

pour rompre un contrat, même avec un retard dans l'exécution, elle peut toujours satisfaire le créancier. « *Le juge doit alors rechercher, avant de se prononcer sur le sort du contrat inexécuté, si le manquement à la loi contractuelle est, d'après les circonstances de fait, suffisamment important pour justifier la résolution, démarche qui peut conduire à n'allouer aux créanciers que des simples dommages-intérêts, s'il lui apparaît notamment que le défaut de ponctualité du débiteur, bien qu'objectivement constitutif d'une inexécution illicite, n'est pas suffisamment grave pour que le contrat soit privé de toute utilité économique pour le créancier* »¹¹⁵ par conséquent « *Il peut faire disparaître un contrat qui ne répondait plus aux attentes légitimes du créancier* »¹¹⁶.

On comprend que l'exécution tardive ne peut pas à elle seule être considérée comme une condition à la résolution du contrat. « *Le retard peut donc être considéré comme constituant une inexécution partielle (temporaire), lorsque l'exécution tardive est encore possible et satisfait le créancier, il doit être considéré comme équivalent à une inexécution complète (définitive) lorsque l'exécution tardive n'est d'aucune utilité pour lui* »¹¹⁷.

62. La jurisprudence mitigée. - Pour la Cour de cassation, un contrat peut être rompu en cas de retard, encore faut-il que le retard revêtit une gravité suffisante.

Le seul problème est que la haute juridiction n'a pas défini la notion de "gravité suffisante". On ne peut donc établir une sorte de listing par lequel, on pourrait décider si un comportement ou plus exactement un retard dans l'exécution est suffisamment grave et mérite par conséquent l'anéantissement des liens contractuels.

L'intervention judiciaire est plus que jamais indispensable. Il est réservé au juge le pouvoir d'appréciation de la gravité du retard. Son intérêt se résume comme toujours, à garantir les intérêts des parties, de les préserver de tout abus de droit et veille en particulier, au respect de la continuité contractuelle et de la force obligatoire du contrat. En l'absence de toute définition, le juge procède au cas par cas dans la qualification de la gravité du retard. Le juge du fond se fie aux circonstances de fait¹¹⁸.

¹¹⁵ D.MAZEAU, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 4 janvier 1995, Bull. civ., I. n° 14, Défrénois, 1995. p. 1409.

¹¹⁶ D.MAZEAU, op. cit.

¹¹⁷ J-L. CONSTANTINESCO, *L'inexécution et faute contractuelle en Droit comparé Français, allemand, anglais*, W. KHOLHAMMER, Verlag (Stuttgart), 1960. p. 40.

¹¹⁸ En ce sens, Cass. Civ., 27 novembre 1950, Bull. civ., n° 237.

63. La possibilité de rupture du contrat pour retard.- Les juges ont souvent admis qu'un contrat pouvait être rompu même en présence d'un retard, car celui-ci est une inexécution qualifiée de temporaire. Cette inexécution a empêché le créancier de tirer le bénéfice attendu par la conclusion du contrat. Par exemple, si le retard dans la livraison de la marchandise a conduit le créancier à perdre les marchés conclus avec d'autres partenaires.

64. La rupture du contrat en cas de retard.- Dans un arrêt du 10 février 2000, la Cour d'appel de Toulouse estime qu'un retard dans la parution d'une annonce est une raison pour laquelle un contrat peut être rompu. En l'espèce, une annonce publicitaire devrait paraître dans un annuaire. Le client avait demandé que cette annonce soit publiée à la rubrique « stores », alors que l'annonceur l'avait publiée trois pages après la rubrique en question. L'annonce n'était pas conforme au bon de commande, elle avait aussi un retard de 4 mois, par rapport à la date prévue dans le contrat. La Cour a donc affirmé que « *La publication [de l'annonce publicitaire] effectivement opérée ne rattrape pas le retard de quatre mois et l'accumulation de ces deux mauvaises exécutions¹¹⁹ justifie pleinement l'action en résolution du contrat* » en effet « *cette exécution tardive est préjudiciable au créancier dans la mesure où son activité¹²⁰ revêt bien par nature un certain caractère saisonnier* »¹²¹.

Dans ce cas, il est évident que malgré l'exécution du contrat, celle-ci ne peut en aucun cas satisfaire aux exigences du créancier. Non seulement, elle a eu un retard de quatre mois, mais aussi, pas sous la rubrique demandée. Le créancier étant vendeur de stores, son activité connaît une augmentation à une période bien précise. Il est important de se faire connaître par les consommateurs et promouvoir son produit. Si la publicité ne s'effectue pas au bon moment, cela lui produirait forcément un préjudice, la rupture du contrat est inévitable et justifiée, car il y a eu un manquement grave dans l'exécution du contrat.

¹¹⁹ Le retard de 4 mois dans l'apparition et le non-respect du bon de commande.

¹²⁰ L'activité du créancier étant la vente de stores.

¹²¹ C.A de Toulouse, 10 janvier 2000, le Store circelli/ SARL anacouba France, juris Data, n° 110392. V. dans de sens, C.A Paris, 4 juillet 2002, PILAREK KESSLER/SARL des écrivains, juris Data, n° 187931. La Cour « *Qu'il appartenait aux juges du fond d'apprécier si le retard dans l'exécution d'une obligation était suffisamment grave pour justifier la résolution d'un contrat à compte d'auteur, dès lors que le retard de l'éditeur dans l'exécution de son obligation de remise de la maquette n'apparaît pas suffisamment grave pour justifier la résolution, compte tenu du défaut de préjudice subi par l'auteur qui s'agissant d'une édition à compte d'auteur, ne pouvait espérer un tirage digne de best-seller* ».

L'exécution tardive doit s'apprécier par rapport aux circonstances qu'elle produit. Si ce retard n'est pas préjudiciable, il logique que la sanction serait l'octroi de simples dommages et intérêts, sans que le contrat ne soit résolu. Dans certaines situations, le juge du fond refuse, en effet, de prononcer la résolution du contrat en cas de retard, parce qu'il estime que le retard dans l'exécution des obligations contractuelles, n'est pas préjudiciable au créancier, que ce retard ne menace pas l'activité de ce dernier et que l'intérêt économique du contrat n'est pas menacé.

65. Un manquement insuffisant pour rompre le contrat.- D'un autre côté et dans une autre affaire, la Cour d'appel de Toulouse avait aussi refusé de prononcer la résolution d'un contrat de bail pour retard dans le paiement des loyers, parce qu'elle estimait que ce retard n'était pas suffisamment grave pour que le contrat soit anéanti. En l'espèce, Monsieur SOUAKRI avait du retard dans le règlement des loyers de location en 2001. Toutefois, monsieur SOUAKRI a satisfait à ses obligations dans un délai satisfaisant, ce qui n'a pas empêché la CIL interlogement c'est-à-dire le bailleur, d'introduire une demande en résolution du bail pour manquement aux obligations, mais sa demande a été rejetée.

La Cour d'appel avait affirmé que « *Des irrégularités dans le règlement des loyers de 2001 qui constituent certes un manquement du locataire aux obligations découlant du bail, ne se sont pas renouvelées par la suite et ont été réparées dans des délais satisfaisants, de sorte que cette faute ne présente pas un caractère de gravité suffisant pour justifier la résolution du bail* »¹²². Contrairement à l'arrêt précédent, la Cour d'appel de Toulouse estime que, même si le retard dans l'exécution de l'obligation de payer les loyers est incontestable, il n'a pas provoqué de préjudice. On ne peut dans ce cas rompre le contrat, car le manquement n'est pas suffisamment grave et le débiteur a démontré sa bonne foi. Les conditions de la résolution n'étant pas réunies, le contrat demeura exécutable. Le retard dans cette situation n'est pas une raison pour anéantir le contrat.

66. Confirmation.- En ce sens, la Cour d'appel de Montpellier dans son arrêt du 14 décembre 1988, avait affirmé que « *Comme tout contrat synallagmatique, le bail verbal comporte une clause résolutoire tacite en vertu de laquelle, si l'une des parties n'exécute pas ses obligations, l'autre peut demander la résolution du contrat, la résolution n'est pas automatique et doit être demandée au juge, qui apprécie si les manquements invoqués*

¹²² C.A de Toulouse, 17 juin 2003, CIL Interlogement/SOUAKRI, juris Data, n° 219254.

sont assez graves pour justifier la résolution, en l'espèce, le simple retard apporté dans le paiement des loyers ne revêt pas un caractère suffisant de gravité pour justifier la résolution »¹²³.

67. Réaffirmation.- On peut citer aussi par exemple l'arrêt de l'affaire SA.RABONI contre SARL France International du 8 octobre 1986 où la Cour d'appel de Versailles avait estimé que « *Si l'expert a constaté certains retards, d'ailleurs non contestés par le débiteur, dans la réalisation de certaines actions publicitaires, il n'apparaît pas que ces retards, à supposer même qu'ils lui soient imputables, aient revêtu une importance et une gravité telles qu'ils puissent justifier une résolution de la convention* »¹²⁴.

Le retard dans l'exécution pour qu'il soit le fait générateur de la résolution du contrat, doit avant tout provoquer un préjudice tellement important que le partenaire ne puisse plus collaborer avec le contractant défaillant. Il y a certes inexécution contractuelle, mais l'élément essentiel reste les effets de ce retard sur la continuité du contrat. Car l'inexécution de l'obligation n'était que temporaire, ce caractère temporaire du manquement, empêche de prononcer systématiquement la résolution. Le juge doit, en effet, prendre en considération les conséquences que le retard dans l'exécution ait produites.

b - LES SANCTIONS EENVISAGÉES EN CAS DE RETARD

68. Présentation.- Si l'appréciation de la gravité du retard est une exclusivité aux mains des juges du fond, cette appréciation n'est pas arbitraire. Elle est soumise au contrôle de la haute juridiction. Par ailleurs, la Cour de cassation a souvent approuvé les décisions prises par les juges du fond et a affirmé qu'« *Ayant souverainement rendu, sans modifier l'objet du litige, ni violer le principe de la contradiction, que le retard important et*

¹²³ C.A de Montpellier, 14 décembre 1988, EL YAHIAOUI/BOUSQUET, juris Data, n° 034298. « *Le manquement imputé au transporteur dans son obligation d'enlever la marchandise avant 7 heures n'a pas revêtu une gravité suffisante pour justifier la rupture moyennant un préavis très court dès lors que, cet incident était apparemment le premier en cinq années de relations contractuelles, et que ce prestataire a avisé rapidement son client de son retard et a tenté d'y pallier en envoyant un véhicule qui était à même de procéder à la distribution de la presse* »; C.A de Rennes, 12 décembre 2003, SARL le TUTOR/Quelfennec, juris data, n° 232834.

¹²⁴ C.A de Versailles, 8 octobre 1986, SARABONI/Sarl France Internationale, juris Data, n° 047831, en ce sens : C.A Pau, 13 avril 1989, publi Media/PLI juris Data n° 041420, « *Il n'y a pas lieu à résolution du contrat de vente d'un ordinateur avec imprimante lorsque son accessoire, l'introducteur feuille à feuille, représentant un faible pourcentage de la commande n'a pas été livré. La livraison dans un brève délai n'était d'ailleurs pas l'élément essentiel de la vente, la bonne foi contractuelle de l'acquéreur lui imposant d'attendre* ».

réitéré de paiement des arrérages au terme conventionnel constituait une inexécution fautive suffisamment grave pour justifier la résolution du contrat de vente, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision »¹²⁵.

L'article 1147 du code civil précise que « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu un paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution* ».

69. Une sanction pécuniaire. - Le législateur a fait du retard une cause pour laquelle un débiteur peut être condamné à verser des dommages et intérêts. Il appartient au juge de décider si le retard invoqué justifie cette condamnation voire une rupture des liens contractuels.

La jurisprudence complète la loi et comble les lacunes que le législateur a laissées.

Toutefois, il faut savoir que, tout dépend du type du contrat. Un retard peut provoquer un anéantissement du contrat ou juste des dommages et intérêts. « *Le retard dans l'exécution peut suivant les cas, ne causer qu'un dommage de peu d'importance au créancier ou, au contraire, équivaloir à une inexécution* »¹²⁶.

Et dans d'autres cas le retard ne peut et ne doit pas être sanctionné, car il est sans conséquences.

Le juge s'intéresse en effet à la gravité de ce retard.

Dans les contrats de vente, L'article 1610 du code civil précise que « *Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur.* »

La sanction n'est pas différente. Il est toujours possible de rompre le contrat en cas de retard dans la livraison. La seule différence est qu'il n'est pas nécessaire que ce retard ait produit un préjudice au créancier. L'article ne donne aucune exigence quant à la gravité du manquement, il revient au juge alors de la définir.

¹²⁵ Cass. 3^{ème} Civ., 3 octobre 2000, arrêt n°1349, n° 99-11.833. « *Ayant relevé que le commandement de payer, délivré le 10 juin 1995, tendait à faire prononcer la résolution de la vente et retenu que Mme KALETA était elle-même redevable à cette date d'une certaine somme qu'elle avait payée le 12 et 18 Novembre 1996 et que les débirentiers avaient leurs règlements et se déclaraient à jour de leur dette sans être démentis, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision en constatant que le défaut du paiement dans les délais par les époux de COCK ne constituait pas dans ces conditions une faute d'une gravité suffisante pour justifier le prononcé de la résolution de la vente* »; Cass. 3^{ème} Civ., 30 janvier 2001, arrêt n° 155, n° 00.15.513.

¹²⁶ D. NECHITCH, *L'action en résolution dans le contrat*, thèse, 1909, p. 82.

2 - LA CONDITION DE LA RUPTURE DU CONTRAT EN CAS DE RETARD

70. Présentation.- L'exécution tardive se sanctionne par des dommages et intérêts, ou alors par la résolution du contrat. Il n'existe, jusqu'à présent aucun texte qui autorise la rupture unilatérale du contrat en cas d'exécution tardive. « *La mise en demeure est un acte par lequel on constate le retard du débiteur et la volonté du créancier d'obtenir l'exécution* »¹²⁷.

Il faut déterminer si la mise en demeure en cas de retard constitue une condition impérative **(a)** pour rompre un contrat, ou bien si elle reste - c'est-à-dire - la mise en demeure- facultative.

Il n'existe aucun texte ni de jurisprudence qui l'impose formellement ou qui l'écarte explicitement, du jeu de la rupture du contrat en cas de retard.

Cette différence de position rend la réponse à la question, de savoir si la mise en demeure soit obligatoire, est difficile **(b)**.

a - L'EXIGENCE DE LA MISE EN DEMEURE

71. Une condition de la rupture.- Depuis le XIXe siècle, les juges ont régulièrement exigé de la partie qui rompt le contrat en cas de retard, la mise en demeure, faute de quoi la rupture sera rejetée. Dans un arrêt de 1815, la Cour d'appel de Rennes, précise que « *Pour pouvoir obtenir la résiliation d'un marché, il faut avoir préalablement constitué le vendeur en demeure de livrer, au terme de l'article 1139 du code civil* »¹²⁸.

Un autre arrêt de la Cour d'appel de Douai de 1843 mérite d'être mentionné. La Cour précise qu' « *Une demande en résolution de vente d'immeubles pour défaut de paiement du prix est non recevable si l'acheteur n'a pas été préalablement mis en demeure de payer. La clause résolutoire tacite résultant du défaut de paiement du prix de vente d'un immeuble ne dissout pas de plein droit le contrat. Le vendeur doit, pour en obtenir la résolution, s'adresser aux tribunaux. Sa demande n'est recevable qu'autant qu'il justifie que l'acheteur a été mis en demeure de payer son prix [...]. Le vendeur ne*

¹²⁷ L'annotateur anonyme de l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen, du 25 mai 1881, S. 1882, II, p. 217.

¹²⁸ Cour Royale de Rennes, 2 octobre 1815 in. D et A. Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence, tome 43.

rapporte aucune preuve d'une mise en demeure notifiée à l'acheteur, [par conséquent la Cour] déclare non recevable la demande »¹²⁹.

La mise en demeure est une condition essentielle, car en cas de retard dans l'exécution, le créancier ne sait pas si l'inexécution est temporaire ou définitive. La mise en demeure répondra à ses interrogations et le mettra à l'abri d'une éventuelle sanction de rupture abusive et injustifiée.

Au XX^{ème} siècle, la position des juges du fond n'a pas changé. Il a été, en effet, jugé plusieurs fois en ce sens. Les arrêts des Cours d'appel étaient nombreux et la mise en demeure est obligatoire.

Même si le retard est considéré comme une inexécution contractuelle, la résolution du contrat est rejetée.

Ainsi, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait affirmé dans son arrêt du 31 mai 1994 qu' « *En l'absence de clause résolutoire stipulée au contrat de licence, le propriétaire d'une marque ne peut résilier ce contrat pour retard du licencié dans le règlement de la redevance. Il doit pour obtenir l'anéantissement du contrat intenté l'action résolutoire.*

Le retard dans le paiement de la redevance, de quelques jours pour la première échéance, d'un mois et demi pour le deuxième, ne revêt pas, en l'absence de mise en demeure, une gravité suffisante pour entraîner la résolution du contrat »¹³⁰.

72. La nécessité de la mise en demeure.- Il est clair que, pour le juge, la mise en demeure constitue une condition essentielle pour rompre un contrat pour retard dans l'exécution de l'obligation contractuelle. Dans le cas contraire, le juge rejettera systématiquement la demande de résolution du contrat, pour le non-respect de la condition de mise en demeure du débiteur défaillant, pour obtenir l'exécution de celui-ci.

La Cour d'appel de Toulouse avait jugé aussi que « *Quant aux retards subis par certaines expéditions et qui paraissent effectivement imputables au vendeur ou à un prestataire de services choisi par lui, leur sanction ne pouvait être, en l'absence de dispositions contractuelles express en ce sens, la résolution prononcée unilatéralement et sans mise en demeure préalable par l'acheteur »¹³¹.*

¹²⁹ C.A de Douai, 2 mai 1843. In D et A DALLOZ, répertoire préc, tome 43(vente) éd. Bureau de la jurisprudence générale, Paris 1858. p. 305. n° 1259. « *Si l'article 1610 [du Code civil] autorise l'acheteur à demander la résolution de la vente lorsque le vendeur a manqué de livrer la chose vendue au temps convenu, (...), [mais] ce débiteur doit être préalablement mis en demeure et que, tant qu'il ne l'a pas été, il peut conjuguer la résolution en exécutant le contrat »*, C.A de Rouen, 23 décembre 1880 S.1882, II, p. 217.

¹³⁰ C.A d'Aix en Provence, 31 mai 1994, Ste JEAN DE MARSEILLE / BRINGUER : juris Data n° 045872.

73. Une obligation de la Cour de cassation.- Par ailleurs, la Cour de cassation a adopté la même position que les Cours d'appel. Elle a, et dans plusieurs arrêts, exigé la mise en demeure pour rompre un contrat.

La haute juridiction estime que « *Lorsqu'il est question de statuer sur une demande en résolution d'une convention pour défaut d'exécution par une partie, les tribunaux doivent examiner et apprécier les faits et les actes pour reconnaître s'il y a retard non justifié et mise en demeure* »¹³².

Dans un autre arrêt de la Cour du 7 mai 1928, et toujours concernant les contrats de vente où le vendeur a eu 2 jours de retard pour livrer une partie de la marchandise, l'acheteur ayant demandé alors la résolution du contrat pour manquement aux obligations et le non-respect du délai précisé dans le contrat. Le juge du fond rejeta la demande de résolution du contrat et ordonna la poursuite de la convention.

L'acheteur fit appel et forma un pourvoi, estimant que le juge du fond aurait violé les termes des articles 1134, 1184 et 1610 du code civil, le privant par conséquent, de son droit de résolution du contrat pour inexécution. Mais sa demande fut encore une fois rejetée par la haute juridiction qui estima que la Cour d'appel « *A refusé à bon droit de prononcer la résolution du marché en raison de ce simple retard [car] il ne résulte ni des qualités, ni des motifs de l'arrêt, et il n'est même pas allégué par le pourvoi que le vendeur ait été mis en demeure d'effectuer la délivrance de ces marchandises* »¹³³.

En 1971, la Cour a aussi réaffirmé ce principe d'obligation de mise en demeure pour rompre un contrat pour retard d'exécution. Dans son arrêt du 17 mars 1971 « *L'ordre de suspendre les travaux donnés à l'entrepreneur par le maître d'ouvrage, ne met pas ce dernier dans l'impossibilité définitive d'exécuter les obligations qu'il a contractées. Doit, dès lors, être cassé, l'arrêt qui prononce la résolution judiciaire du marché aux torts du maître de l'ouvrage malgré l'absence de toute mise en demeure préalable* »¹³⁴.

Il s'avère que la jurisprudence tient farouchement et dans certains cas, à l'exigence de la mise en demeure pour la résolution du contrat en cas de retard. Il convient de préciser que dans la majorité des cas, les arrêts rendus concernent les contrats de vente. Qu'en est-il cependant, des autres contrats et autres situations ?

¹³¹ C.A Toulouse, 20 juin 2002, Société ECOFRANT/SNCEI Toulouse midi Pyrénées, juris Data, n° 181869.

¹³² Cass. Civ., 28 Novembre 1943, in D. et A Dalloz, Répertoire préc, tome 43 (vente), p. 187.

¹³³ Cass. Ch., rep. 7 mai 1928, S. 1928. I, p. 277- 278.

¹³⁴ Cass. 3^{ème} Civ., 17 mars 1971 : Bull. civ., 1971, III, n° 194.

74. Les limites à l'obligation de mise en demeure.- D'après la haute juridiction « *Lorsqu'il est question de statuer sur une demande en résolution d'une convention pour défaut d'exécution par une partie, les tribunaux doivent examiner et apprécier les faits et les actes pour reconnaître s'il y a retard non justifié et mise en demeure. La nécessité de cet examen et de cette appréciation résulte virtuellement des dispositions de l'article 1184 du code civil relatif à la condition résolutoire* »¹³⁵.

L'utilisation du terme « retard non justifié » conforte l'hypothèse selon laquelle la jurisprudence exige la mise en demeure uniquement dans des situations bien précises.

Le juge privilégie et une fois n'est pas coutume, l'exécution du contrat. Il est important que le créancier facilite l'exécution à son débiteur et il est nécessaire pour démontrer la bonne foi et la loyauté contractuelle de donner une seconde chance au partenaire et surtout de le mettre au courant que son retard n'est plus admissible.

Il nous semble toutefois primordial de préciser que, si les Cours d'appel font de la mise en demeure une obligation nécessaire pour la rupture du contrat, c'est par rapport à la bonne foi du créancier. Il est important d'étudier les situations une par une.

Il est évident aussi que si les juges ont fait de la mise en demeure une condition essentielle pour la rupture du contrat, cela ne touche que les cas où le retard ne constitue pas une menace pour la continuité du contrat et que, par conséquent, le retard ne provoque aucun préjudice pour l'autre partie. Ainsi, on comprend que seule l'exécution du contrat compte, même tardive, celle-ci, autrement dit l'exécution des obligations contractuelles, satisfait aux exigences.

On se pose la question de savoir quelle sera la position des juges dans le cas où l'exécution tardive provoque un préjudice important pour le créancier et si le contrat ne peut exister que dans les cas où l'exécution sera effectuée dans les délais prévus dans le contrat ?

¹³⁵ Cass. Civ., 28 novembre 1843, in D. et A. Dalloz, Répertoire préc, tome 43, (vente), p. 187.

b- L'ABSENCE DE L'EXIGENCE DE LA MISE EN DEMEURE

75. La dispense de la mise en demeure.- Si la mise en demeure était une condition pour admettre la résolution du contrat en cas de retard, dans plusieurs autres décisions de justice, la mise en demeure ne constitue pas une obligation pour le créancier.

Il va de soi que l'absence de l'exigence de la mise en demeure est sous-entendu.

La jurisprudence a, dans plusieurs arrêts, en effet, admis la résolution du contrat pour cause de retard sans que la mise en demeure soit une exigence préalable, à défaut le créancier ne verra pas sa demande rejetée.

Dans un arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 1990, la haute juridiction confirme cette absence.

En l'espèce, la société Les Lilas avait commandé auprès de la société Paris Location, un groupe électrogène, pour faire face à la non fourniture de l'électricité survenue, suite à une grève de l'E.D.F. Le contrat stipulant que le groupe électrogène devrait être livré dans un très bref délai, autrement dit la journée même où la commande a été passée.

La société Paris Location - le vendeur - n'était pas en mesure de tenir les délais de livraison. Le groupe électrogène n'ayant pas été livré au cours de la journée, la société Les Lilas fut dans l'obligation de s'adresser à un autre fournisseur, suite au retard du premier pourvoyeur.

Le contrat fut donc rompu malgré l'absence de mise en demeure. Le juge du fond a, en effet, prononcé la résolution du contrat, au motif que le premier négociant - la société Paris Location - avait manqué à une obligation essentielle stipulée dans le contrat et qui consiste à la livraison du groupe électrogène dans un délai bien précis pour faire face à l'urgence. Dans cette situation, le simple retard constituait un manquement grave à une obligation contractuelle.

La Cour de cassation a donc approuvé la décision de Cour d'appel et affirme de son côté, que *« C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'interprétation de la commune intention des parties que la Cour d'appel a estimé que la livraison rapide, convenue entre celles-ci, devait s'entendre d'une livraison dans la journée même du 9 janvier 1987 »* et d'un autre côté qu' *« Ayant relevé que le magasin de la société Les Lilas était privé d'électricité par la suite de la grève d'E.D.F, et que ladite société avait été*

contrainte de s'adresser à un autre fournisseur pour obtenir la livraison du groupe électrogène dans la soirée du 9 janvier 1987, ce qui démontrait l'urgence d'une telle acquisition, les juges du second degré ont légalement justifié leur décision »¹³⁶.

Par cet arrêt, on voit clairement que le contrat de vente a été rompu sans préavis et sans mise en demeure au seul motif du retard dans l'exécution de la convention.

Les juges ont prononcé la résolution du contrat pour retard dans l'exécution même en l'absence de mise en demeure préalable du créancier.

76. Une exonération jurisprudentielle.- Cette absence de l'exigence de mise en demeure est sous-entendue dans cet arrêt, c'est-à-dire c'est une absence implicite.

Dans un autre arrêt de la jurisprudence, il avait été exprimé explicitement que la mise en demeure n'était pas une condition nécessaire pour admettre la rupture du contrat en cas de retard.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Nancy dans un arrêt rendu le 3 mai 2000, avait précisé qu'« *En application de l'article 1610 du code civil, l'inobservation de la date de livraison, qui s'impose impérativement au vendeur, permet au client de demander la résolution de la vente, sans qu'une mise en demeure préalable soit nécessaire* ». Selon la Cour d'appel de Nancy « *La mention, figurant sur la demande adressée le 21 juin 1993 par l'acheteur (pour mercredi 30 juin au plus tard : fin de chantier 16 juillet 1993) confirme que le fournisseur avait connaissance de ce que la date de livraison constituait une condition essentielle de la vente* »¹³⁷.

Contrairement à l'arrêt précédent, la Cour a précisé clairement que la mise en demeure ne constitue en aucun cas une condition pour la résolution du contrat. Alors que précédemment, la Cour n'a même pas abordé la question de la mise en demeure.

La livraison de la marchandise et la date prévue dans le contrat sont des obligations essentielles. L'inexécution ou le retard dans l'exécution constitue un manquement justifiant la rupture du contrat, d'autant plus que l'urgence de la situation, ne permet pas au créancier de mettre en demeure son partenaire.

77. Un retard suffisamment grave. - L'autre point qui attire notre attention où la jurisprudence reste indifférente, c'est à la durée du retard.

¹³⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 10 juillet 1990, arrêt n° 1037, n° 89-10.080.

¹³⁷ C.A Nancy, 3 mai 2000, SARL CHEF/SA MARKET ; juris Data n° 130693.

Qu'il soit insignifiant ou conséquent, la rupture est prononcée, le plus important est l'existence du manquement. On comprend explicitement que la jurisprudence admet la résolution du contrat en cas de retard sans obligation de mise en demeure en cas d'urgence.

La position de la Cour de cassation va dans le même sens. La Cour a aussi admis que le contrat peut être résolu même en cas d'absence de mise en demeure. La haute juridiction a, en effet, plusieurs fois, cassé des arrêts des Cours d'appel qui ont refusé de prononcer une résolution d'un contrat, au motif que le créancier n'avait pas satisfait à son obligation de mise en demeure préalable. Car elle a estimé que le créancier n'était pas tenu de mettre en demeure son débiteur.

Tel est le cas dans l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 15 février 2000.

En l'espèce, Madame MATAUTAU propriétaire d'un terrain avait vendu une parcelle à Mme TEATA.

Mme MATAUTAU décida d'assigner Mme TEATA en résolution de vente de parcelle, en constatant que le prix de vente n'avait pas été payé et demanda par la même occasion des dommages et intérêts en réparation du préjudice engendré par le non-paiement volontaire de Mme TEATA.

Les juges du fond ont retenu que « *Si Mme TEATA ne justifie que du règlement d'une très faible partie du prix, il n'apparaît pas qu'elle ait été mise en demeure de payer entre 1987 et l'engagement de l'instance* ».

La Cour d'appel précise que la demande est rejetée par manquement à une obligation indispensable qui est la mise en demeure préalable, en cas de demande de résolution pour cause de retard. Saisie, la Cour de cassation a censuré la décision des juges d'appel.

La Cour de cassation estime que les juges, saisis d'une demande de résolution d'une convention pour exécution en retard des obligations contractuelles, ne devraient en aucun cas, faire de la mise en demeure une condition essentielle, avant d'introduire une demande en résolution du contrat.

Il faut préciser que dans certains cas et dans certaines circonstances, la Cour fait de la mise en demeure une obligation et dans d'autres cas, elle n'oblige pas le créancier à la faire.

78. Cas particulier.- La Cour de cassation précise que « *La nécessité d'une mise en demeure suppose, de la part de l'une des parties, la volonté*

d'exécuter la convention. Cette formalité devient sans objet lorsque, comme dans l'espèce, la résiliation est demandée de part et d'autre »¹³⁸.

Selon le professeur LIBCHABER, « *Mettre en demeure, c'est faire fond sur un retard déjà constaté, mais pour obtenir une exécution qui apporterait encore une certaine satisfaction, si d'aventure cette possible satisfaction a disparu avec le retard du débiteur, la mise en demeure n'est pas nécessaire précisément parce que le créancier ne souhaite plus recevoir sa prestation »¹³⁹.*

B - LE TRAITEMENT SPÉCIFIQUE EN CAS D'EXÉCUTION PARTIELLE

79. L'indifférence.- L'article 1184 du code civil ne fait aucune distinction entre une inexécution totale ou partielle. Son existence justifie la résolution du contrat. L'article précise que : « *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.* » Il appartient donc au juge d'apprécier la gravité de l'inexécution partielle.

Au contraire, l'ordonnance du 10 février 2016 dans son article 1217, précise qu'un contrat peut être résolu en cas d'inexécution imparfaite.

Selon l'article 6.1.3 des principes UNIDROIT , « *Le créancier peut, à l'échéance, refuser d'accepter une offre d'exécution partielle, qu'elle soit ou non accompagnée d'une assurance de bonne exécution du solde, à moins de n'avoir aucun intérêt légitime à le faire* ». Le créancier a donc le droit de décliner une proposition d'exécution partielle de son débiteur, mais qu'en est-il de la position du juge ? Il est clair que la question de connaître la position des juges face à une inexécution totale du débiteur ne se pose pas. Car, dans ce genre de situation le dénouement du contrat se résoudra par l'anéantissement de la convention.

¹³⁸ Cass. Civ., 15 novembre 1887 : DP 1888, I, p. 120. « *En droit, aux termes de l'article 1146 [code napoléonien], l'obligation de la mise en demeure cesse lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer. Telle était précisément l'obligation du martelage imposé à COTTENEST laquelle ne pouvait être utilement accomplie qu'autant qu'elle le serait assez tôt pour laisser à l'acheteur le temps d'exploiter* », Cass. Req., 17 février 1869, DP 1870, I, p. 112.

¹³⁹ R. LIBCHABER, article préc. n° 16.

Concrètement, le rôle du juge se résume à l'application des termes de l'article 1184 du code civil.

Si une exécution est seulement partielle, que serait la solution dans ce cas ? Le rôle du juge est très important, il lui revient, en effet, d'apprécier si le caractère partielle de l'inexécution justifie la résolution du contrat **(1)**.

Ni la jurisprudence ni la doctrine, en effet, n'est contre une résolution partielle du contrat, « *Rien ne s'oppose à ce que la résolution du contrat ne soit que partielle lorsque l'obligation inexécutée est détachable de l'ensemble de la convention* »¹⁴⁰.

Si le contrat comporte plusieurs obligations distinctes, la résolution partielle est admissible sauf lorsque les obligations sont indivisibles **(2)**.

1 - L'INEXÉCUTION PARTIELLE ET LA RÉOLUTION DU CONTRAT

80. Une décision judiciaire.- La rupture d'un contrat en cas d'inexécution partielle de la convention est admise en droit positif français. La jurisprudence a ainsi prononcé la résolution du contrat quand une partie a exécuté partiellement ses obligations. Car la Cour de cassation affirme que lorsqu'une convention « *Ne contenait aucune clause expresse de résolution, il appartient aux juges d'apprécier si l'inexécution partielle d'une des obligations contractées par le débiteur avait assez d'importance pour que la résolution des conventions dût immédiatement être prononcée* »¹⁴¹.

La position de la Cour de cassation a été confirmée dans un autre arrêt de 1891, où elle précise que « *Lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse, il appartient aux tribunaux de chercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui y avait manqué complètement, et en cas d'inexécution partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée* »¹⁴².

Dans un autre arrêt de la Cour de cassation de 2001, la haute Cour précise qu' « *Il appartient aux juges de fond d'apprécier si l'inexécution partielle*

¹⁴⁰ T.G. I Paris, 17 octobre 1973. Gaz. Pal 1974.1. p. 170.

¹⁴¹ Cass. Ch., req, 4 juin 1888, DP 1889, I, p. 248.

¹⁴² Cass. Civ., 14 avril 1891, Bull. civ., n° 55, p. 103.

présente une gravité suffisante pour justifier la résolution du contrat »¹⁴³. Il revient au juge de définir si l'exécution partielle ne comporte aucun caractère grave et satisfait le créancier. Il lui appartient aussi de décider aussi, sur la sanction qui doit infliger au débiteur.

81. L'admission de la résolution.- Il est clair que le rôle du juge revêt un intérêt très important, car l'inexécution même partielle reste toujours une inexécution.

Le créancier peut considérer l'inexécution partielle comme excuse pour se délier de ses obligations envers son partenaire.

La jurisprudence admet la résolution du contrat en cas d'inexécution partielle des obligations par l'une des parties.

La rupture du contrat en cas d'inexécution partielle n'est pas arbitraire. Elle est soumise à des exigences et le juge veille pour que ces exigences soient respectées. Il garantit alors le respect d'une sorte d'équité dans la rupture du contrat et dans la préservation des intérêts de toutes les parties.

Les juges n'admettent la résolution d'un contrat dans le cas d'une inexécution partielle - comme le précise la Cour de cassation- seulement si l'inexécution concerne « *Une obligation déterminante de la conclusion du contrat* »¹⁴⁴ ou bien que cette inexécution « *Doit être suffisamment grave* »¹⁴⁵.

L'absence de définition claire du législateur et de la jurisprudence de " *L'obligation déterminante* " ou de " *L'inexécution suffisamment grave* " rend l'intervention du juge nécessaire. Car l'obligation déterminante ne vise pas forcément une obligation essentielle. Une obligation accessoire peut avoir le caractère déterminant dans la conclusion du contrat, cela dépend, en effet de l'impact de l'inexécution de cette obligation sur la continuité du contrat et en particulier, sur la situation économique du créancier de l'obligation.

Le juge, -personne neutre - serait le plus qualifié pour décider si le contrat doit être résolu ou pas.

La gravité de l'inexécution ne peut pas et ne doit pas être appréciée par les parties, car chaque contractant veillera à protéger ses seuls intérêts, alors que les tribunaux veilleront sur les intérêts des deux parties. Car ce qui est

¹⁴³ Cass. Com., 9 janvier 2001, n° 97-14440; Cass. 1^{ère} Civ., 10 juillet 1990, n° 87-18702, « *Il relève du pouvoir souverain du juge de fond d'apprécier si l'inexécution partielle de ses obligations par une des parties à un contrat synallagmatique est de nature à affranchir l'autre partie de ses obligations corrélatives, et également d'apprécier si cette inexécution présente un caractère de gravité suffisante pour en justifier la résolution* »

¹⁴⁴ Cass. Com., 2 juillet 1996, Defrénois 1996, p.1364, note D. MAZEAUD.

¹⁴⁵ C.A d'Aix-en-Provence, 7 février 1977, Bull, Aix 1/1977, p. 10.

considéré comme grave par le créancier peut être insignifiant au regard du débiteur.

Lorsque l'inexécution touche à une obligation essentielle ou accessoire, la résolution pour inexécution partielle reste possible.

82. Le type d'obligation.- « *Chaque convention s'articule autour d'une sorte de noyau dur que l'on appelle l'obligation essentielle ou fondamentale* ». ¹⁴⁶

Au regard de ce qui précède, nous nous posons la question de savoir si dans le cas où l'inexécution partielle touche une obligation essentielle, le juge peut ne pas prononcer la rupture du contrat ?

La réponse à cette question est négative, car si l'inexécution touche à une obligation essentielle, le juge prononcera la résolution du contrat que l'inexécution soit totale ou partielle.

D'après la Cour d'appel de Colmar, dans son arrêt du 4 février 2002, le juge affirme que « *L'obligation au paiement des loyers aux termes convenus constitue une obligation essentielle incombant à tout locataire, leur non-paiement réitéré justifie le prononcé de la résolution du bail d'habitation* » ¹⁴⁷. Selon la haute juridiction « *La Cour d'appel, qui retient l'existence d'une location soumise aux dispositions générales de la loi du 1^{er} septembre 1948, ne s'est pas contredite et a légalement justifié sa décision sans violer aucun texte, en fondant la résiliation de cette location sur les manquements du locataire à son obligation essentielle de payer ce loyer, dont elle a souverainement apprécié la gravité* » ¹⁴⁸.

Dans le même sens et concernant un contrat de vente, la Cour de cassation précise que : « *La Cour d'appel était fondée à décider par une appréciation souveraine, que faute par les débiteurs [acheteurs] d'avoir rempli leur obligation essentielle, à savoir le paiement du solde du prix, la convention devait être résolue* » ¹⁴⁹.

Il est clair que « *... L'examen de la jurisprudence permet de constater que notre juridiction n'a jamais condamné le principe d'une résolution opérant seulement de manière partielle* » ¹⁵⁰.

¹⁴⁶ LAMY, Droit des contrats, 2004 n°333, p. 75.

¹⁴⁷ C.A Colmar, 4 février 2002, THOMANNCIAMARONE/SCI ECRIN : juris Data, n° 197295.

¹⁴⁸ Cass. 3^{ème} Civ., 14-02-1984, arrêt n° 236, n° 83-10.697.

¹⁴⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 9 janvier 1963, arrêt n° 24, n° 58-12.741.

¹⁵⁰ M-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUMA, 1996, n° 360, p. 299.

2- LES ARGUMENTS FAVORABLES À L'ADMISSION DE LA RÉOLUTION PARTIELLE DU CONTRAT

83. Cas des obligations indivisibles.- La jurisprudence ne semble admettre la résolution partielle, si « *Le contrat est divisible dans son exécution et que les différentes obligations qui y sont contenues sont indépendantes les unes des autres* »¹⁵¹. La résolution partielle, lorsqu'elle est possible, est préférable. Car elle permet une sanction équitable tout en sauvegardant les intérêts des parties. Le débiteur n'a en effet pas exécuté une obligation contractuelle, mais cette inexécution n'a aucun effet sur la continuité et l'exécution des autres obligations, par conséquent, sur la continuité du contrat.

Il est clair que si l'intervention judiciaire était prohibée dans la rupture du contrat, la sanction qu'encourt le débiteur défaillant pourrait être disproportionnée.

Si les parties disposaient du pouvoir de décider, le créancier malhonnête pourrait imposer la résolution du contrat au mépris des droits et intérêts de son cocontractant.

On comprend que le juge est irremplaçable.

Monsieur PAULIN affirme que « *La résolution s'oppose à l'exécution, le créancier qui demande la résolution du contrat en abandonnant l'exécution. Il veut être dégagé de ses obligations, non continuer de les exécuter. Le contrat partiellement résolu est en réalité maintenu et ses obligations exécutées* »¹⁵².

En revanche, selon Monsieur MESTRE, quand deux personnes ou plusieurs signent un contrat, elles « *Attendent du contrat un résultat global. Ou elles l'obtiennent tel quel, ou elles ne l'obtiennent pas ; dans ce dernier cas, si l'insatisfaction est suffisamment forte aux yeux des magistrats pour justifier la résolution (et non pas le simple octroi de dommages-intérêts du contrat maintenu), l'anéantissement du contrat ne paraît pas pouvoir être partiel, au gré du créancier ou encore des juges qui s'attribueraient en quelque sorte le droit de refaire le contrat en décidant ce qui survit et ce qui disparaît. Seule au demeurant, la disparition totale du contrat évitera que se maintienne un lien juridique entre des personnes qui, par hypothèse, se sont judiciairement opposées (...)* » En quelque sorte, le professeur MESTRE estime que « le

¹⁵¹ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, thèse, Lille II, ANRT, 2001, p.197.

¹⁵² Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, n° 86, p. 94.

respect des volontés implique (...) la disparition intégrale de tout lien contractuel... à moins que les parties n'aient formellement conclu deux contrats, manifestant par-là clairement qu'elles se réservaient le droit de dissocier le sort de chacun des actes »¹⁵³.

Selon cet auteur, il est primordial de respecter la volonté des parties du moment qu'il y a eu inexécution. Il est inconcevable de résilier juste une partie du contrat, car quoi qu'il en soit, le créancier n'est pas satisfait de son cocontractant. S'il y a eu inexécution d'une obligation contractuelle même indépendante des autres obligations, le contractant défaillant pourrait récidiver et n'exécutera pas une autre obligation. Dans ce cas, on peut donner raison à l'auteur, car ce serait une perte de temps et pour le créancier et pour le juge.

84. Une résolution utile.- Bien entendu personne ne peut prévoir si le contractant défaillant ne va pas exécuter une ou plusieurs autres obligations. Il faut rappeler que si ce dernier s'est lié à ce contrat, il espère en tirer un bénéfice. Il est de son intérêt de continuer à exécuter le contrat. Il se peut que la raison de son inexécution est due à un cas de force majeure.

Il est donc utile pour les deux parties que la résolution partielle du contrat, dans ce genre de convention, doit être autorisé.

Après tout cela, un autre auteur, en l'occurrence SEUBE nous oriente dans une direction différente de celle du professeur MESTRE. Selon lui, « *C'est la complexité croissante des techniques contractuelles qu'impose à présent de s'interroger sur la possibilité d'une résolution partielle. Un souci d'équité commande en effet parfois d'écarter le principe trop strict d'une résolution totale* ». D'un autre côté, toujours d'après celui-ci, « *Les tribunaux sont peu sensibles aux difficultés de justification et se déterminent en considération d'exigences plus pragmatiques : d'un côté, ils apprécient l'utilité que procure au créancier l'exécution partielle du contrat, de l'autre, ils mesurent le préjudice que causerait au débiteur la résolution intégrale du contrat. Ils s'efforcent alors de concilier au mieux les intérêts antagonistes en jeu sans s'arrêter aux difficultés théoriques sus-évoquées* »¹⁵⁴.

Il semble important de préciser que l'intérêt de l'intervention judiciaire dans ce genre de situation, est la volonté de limiter les effets parfois très injustes d'une résolution totale du contrat.

¹⁵³ J. MESTRE, RTD Civ, 1987, p. 542.

¹⁵⁴ J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, op. cit n° 355.

Une inexécution créant un déséquilibre « *Peut être remédiée de manière moins radicale, c'est-à-dire sans remettre en cause le contrat en totalité et à la fois pour le passé et l'avenir* »¹⁵⁵

Conclusion du chapitre

85. L'inexécution contractuelle.- L'article 1184 du code civil, fait de l'inexécution la condition de la rupture du contrat et elle ne peut être appréciée par les parties.

Si l'appréciation de la gravité de l'inexécution doit être faite par le juge, cela n'a pas été fait par hasard. Le juge en effet « *Statue en tenant compte de considération d'opportunité et d'utilité, s'attachant à l'importance du manquement par rapport à l'avantage économique poursuivi par le créancier* »¹⁵⁶.

La constatation de l'inexécution contractuelle, ne doit être effectuée que par le juge. Il s'assurera de son réel existence, mais sans prendre en compte son origine.

Cependant, il réserve un traitement particulier pour l'inexécution tardive ou partielle. Dans ce cas, le juge appréciera si cette inexécution mérité une rupture ou une seulement une compensation.

Cela dit, l'évolution de la pratique contractuelle et de la jurisprudence en fait émerger un concept qui, jusqu'à lors n'était pas admis en droit français des contrats, qui est la rupture unilatérale.

¹⁵⁵ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, thèse, Lille II, ANRT, 2001, p. 200.

¹⁵⁶ L. BOYER, *Contrats et convention*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 1993, n° 373.

CHAPITRE 2 - LA RUPTURE UNILATÉRALE CONTRÔLÉE PAR LE JUGE

86. L'orientation.- Traditionnellement, la rupture du contrat en droit français suppose un recours préalable au juge. L'article 1184 du code civil précise que la résolution du contrat doit être demandée en justice. En revanche, la loi a autorisé dans certains cas, une rupture unilatérale, car « *De multiples contractants, en raison de leur vulnérabilité, se voient octroyer un droit de résiliation unilatérale* »¹⁵⁷. En effet, l'article 1224 de l'ordonnance de 2016, admet que la rupture peut résulter d'un acte unilatérale en cas de manquement grave. Avec l'évolution jurisprudentielle, il est cependant possible de rompre un contrat sans l'intervention du juge, aux risques et périls de l'auteur.

Un contrôle judiciaire reste alors indispensable voire primordial. Ce mode de rupture est contraire aux règles de l'article 1184 du Code civil; mais son admission peut être considérée comme une évolution de la pratique contractuelle (**Section 1**) .

Le juge, même s'il ne prononce pas directement la résolution du contrat, le pouvoir lui revient d'effectuer un contrôle de la rupture. Il lui appartient d'apprécier le caractère suffisamment grave du manquement, et, valide ou rejette la résolution de la convention.

Il semblerait que, même en cas de rupture unilatérale du contrat, c'est le juge qui prononce la résolution, mais d'une façon indirecte (**section 2**) .

SECTION 1 - LA RUPTURE UNILATÉRALE AUTORISÉE PAR LA LOI

87. Présentation.- Selon Monsieur GAMBARO, la résolution unilatérale du contrat est, « *Le moyen le plus efficace et le plus économique pour rétablir la justice contractuelle* »¹⁵⁸. Il faut préciser que si la majorité de la doctrine française n'est pas du même avis et ne partage pas l'opinion de l'auteur, elle¹⁵⁹ est, en revanche, favorable à la continuité du contrat et donc à son exécution forcée.

¹⁵⁷ C. CHABAS, « Résolution - Résiliation », Dalloz, 2010, n° 276.

¹⁵⁸ A. GAMBARO, « *Ossezioni conclusive* » in L.VACCA (dir) *IL contracta inadempinto*, p. 433.

¹⁵⁹ La doctrine française.

Même si la moitié de la doctrine n'est pas pour une rupture unilatérale du contrat, le législateur a pourtant toléré et même autorisé ce mode de rupture tout à fait nouveau en droit positif français (§1) . En revanche, il a été admis la rupture du contrat à durée indéterminée (§2).

§ 1 - LA RUPTURE UNILATÉRALE LEGALEMENT AUTORISÉE

88. Les cas de rupture.- Si en droit français la rupture du contrat nécessite un recours préalable au juge, il existe des exceptions et des cas où la rupture est unilatérale (A).

L'intervention judiciaire est en effet écartée, soit pour faire face à une situation qui demande une rapidité dans la décision ou bien quand il s'agit d'un contrat spécial (B).

A - L'EXCEPTION DE RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT

89. Présentation.- Pour une partie de la doctrine, le fait que le droit de rupture unilatérale soit contraire au principe régissant la rupture du contrat en droit positif français, celui-ci -autrement dit le droit de rupture unilatérale du contrat- doit être considéré comme étant illégal. Monsieur RIPERT par exemple estime qu'il est « *Immoral qu'un contractant pût exiger l'accomplissement de la promesse d'autrui lorsqu'il ne voulait ou ne pouvait tenir la sienne* ». ¹⁶⁰

Les principes édictés par le législateur dans l'article 1184 du code civil ne doivent pas rester intangibles. Certaines circonstances peuvent amener un contractant à rompre un contrat par sa seule volonté. Conformément à l'article 1224 de l'ordonnance du 10 février 2016, le contrat peut être rompu par " notification".

Dans d'assez nombreuses situations, la théorie ne s'accorde pas avec la pratique; l'évolution des rapports contractuels et économiques ont aisément dépassé les situations prévues par le code civil, l'article 1224 de l'ordonnance a suivi cette évolution.

¹⁶⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations*, LGDJ, 4^{ème} éd, 1949.

Le droit de rupture unilatérale ne doit pas être perçu comme une fin, un instrument aux mains d'une partie au contrat, un instrument qui pourrait être utilisé arbitrairement mais un moyen de rompre le contrat inexécuté et un moyen pour faire face à des situations particulières que pouvait rencontrer une partie au contrat. On peut donc estimer que l'action unilatérale d'un contractant peut être justifiée par l'urgence de la situation **(1)**. Elle est en quelque sorte « *Poussée par l'urgence et la mauvaise foi de l'autre partie* »;¹⁶¹ ou bien pour faire face à une impossibilité d'exécution de son partenaire **(2)**.

1 - UNE RUPTURE UNILATÉRALE POUR FAIRE FACE À L'URGENCE

90. Une rupture à titre exceptionnelle.- Le code civil français n'a pas admis la rupture unilatérale du contrat. L'ordonnance de 2016, n'a admis la rupture par notification qu'en cas d'inexécution suffisamment grave.

Les exigences économiques et sociales d'un contrat dans le contexte socio-économique actuel, demandent une certaine rigidité et exception. En matière de rupture contractuelle, la résolution judiciaire ne peut pas, dans certains cas, s'imposer; la lenteur de la procédure et l'insuffisance de la loi y sont pour beaucoup. Il faut donc dans des situations d'urgence, que cette procédure de rupture puisse être accélérée.

L'urgence justifiant un anéantissement unilatéral du contrat, semble n'être que le fait de l'un des contractants, dont le comportement ne permet pas le maintien de la relation, en attendant le recours préalable au juge. « *Celui qui envisage cette rupture unilatérale immédiate est certes à l'origine d'un dommage envers son coobligé, mais dans le seul but d'éviter une défaillance plus grave qui mettrait en péril le contrat lui-même* »¹⁶².

Invoquer l'urgence dans la rupture contractuelle justifie le fait d'outrepasser les règles classiques de rupture des contrats précisées par l'article 1184 du code civil.

91. Une rupture préventive.- La jurisprudence a raisonné dans le même sens, elle a, en effet, admis qu'un contractant pouvait rompre un contrat par

¹⁶¹ M-L. SAGUES, *La rupture unilatérale du contrat*, thèse Paris, 1937, p. 327.

¹⁶² C. DELOBEL, *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, thèse Nice, ANRT, 2012, p. 332.

« *Un acte de propre autorité* » pour que le dommage qui sera subi soit moins important¹⁶³.

Ainsi le tribunal civil de Seine avait-il précisé que la résolution judiciaire « *Comporte des exceptions* » ; ces exceptions concernent les cas où les intérêts d'une partie sont mis en péril.

Ainsi, un spectateur qui sème le trouble dans un théâtre¹⁶⁴, un collaborateur d'un garagiste qui ne vend qu'une seule voiture par an, alors qu'il est censé écouler le stock¹⁶⁵ ou alors un médecin qui exerce sa profession en étant ivre et qui mettrait la sécurité des patients en péril¹⁶⁶, constituent des exemples d'urgence qui, par conséquent, justifient une rupture unilatérale des liens contractuels. La jurisprudence a donc admis le recours à une rupture unilatérale d'urgence et a écarté l'application des principes de l'article 1184 du code civil. Le maintien des liens contractuels produirait un préjudice plus important et irréparable. La situation demande donc une rupture immédiate.

Le problème qui se pose dans ce genre de situations est de savoir comment peut-on caractériser l'urgence? Quelles sont les situations qui peuvent être considérées comme telles?

92. La caractérisation de l'urgence.- La réponse à cette question est un peu délicate, on devrait se pencher sur les exemples dans lesquels la jurisprudence a autorisé la rupture d'un contrat unilatéralement pour faire face à une situation particulière¹⁶⁷. Nous pensons que dans ces situations, même si le contrat a été exécuté, la rupture est inévitable. Un médecin ivre qui soigne les malades, s'exécute, mais sa situation d'ivresse ne peut pas être tolérée. L'urgence ne renvoie pas à une éventuelle inexécution, mais plutôt au comportement et aux agissements de l'autre partie.

Force est de constater que l'urgence constitue une révolution jurisprudentielle.

Le concept d'urgence comporte en lui-même des ambiguïtés qui changeraient la donne en droit des contrats.

¹⁶³ Cass. Civ., 1920, p. 369, note R.MOREL.

¹⁶⁴ Trib. Civ. Seine, 31 juill. 1897, S.1898, 2, p. 85.

¹⁶⁵ Cass. Civ., 25 avril 1936, Gaz. Pal, 1936, I, p. 879.

¹⁶⁶ Paris, 14 octobre 1982, D. 1983, I. R., p. 494, obs. J. PENNEAU.

¹⁶⁷ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM. 1997, n° 485.

« L'urgence est ainsi une notion subjective mais qui permet une réaction correspondant à un but objectif qui consacre directement un droit de rupture unilatérale primant sur le recours préalable au juge ». ¹⁶⁸

2 - UNE RUPTURE UNILATÉRALE POUR FAIRE FACE À UNE IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTION

93. Une rupture unilatérale logique.- L'impossibilité définitive d'exécuter le contrat pourrait amener une partie au contrat à y mettre fin d'une façon unilatérale.

La jurisprudence a admis que cette impossibilité de s'exécuter justifie la rupture d'un contrat sans recours préalable au juge.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a, en effet, censuré dans son arrêt du 28 avril 1982, l'arrêt rendu par une Cour d'appel. Elle affirme : qu'« *Une demande de résolution judiciaire en cas d'impossibilité d'exécution n'est pas nécessaire* » ¹⁶⁹.

En l'espèce la SEITA, pour assurer la promotion d'une marque de cigarettes, avait signé un contrat avec un pilote de course automobile. L'écurie du pilote avait rendu l'exécution du contrat impossible. En effet, le pilote avec lequel la SEITA avait conclu un contrat n'a pas été désigné comme étant le pilote des voitures, il ne pouvait donc plus assurer la publicité pour la marque en question. Par conséquent, l'exécution de son contrat était impossible et définitive. Le contrat a cependant été rompu unilatéralement et la chambre commerciale a admis la possibilité de demander la résolution judiciaire dans ce genre de situation.

94. Exemple.- La rupture d'un contrat ne doit pas être prononcée par le juge, quand celle-ci est évidente. Par exemple, dans le cas d'un importateur d'une marchandise X qui conclut des contrats de distribution avec plusieurs partenaires, s'il s'avère que le produit comporte des risques pour la santé publique et que les autorités décident d'en interdire la vente, il est évident que les partenaires décident alors de rompre le contrat de distribution. Car la marchandise ne peut plus être vendue. La rupture du contrat même d'une

¹⁶⁸ C. DELOBEL, *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, thèse Nice, 2011, p. 337.

¹⁶⁹ Cass. Com., 28 avril 1982, Bull. civ., IV, n° 145 ; Défrénois 1983, p. 334, obs. J-L. AUBERT.

façon unilatérale, reste incontestable, puisque le contrat ne peut plus être exécuté.

Depuis longtemps, on sait que la jurisprudence a décidé que, lorsqu'une faute grave rend impossible le maintien du contrat, le recours à l'anéantissement unilatéral de celui-ci est autorisé sans risquer une sanction postérieure du juge¹⁷⁰.

B - LA RECONNAISSANCE DE LA RUPTURE UNILATÉRALE DANS LES CONTRATS SPÉCIAUX

95. Une rupture autorisée.- Le droit des contrats spéciaux autorise la rupture unilatérale des contrats.

Dans les contrats de bail et de mandat, une partie peut mettre fin à ses rapports avec son partenaire sans passer par le juge, ni par un consentement mutuel, en cas de déséquilibre ou de comportement grave. Cela dit, certaines conditions peuvent s'imposer, ce qui, par conséquent, inverserait la donne.

Le non recours préalable au juge pour la rupture des contrats spéciaux, ne serait-il pas une manière de reconnaître un droit de rupture unilatérale du contrat de bail **(1)** et de mandat **(2)** ?

1 - LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT DE BAIL

96. Le bail.- L'article 1709 du code civil définit le contrat de bail comme le contrat par lequel « *L'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps* » en contrepartie d'une rémunération qu'on appelle « loyer ».

Notre développement touchera le bail d'habitation **(a)** et les baux commerciaux **(b)** car la rupture unilatérale y est autorisée.

¹⁷⁰ C. DELOBEL, *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, thèse Nice, ANRT, 2011, p. 340.

a - LA RUPTURE UNILATÉRALE DU BAIL D'HABITATION

97. Une rupture autorisée par la loi.- « Si le preneur n'use pas de la chose louée en bon père de famille, on emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, il pourrait en résulter un dommage pour le bailleur qui pourrait alors, suivant les circonstances, faire résilier le bail » (CC, Art. 1741). Selon cet article, dans les contrats de bail où le locataire est accusé de désécialisation de la chose louée, la rupture unilatérale du contrat de bail est justifiée. Ainsi l'article 1741 précise que « *Le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée et par le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagements* ». C'est-à-dire que si le bien loué est perdu ou détruit, le contrat peut être rompu unilatéralement et cette rupture est justifiée au regard de cet article.

98. Une rupture d'office.- Si le contrat arrive à son terme, celui-ci est rompu automatiquement sans passer par la résolution judiciaire. L'article 1737 du code civil affirme en effet que « *Le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé* ».

Dans les cas qu'on vient de citer, la rupture unilatérale du contrat de bail est reconnue de plein droit, mais elle est toutefois encadrée par les principes de la loi de 1989.

Cette loi vise à protéger la partie la plus faible dans le contrat, autrement dit le preneur. Elle lui octroie la possibilité de rompre un contrat de bail unilatéralement et sans motif sous une seule condition : ce dernier doit en effet adresser un préavis au propriétaire d'une durée de 3 mois qui peut être ramenée 1 mois dans des situations particulières comme il est précisé dans l'article 15 de la loi de 1989, modifier par la loi n° 2015-990 du 6 aout 2015- art.82.

Le bailleur peut lui aussi rompre le bail, mais contrairement au locataire, il doit justifier sa décision par sa volonté de reprendre le bien loué, ou pour le vendre, ou alors dans le cas d'un motif légitime par exemple l'inexécution par le locataire de ses obligations¹⁷¹. La 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 5 septembre 2012, avait statué en ce sens¹⁷². Cependant, il est tenu lui aussi, de respecter un délai de préavis qui sera d'une période de six mois.

¹⁷¹ Loi de 1989 article 15.

¹⁷² Cass. 3^{ème} Civ., 5 septembre 2012, n° 11-22336.

99. Conclusion.- On constate que la rupture unilatérale est bien autorisée en matière de bail d'habitation, mais cette liberté est contrôlée par cette loi qui vise surtout à protéger le locataire. Elle pose en effet, certaines conditions de validité de la rupture unilatérale favorable au preneur, sans pour autant négliger l'intérêt économique du bailleur. Le respect du préavis, même s'il peut être réduit à un mois au lieu de trois, vise à permettre au propriétaire de trouver un nouveau locataire. Il ne peut demander une justification de rupture de bail, car le locataire n'est pas tenu de motiver sa décision.

La loi de 1989 modifiée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, a traité la rupture unilatérale du contrat de bail d'habitation sous toutes ses formes. Cela dit, les rédacteurs de la future réforme du code civil devraient s'inspirer de cette loi et l'étendre à la plupart des contrats. malheureusement, cela n'a pas été abordé dans l'ordonnance du 10 février 2016.

Cela étant, le contrôle judiciaire de la rupture reste toujours indispensable. Par souci de protection des parties et de leurs intérêts, la mauvaise foi fréquente des parties au contrat, justifie l'intervention obligatoire du juge, car quoi qu'il arrive il y aura toujours des litiges entre les contractants.

b - LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT DE BAIL COMMERCIAL

100. Une rupture cohérente.- Comme pour le bail d'habitation, le contrat de bail commercial peut être rompu et, dans certains cas, d'une façon unilatérale. Par exemple, en cas de perte ou de destruction¹⁷³ d'un local commercial, le locataire ne peut plus exercer son activité. Par conséquent, il est injuste de lui demander de payer un loyer pour un local qu'il ne peut plus exploiter. Il est donc en droit de rompre le contrat sans préavis, ni accord mutuel avec son contractant, autrement dit son bailleur, cela rentre dans le cadre de l'impossibilité d'exécution.

Toujours est-il que, l'article L145-9 du code de commerce dans son alinéa 5 précise que « *Le congé [c'est à dire la rupture] doit être donné par un acte extrajudiciaire* ». Par cet article, on comprend très bien que la rupture unilatérale d'un bail commercial est totalement autorisée, même si cette

¹⁷³ Article 1741 code civil.

autorisation n'est pas précisée expressément, mais seulement sous-entendue.

Comme en matière de bail d'habitation, la rupture de bail commercial commence par une volonté individuelle. Elle est cependant bien encadrée. Le législateur a posé certaines conditions de validité de cette rupture.

101. Les conditions.- Ces règles aussi, si elles visent à la protection de la partie la plus faible au contrat, assurent et garantissent la préservation des intérêts économiques du propriétaire. Il n'est pas possible de protéger une partie au risque de mettre en péril l'autre.

Si le bailleur décide de rompre le contrat, ce dernier doit respecter un délai de préavis de 6 mois, ainsi « *Le congé délivré pour une date antérieure à celle fixée par l'article 5 du décret du 30 septembre 1953, n'est pas de ce fait, nul, et son effet peut être reporté à la date pour laquelle il aurait dû être régulièrement donné* »¹⁷⁴, dans d'autres termes, le délai de préavis de 6 mois doit être fixé avant la fin du bail, c'est-à-dire que si un bail commercial arrive à son terme le 31 décembre, le bailleur doit fixer le délai de préavis au plus tard à partir du 30 juin, car le bail commercial, se prolonge tacitement en l'absence d'une demande de congé. Il est impossible que le bailleur - si on devait suivre le même exemple- pose un délai de préavis qui débutera en juillet ou au mois d'août, il devra attendre au 1 janvier pour pouvoir demander un congé et par conséquent, il pourra ainsi respecter le délai qui doit être au moins de 6 mois.

102. Le préavis. - Ce délai se voit réduit à 3 mois si la rupture du bail se fait par le preneur.

Le délai de préavis dans ce cas est comme une preuve de bonne foi, de la partie qui rompt le contrat de sa propre volonté. C'est aussi une garantie du respect du partenaire et de ses intérêts.

Toujours est-il que l'obligation de préavis reste insatisfaisante au point que le législateur a imposé - comme pour le bail d'habitation- une motivation de décision de rupture.

103. La motivation.- L'obligation de motiver la rupture concerne essentiellement la rupture à l'initiative du bailleur. L'article 145-9 du code de commerce précise qu'« *Il doit à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il est donné* ».

A l'instar de la rupture du contrat de bail d'habitation, le bailleur qui anéantit le bail doit justifier son acte, en cas de refus de renouvellement. Le

¹⁷⁴ Cass. Civ., 25 janvier 1961, JCP, IV, p. 73.

propriétaire est tenu de motiver sa décision de ne pas renouveler le bail, faute de quoi son refus pourrait conduire à considérer la rupture invalide.

Force est de constater que, le motif de non-renouvellement du bail doit être pour des « *Motifs graves et légitimes [comme] la reprise pour habiter, il peut s'agir également d'un congé portant dénégarion du droit au renouvellement pour défaut d'immatriculation ou si une autre condition du droit au renouvellement n'est pas remplie* »¹⁷⁵.

Dans le cas où le bailleur ne dispose pas d'une motivation, ou bien s'il souhaite tout simplement rompre le contrat sans raison valable, ce dernier sera amené à verser une indemnité d'éviction, car son acte unilatéral pourrait être considéré comme abusif, comme le précise l'article L 145-14 du code de commerce, l'article en effet affirme que « ... *Le bailleur doit (...) payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement* ».

104. La motivation : une dispense pour le preneur.- Contrairement au bailleur, le preneur n'a aucune obligation de motiver une rupture unilatérale du bail commercial, encore moins dans le cas où il ne souhaite plus le renouveler.

La loi a prévu des sanctions pour le bailleur qui ne respecte pas la motivation en cas de refus de renouveler le bail. Cette sanction est cependant unique, la non motivation en effet, ouvre le droit à des dommages et intérêts pour le preneur et il ne peut en aucun cas voir le bail renouvelé, même avec l'intervention du juge. La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 12 janvier 2005, précise que la non motivation du refus de renouvellement ne peut pas être de nature à annuler le congé. Le refus de renouveler peut mener à une condamnation à payer une indemnité au preneur, en guise d'indemnité d'éviction.

Il est logique de ne pas obliger le bailleur à renouveler le bail s'il ne le souhaite pas, mais son acte pourrait porter préjudice à son preneur. Il sera alors dans l'obligation de l'indemniser, car ce dernier, perdrait forcément une partie de sa clientèle, ainsi que le fonds de commerce qu'il a bâti. L'indemnité semble non seulement inévitable mais aussi indispensable.

¹⁷⁵ C. DELOBEL, *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, thèse Nice, ANRT, 2011, p. 360.

2 - LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT DE MANDAT

105. Une rupture sans contestation.- L'article 2004 du code civil précise que le mandant a le pouvoir de rompre le contrat de mandat "*quand bon lui semble*". « *L'article 2004 est d'ordre public dans la mesure où les parties ne peuvent interdire au mandant la révocation du mandat* »¹⁷⁶; et la Cour de cassation avait précisée dans un arrêt 28 janvier 2003, que le contrat de mandat était révocable même s'il est durée déterminée¹⁷⁷, la même Cour précise que « *Le mandat, même stipulé irrévocable, ne prive pas le mandant du droit de renoncer à l'opération* ». ¹⁷⁸ Cette disposition pourrait en quelque sorte encourager un certain abus de droit, voire une injustice dans la révocation du mandat. Car le mandant n'a aucune obligation de motiver son acte unilatéral de rupture et aucune indemnité ne sera allouée au mandataire¹⁷⁹ qui se retrouve sans rien. Ce mode de rupture revêt cependant un caractère arbitraire.

Les dispositions citées précédemment, ne peuvent pas s'appliquer au contrat de mandat dit « *contrat de mandat d'intérêt commun* » ; ce genre de contrat concerne les contrats de mandat ou « *Le mandataire se trouve étroitement associé aux affaires du mandant, soit parce que sa prospérité économique en dépend pour tout ou partie, soit parce qu'ils ont partie liée pour une raison ou pour une autre* ». ¹⁸⁰

106. Le consentement des parties.- La jurisprudence a affirmé ce principe et précise que « *Lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, il ne peut pas être révoqué par la volonté de l'une ou même de la majorité des parties intéressées, mais seulement par leur consentement mutuel...* »¹⁸¹.

¹⁷⁶ C. CHABAS, « Résolution - Résiliation », Dalloz, 2010, n° 273.

¹⁷⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 28 janvier 2003, n° 00-15.519, Bull. civ., I, n° 27; Cass. 3^{ème} Civ., 27 avril 1988, D. 1989, 351 note C. ATIAS, pour le mandat d'un syndic de copropriété.

¹⁷⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 5 février 2002, n° 99-20.895, Bull. civ., I, n° 40 ; D. 2002. 2640, note Y. DAGORNE-LABBE; D. 2002. Somm. 2838, obs. L. AYNES; JCP 2003, II, 10029 note D. Martin, 30 mai 2006, n° 04-18.972.

¹⁷⁹ Sur ce point, V, Cass. 1^{ère} Civ., 28 janvier 2003, Bull. civ., I, n° 27.

¹⁸⁰ P-Y. GAUTIER, obs. sous Cass. 1^{ère} Civ., 2 octobre 2001, RTD Civ. 2002, p. 118. Cela serai pareille « *Chaque fois que les parties ont des droits directs et concurrents sur l'objet du mandat, chaque fois qu'elles contribuent par leur collaboration à l'accroissement d'une chose commune, chaque fois qu'elles ont intérêt à l'essor de l'entreprise par la création et le développement d'une clientèle* » ; F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2002, n° 674.

¹⁸¹ Cass. Civ., 13 mai 1885 DP 1885, 1, p. 350.

On ne peut pas rompre le contrat de mandat d'intérêt commun que par « *Le consentement mutuel des parties ou pour une cause légitime reconnue en justice ou encore suivant les clauses et conditions spécifiées au contrat* »¹⁸².

La rupture unilatérale de contrat de mandat doit toujours rester possible pour le mandant, même dans le cas de mandat d'intérêt commun. Car on doit être libre de mandater ou de donner procuration à une personne. Cette situation pourrait porter préjudice au mandataire. En effet, « *Le préjudice consécutif à la perte du droit de prospecter une clientèle et d'en tirer bénéfice en percevant des commissions* »¹⁸³ entraînera forcément une perte financière.

107. La réparation.- La sanction infligée serait incontestablement l'indemnisation de la victime, afin de réparer le préjudice causé. Le mandant est dans l'obligation de verser des dommages et intérêts à son mandataire. Car la rupture est abusive et le préjudice n'est pas dû à l'inexécution d'une obligation contractuelle, mais la rupture du contrat.

L'instauration d'un droit aux indemnités de rupture de mandat d'intérêt commun est comme une garantie de bonne foi de la partie qui rompt le contrat. Cela limiterait cependant la possibilité pour le mandant d'anéantir le mandat « quand bon lui semble ».

§ 2 - LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT DE RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT À DURÉE INDÉTERMINÉE

108. Définition.- Le contrat à durée indéterminée est un contrat par lequel une ou plusieurs personnes s'engagent avec une ou plusieurs personnes sans limitation de durée. Par définition, il ne prévoit pas la date à laquelle le contrat prend fin. Il peut être rompu par une décision de justice ou bien par une rupture conventionnelle par le biais de la clause résolutoire. Il est aussi admissible que les contrats à durée indéterminée soit rompu par une décision unilatérale de l'une des parties, sans accord mutuel. L'engagement perpétuel est, en effet, prohibé **(A)**. La rupture unilatérale dans ce cas, est un droit pour les contractants.

¹⁸² Cass., 6 juillet 1993 contr conc, conv 1993, n° 206.

¹⁸³ J.HEMARD, note sous Cass., 20 mars 1972, JCP 1973, II, n° 17 297.

Qui dit droit, dit risque d'abus, un contrôle judiciaire est donc indispensable **(B)**.

A- LA PROHIBITION DE L'ENGAGEMENT PERPÉTUEL

109. Une logique. La possibilité de rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée est la condition de la validation de ce type de contrat. Ce qui veut dire que la rupture du contrat à durée indéterminée, n'est pas une rupture autorisée exceptionnellement, ou pour des situations particulières ou d'urgence, mais plutôt un acte de droit commun¹⁸⁴, car le droit positif interdit l'engagement perpétuel **(1)**.

En effet la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée est un droit constitutionnellement reconnu **(2)**.

1- L'INTERDICTION LÉGALE DE L'ENGAGEMENT PERPÉTUEL

110. Présentation.- Il est certes logique que la force obligatoire du contrat soit incontestable, cela dit, on ne peut pas être « *Esclave conventionnel* »¹⁸⁵.

On ne peut pas être au service d'une personne ou être lié à un partenaire d'une façon éternelle.

Sans manquement grave de son contractant, une partie ne peut légalement pas se délier, cela sous entendrait qu'avant de signer un contrat à durée indéterminée, on doit réfléchir deux fois.

C'est ainsi que l'engagement perpétuel a été prohibé, une partie peut donc mettre fin à une convention de son propre chef.

L'article 1780 du code civil précise que « *Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes.* »

¹⁸⁴ O. PORUMB, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale : Essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, LPM, 1937, p. 245.

¹⁸⁵ A. BROUSSAT et P. DURAND, *Précis de législation industrielle*, Dalloz, 2^{ème} ed, 1947, n° 341.

L'article 1210 du code civil et de l'ordonnance du 10 février 2016, affirment que « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* » et que « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, l'une ou l'autre partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve d'un délai de préavis raisonnable* ». (Cc. Art 1211, Ord.2016, Art. 1211)

111. Un droit natif.- Monsieur PORUMB affirme que le droit de rupture unilatérale ne découle pas de la prohibition de l'engagement perpétuel mais plutôt carrément de la liberté de la personne¹⁸⁶.

Messieurs RIPERT et BOULANGER pensent que cela se rattache à « *L'intégrité et de l'indépendance de la personne humaine* »¹⁸⁷.

Pour eux, la rupture d'un contrat à durée indéterminée est un droit naturel, car toute personne née libre, ne doit en aucun cas être esclave de quelque chose ou de quelqu'un.

La jurisprudence a affirmé ce principe : la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 19 février 1992, précise qu'une convention, si elle est conclue avec un accord de prolongement infini, serait considérée comme illicite.

« *En l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut [...] mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus* »¹⁸⁸. Partant de ce principe, si un contrat est conclu pour une durée indéterminée, les parties se donnent le droit implicitement, de se délier de leurs engagements à n'importe quel moment. Il existe comme un accord sous entendu entre les parties.

Cela a engendré un bras de fer entre la liberté personnelle et la force obligatoire du contrat. Si on se penche sur l'analyse de la première chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 5 février 1985, on remarque que celle-ci estime qu' « *Il résulte de cette disposition [l'article 1134 alinéa*

¹⁸⁶ O. PORUMB, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale : Essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, Les Presses modernes, 1937, p.193.

¹⁸⁷ M. PLANIOL, G. ETRIPERT, « *Traité pratique du droit civil français* », Revue de droit internationale de droit compare, t VI, 1957, n° 242.

¹⁸⁸ Com., 26 janvier 2010, n° 09-65.086 ; Cass. 1^{ère} Civ., 21 février 2006, n° 02-21.240 , CCC 2006. Comm. 99, obs. L. L. ; RLDC 2006/26, obs. J. MESTRE; RLDC 2006/ 27, n° 2037 ; JCP E 2007. 1348, n° 5, obs. D. MAINGUY. - 3 février 2004, n° 01-16.740, 5 février 1985, Bull. civ., I, n° 54, p. 52, RTD Civ, 1986, p. 505, obs. P. REMY; RTD Civ, 1986, p. 105, obs. J. MESTRE, Pour le commodat à durée indéterminée; Cass. 1^{ère} Civ., 3 février 2004, n° 01-00.004, Bull. civ., I, n° 34 ; CCC 2004. Comm. 53, obs. L. L. ; D. 2004. 903, note C. NOBLOT , 10 mai 2005, n° 02-17.256, Bull. civ., I, n° 204 ; CCC 2005. Comm. 163, obs. L. L, Cass. 3^{ème} Civ., 4 avril 2007, n° 06-12.195, RLDC 2007/38, 19 janvier 2005, n° 03-16.623, Bull. civ., III, n° 12 ; CCC 2005. Comm. 103.

2] que dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionnée par l'alinéa 3 du même texte offerte aux parties »¹⁸⁹.

Ce qu'il faut remarquer- et cela a attiré notre attention – c'est que la même Cour estime qu'un contrat conclu à vie pourrait ne pas être considéré comme un engagement perpétuel. Dans son arrêt du 30 novembre 1983, la 3^{ème} chambre civile reconnaît la possibilité pour une partie de s'engager à vie¹⁹⁰. Cette sorte de contradiction nous pousse à poser la question de savoir ce qu'est un engagement perpétuel ?

Le professeur GUESTIN se pose lui la question de l'existence même d'un principe général de prohibition de l'engagement perpétuel¹⁹¹.

On peut finalement dire que la « *Perpétuité est une interdiction liée à la liberté prise de façon absolue, tandis que l'absence d'un terme extinctif est un instrument utile de libération contractuelle orientée par un but économique* »¹⁹².

Toujours est-il que la possibilité de rompre unilatéralement un contrat n'est pas un droit absolu. Il est soumis à un nombre de règles et de conditions qui à défaut de les respecter, impliqueront le fait que la rupture sera réputée abusive.

2 - UN DROIT CONSTITUTIONNELLEMENT RECONNU

112. La reconnaissance timide.- Le Conseil constitutionnel, dans sa décision 99-419 du 9 novembre 1999, déclare que « *Si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article de la déclaration de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement* ».

Il faut préciser que le Conseil constitutionnel, dans une décision plus ancienne, avait affirmé que la liberté contractuelle n'est assurée par aucune

¹⁸⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 5 février 1985, Bull. civ., I, n° 54. Encore plus ancien : Cass. Civ., 19 décembre 1860, S. 1981, I, p. 504 ; D.P. 1861, I, p. 115.

¹⁹⁰ Cass. 3^{ème} Civ., 30 novembre 1983, RTD Civ. 1984, p.522.

¹⁹¹ J. GUESTIN, *Existe-t-il en droit positif français un principe général de Prohibition des engagements perpétuels ?* mélange D. Tallon, 1999, p. 250 et s.

¹⁹² C. DELOBEL, *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, thèse Nice, ANRT, 2011, p. 380.

norme constitutionnelle¹⁹³. Cela laisse sous-entendre que le conseil constitutionnel met hors de son champ de compétence le droit des contrats.

113. Un principe constitutionnel.- Mais la décision du 9 novembre 1999, marque le début de la constitutionnalisation du principe de la prohibition de l'engagement perpétuel. Le droit des contrats est devenu un des soucis du conseil constitutionnel.

Ce qui est étonnant dans cette décision, c'est que le conseil constitutionnel a fait de la rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée, un principe à valeur constitutionnelle, alors qu'il est resté indifférent auparavant, aux principes encadrant le droit des contrats. On s'attendait à ce que la force obligatoire du contrat ou bien l'autonomie de la volonté soit, l'un des principes que le conseil allait protéger constitutionnellement.

Ce qui peut être troublant dans la décision du conseil, c'est d'associer le droit de rupture unilatérale aux droits de l'Homme et des libertés. « *La liberté de pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui implique un droit de résiliation unilatérale* »¹⁹⁴.

Le conseil ne s'arrêtera pas là. Il s'intéresse de plus en plus au droit de rupture unilatérale. Dans sa décision du 9 Novembre 1999, il a affirmé qu'« *Il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis* ».

114. Les conditions.- Le conseil n'a pas seulement constitutionnalisé la rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée, mais il a aussi posé les conditions de validité de ce droit. L'instauration du délai de préavis démontre que ce droit n'est pas un droit absolu, mais réglementé, la protection des parties et de leurs intérêts reste la préoccupation majeure du conseil des sages et du législateur, car le principe « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* » reste de mise. On ne peut pas être engagé perpétuellement mais on ne peut pas non plus se désengager sans prendre en compte la situation du partenaire et sans respecter une sorte de code de bonne conduite dans les rapports contractuels.

« *Il est traditionnellement soutenu que cette faculté de résiliation unilatérale, réciproque, est destinée à empêcher les engagements*

¹⁹³ Cour constitutionnelle 30 octobre 1994, JCP 1995, IL 22 404.

¹⁹⁴ C. DELOBEL, *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, op.cit, p.382.

perpétuels, prohibés par le droit. Et plus précisément, elle trouve sa justification dans la préservation de la liberté individuelle »¹⁹⁵.

B - LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'ABUS DU DROIT DE RÉSILIATION UNILATÉRALE DES CONTRATS À DURÉE INDÉTERMINÉE

115. L'utilité.- « *Pour ne pas nuire de façon excessive au débiteur, la résolution unilatérale ne peut pas se contenter des mêmes critères que la résolution judiciaire, car ils ne sont plus dans la main du juge mais dans celle du créancier »¹⁹⁶.*

Généralement, le préavis sert à faire cesser à l'échéance d'un certain terme, les effets d'une convention à durée indéterminées comportant des prestations successives. Par exemple, faire cesser un contrat de travail, un contrat d'assurance ou un bail.

En revanche, la partie qui met fin au contrat à durée indéterminée est dans l'obligation de donner un préavis **(1)** à l'autre partie mais n'est pas dans l'obligation de motiver sa décision¹⁹⁷.

Le préavis est l'information officielle que transmet une personne à une autre et qui produit effectivement des effets **(2)**.

1 - L'OBLIGATION DE DONNER UN DÉLAI À SON PARTENAIRE : LE PRÉAVIS

116. Définition.- « *En principe, la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée suppose le respect d'un délai de préavis d'une durée raisonnable »¹⁹⁸.* Le préavis est un délai pendant lequel le contractant aura

¹⁹⁵ C. CHABAS, « Résolution - Résiliation », Dalloz, 2010, n° 268.

¹⁹⁶ C. JAMIN, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 13 octobre 1998, op. cit., n° 5, p. 201.

¹⁹⁷ Cass. Com., 26 janvier 2010, n° 09-65086 : Bull. civ., IV, n° 18 ; D. 2010, p. 2178, note D. MAZEAUD; JCP E 2010, 1656, n° 13, obs. J-B. SEUBE.

¹⁹⁸ Y-M. LAITHIER, « De la nécessité d'un délai de préavis en cas de rupture unilatérale d'un contrat à durée indéterminée », RDC 2014, p. 355.

le temps de s'organiser, de chercher un autre partenaire pour ne pas mettre en péril sa situation économique.

117. Une condition essentielle.- L'obligation de préavis pour rompre un contrat à durée indéterminée est une obligation qui prend sa source de l'article 1211 du code civil et de l'ordonnance du 10 février 2016 qui précisent que « 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. » L'article 1773 du Code civil prévoit concernant le contrat de bail que « *Si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux* ».

À travers ce texte, on comprend parfaitement que le délai de préavis est la condition essentielle pour la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée, sans absence rendrait la rupture abusive et engagerait la responsabilité de l'auteur. Le législateur cherchait à éviter tout abus de droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée et à protéger les intérêts des parties, en imposant ce délai de préavis.

La première chambre civile de la Cour de cassation avait, en effet, admis la rupture d'un contrat à durée indéterminée, à condition que la partie qui anéantit le contrat, respecte un délai de préavis. Elle précise en l'espèce « *Qu'en se déterminant ainsi, alors que si M. X avait le droit de rompre unilatéralement le contrat verbal à durée indéterminée, c'était à condition qu'il respectât un délai de préavis raisonnable, sauf à justifier d'un motif de rupture sans préavis, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision* »¹⁹⁹, ce principe est devenue la règle absolu du « *Droit commun* »²⁰⁰.

118. Les règles du préavis.- Il va de soi que ce délai de préavis doit être raisonnable pour permettre à son ex-contractant de trouver un autre partenaire.

En l'absence de définition du délai raisonnable, de la part du code civil et de l'ordonnance de 2016, il revient donc au juge de déterminer si le délai l'a été ou pas, cela dans le cas où l'autre partie décide de saisir le juge pour rupture abusive.

¹⁹⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 11 mars 2014, n° 12-29876, D.

²⁰⁰ P. STOFFEL-MUNCK, *La rupture du contrat. Rapport français*, in *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Société de législation comparée, 2008, p. 649 et s., spéc. p. 664.

Il ne faut pas que le contrôle du juge soit systématique. Il ne doit intervenir seulement que s'il est saisi de l'affaire, car la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée est un droit.

Si la durée est stipulée dans le contrat, son contrôle s'effectuera sur le respect de la durée prévue.

119. Condition.- Le délai de préavis doit être notifié, autrement dit un acte écrit dans lequel la partie qui rompt le contrat, informe son partenaire de son intention de se libérer de ses engagements et précise aussi la durée restante dans laquelle elle va continuer à exécuter ses obligations temporairement.

Par son acte, la partie respecte les conditions de la rupture unilatérale et en même temps elle démontre sa bonne foi en informant son cocontractant de sa volonté de ne plus exécuter ses obligations.

« *Le préavis compense le mobile égoïste de l'auteur de la rupture par un devoir de patience au profit du contractant qui perd le bénéfice économique du contrat* »²⁰¹.

120. Conclusion.- Plusieurs auteurs n'ont pas hésité de mettre l'accent sur le caractère impératif du préavis en matière de rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée²⁰². La jurisprudence et la loi autorisent la rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée, non pas parce que la partie n'apprécie plus de traiter avec son partenaire, ou au motif d'une inexécution contractuelle, mais parce que le contrat a perdu son utilité économique. Les bénéfices espérés par la conclusion du contrat ne sont plus atteints, il va lui falloir par conséquent trouver un autre contractant et conclure un autre contrat où le bénéfice serait plus attirant. La raison de la rupture est ainsi purement économique.

Il faut savoir que cette obligation de préavis raisonnable doit être la règle supplétive à la condition de bonne foi de l'auteur de la rupture²⁰³.

²⁰¹ C. DELOBEL, *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, thèse Nice, ANRT, 2011, p. 393.

²⁰² V. W. DROSS, *Clausier*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2011, p. 649 ; T. GENICON, obs. sous Cass. 1^{ère} Civ., 17 février 2011, n° 10-13980 : Bull. civ., I, n° 28 ; RDC 2011, p. 832 et s. Rapp. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, op. cit., n° 271 *in fine*.

²⁰³ V. sur ce point, Cass. 1^{ère} Civ., 17 février 2011, n° 10-13980, préc., une partie peut mettre en œuvre le jeu d'une clause pour rompre le contrat « à tout moment sans préavis ni indemnité » à condition que celle-ci soit mise en œuvre « de bonne foi et sans faute » ; Cass. com., 30 oct. 1961 : Bull. civ., III, n° 386.

2 - LES EFFETS DU PRÉAVIS

121. Preuve de loyauté.- Il clair que « *Un contrat à durée indéterminée ne peut être rompu unilatéralement qu'après avoir respecté un délai de préavis d'une durée raisonnable* »²⁰⁴, mais le respect du délai de préavis ne constitue pas en soi une autorisation à la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée, mais un moyen de mise en œuvre de la rupture²⁰⁵. Le respect du préavis est aussi la preuve de la bonne foi de l'auteur de la rupture qui pense, à travers son délai, réduire au minimum le risque d'un préjudice que pourra engendrer la rupture d'une collaboration. Le préavis n'est pas une notification de l'anéantissement des liens contractuels, mais plutôt un ultimatum à une rupture. La partie est dans l'obligation de poursuivre son exécution des obligations jusqu'au terme du délai. Le professeur Jacques MESTRE précise en ce sens que « *Les contrats doivent être exécutés jusqu'à leur terme y compris la période de préavis qui peut précéder leur cessation* »²⁰⁶.

Le préavis n'a aucun effet sur la continuité des contrats, les deux parties - et pas seulement l'auteur de la rupture- doivent poursuivre l'exécution de leurs obligations respectives indiquées dans le contrat. « *La période de préavis ne saurait être perçue comme celle d'une possible distension des liens contractuels préjudant à leur rupture définitive* »²⁰⁷.

Le contrat doit être exécuté comme si aucune procédure de rupture n'avait été lancée.

Tout manquement ne sera pas toléré et son auteur pourra par conséquent être sanctionné. Hormis le fait que le préavis constitue aussi, en quelque sorte, un moyen d'informer son cocontractant de sa volonté de se séparer de lui, le préavis a un effet de compte à rebours d'une rupture certaine et programmée. Ce qui permettrait donc à l'autre partie de chercher un autre partenaire, tout en continuant à exécuter le contrat initial et son activité économique n'étant pas mise en péril, il continue à bénéficier de l'exécution contractuelle de l'autre partie.

122. Le préavis et la jurisprudence.- Par rapport à cette obligation, la jurisprudence estime qu'un contractant qui rompt un contrat unilatéralement

²⁰⁴ Y-M. LAITHIER, « De la nécessité d'un délai de préavis en cas de rupture unilatérale d'un contrat à durée indéterminée, RDC 2014, p. 355.

²⁰⁵ Nous reviendrons sur ce point dans le développement suivant.

²⁰⁶ J. MESTRE, RTD Civ. 1997, p. 931.

²⁰⁷ Ibid.

sans respecter un délai de préavis, s'expose à des sanctions de l'abus de droit de rupture. Etant donné que son acte est considéré comme une rupture brutale²⁰⁸, elle n'est pas admise en droit des contrats.

Si le droit de rupture unilatérale de contrat à durée indéterminée n'impose pas à son auteur une obligation de motivation et que son absence ne constitue en aucun cas un abus, une rupture sans préavis constitue vraiment une rupture abusive.

123. L'absence de préavis.- Le professeur SONET dans son ouvrage « *Le préavis en droit privé* » précise que le non-respect du délai de préavis ne doit pas constituer une rupture abusive²⁰⁹. Selon cet auteur, l'abus de droit dans la rupture doit être associé à une rupture pour un motif non légitime ou bien à un comportement grave. L'absence de préavis est justifiée par le manquement qu'a subi l'auteur de la rupture, son acte ne peut et ne doit en aucun cas être sanctionné. La Cour de cassation de son côté avait affirmé « *Que la cour d'appel a exactement jugé que seule une faute grave pouvait justifier la rupture du contrat sans préavis* »²¹⁰.

124. Un avis contraire .- En revanche, la majorité de la doctrine estime que seuls le préavis et son respect constituent un acte de bonne foi, son absence serait alors une rupture brutale.

Dans ce cas, on se demande alors quelles sanctions réserve le juge à une rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée sans le respect du préavis ? Sachant bien évidemment que le non-respect du préavis ne remet en aucun cas en cause la question de prohibition de l'engagement perpétuel.

125. La sanction.- Peut-on se demander si le juge peut ordonner le maintien forcé du contrat ?

La réponse à cette question doit être négative, car le contraire remettrait en cause le droit de rupture unilatérale. Le juge ne peut pas condamner l'auteur de la rupture à l'exécution forcée du contrat, car son droit serait dans ce cas-là bafoué. Le non-respect du préavis donnerait alors le droit à la victime à des dommages et intérêts, car cela dépend de la responsabilité délictuelle. Le fait de ne pas avoir respecté le délai de préavis, constitue un non-respect d'une procédure et ne peut pas faire obstacle à la volonté de la partie de se délier.

²⁰⁸ C. F Com., 28 juin 1994 contr. Conc. Cons 1994 commun 218 en ce sens la loi de 2001.

²⁰⁹ A. SONET, *Le préavis, le préavis en droit privé* ; PUAM, 2003.

²¹⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 25 mars 2003, n° 00-15115.

La rupture unilatérale sans préavis constitue une inexécution, mais cette inexécution ne peut en aucun cas être un manquement grave. Car l'auteur dispose d'un droit de rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée.

Le préavis comme nous l'avons déjà précisé est destiné à donner un délai pour que l'autre partie puisse trouver un autre contractant.

Il est par conséquent très difficile de déterminer l'ampleur du préjudice et donc le montant de l'indemnité. Cela reste à l'appréciation du juge qui décidera du montant de ces dommages et intérêts.

126. L'exception.- Il est inutile de préciser que, dans certains cas, le délai de préavis peut ne pas constituer une obligation essentielle, dans la mise en œuvre de la rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée. Dans un cas de force majeure, par exemple, le contractant peut se désengager d'une façon immédiate, car le maintien du contrat est devenu impossible.

Le professeur Jacques MESTRE précise que « *Jugeant que le comportement agressif d'un contractant attesté par la production d'un certificat médical justifiait que l'autre partie soit libérée de l'exigence contractuelle de préavis, dès lors que ce comportement rendait impossible la poursuite des relations contractuelles* »²¹¹.

Dans le cas où le contractant n'exécute plus ses obligations, il serait aussi logique que l'auteur de la rupture ne respecte plus les siennes.

SECTION 2 - LA RUPTURE UNILATÉRALE AUX RISQUES ET PÉRILS DE SON AUTEUR

127. Présentation.- L'article 1212 de l'Ordonnance du 10 février 2016 dans son alinéa 2 précise que « *La responsabilité du contractant qui met fin unilatéralement au contrat ne peut être engagée qu'en cas d'abus* ». Pour minimiser l'absence du recours préalable au juge dans la rupture du contrat et dans le but de protéger les parties, la jurisprudence a jugé nécessaire d'autoriser une rupture unilatérale du contrat, mais sous condition. En effet, ça sera aux risques et périls de son auteur et sa mise en œuvre est bien définie (**§1**).

²¹¹ Cass. Com., 5 mars 1996, obs. J MESTRE, RTD Civ, 1996, p. 905.

L'acte unilatéral comporte en lui un risque d'abus, un contrôle judiciaire même *a postériori*, serait la garantie de l'inexistence de tout risque d'illégalité et d'injustice. En matière de contrat à durée indéterminée – où la rupture unilatérale est autorisée- le juge contrôle le respect des conditions. Avec l'admission jurisprudentielle de la rupture unilatérale du contrat, le juge s'est vu sortir du jeu de l'anéantissement des liens contractuels. Il fallait trouver un moyen pour rétablir son pouvoir d'appréciation, donc un contrôle éventuelle et *a postériori* a été instauré afin de lui permettre d'avoir un rôle dans la procédure de rupture contractuelle.

« *Le juge perd certes son rôle d'ordonnateur de la résolution ; il garde néanmoins le pouvoir de contrôler après coup l'attitude des parties*»²¹²;**(§2)**, il se voit octroyer le pouvoir de valider la rupture et de retrouver ainsi son pouvoir de prononcer la rupture, mais d'une façon indirecte.

§ 1 - LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE RUPTURE UNILATÉRALE

128. Présentation.- La possibilité de rompre un contrat unilatéralement n'apparaît dans aucun article du code civil, mais l'ordonnance du 10 février 2016, l'admet dans son article 1224. Il est précisé que « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur (...)* ». L'arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 13 octobre 1998 constitue le point de départ d'une révolution en droit des contrats. Dans le droit positif français, cette révolution concerne en particulier la rupture des contrats. La jurisprudence a en effet admis que tout contrat peut être rompu unilatéralement, sans recours préalable au juge.

On savait déjà dans notre développement précédent que les contrats à durée indéterminée, pouvaient être rompus unilatéralement, cette jurisprudence a englobé tous les contrats.

Les juges, en admettant ce principe, n'ont pas laissé les choses au hasard. Ils ont posé un certain nombre de conditions d'application ou de mise en

²¹² N. RZEPECKI, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 13 octobre 1998, op.cit, p. 1416.

œuvre, afin que la rupture soit recevable et ne soit pas perçue comme abusive.

Le droit de rompre unilatéralement un contrat n'est pas un droit absolu et une liberté d'exercice, il est encadré par certaines règles qui le régissent. La jurisprudence a posé en effet les bases de ce droit **(A)**.

D'un autre côté, elle a aussi mis en lumière le champ d'application du droit de rupture unilatérale du contrat, qui reste une procédure toute à fait nouvelle en droit positif français **(B)**.

A - LES BASES DU DROIT DE RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT

129. Une base jurisprudentielle.- « *Attendu que 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* »²¹³.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a réaffirmé la position de la première chambre civile elle précise que « *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 les modalités formelles de résiliation contractuelle* »²¹⁴.

Par cet arrêt, la jurisprudence vient de donner une légitimité et une base légale au droit de rupture unilatérale.

Cela dit, la consécration du droit de rupture unilatérale remonte bien avant la jurisprudence Tocqueville. En effet, un juge du fond avait jugé qu'un vendeur pouvait rompre un contrat de vente unilatéralement devant le refus incessant de son acheteur de le payer²¹⁵. Ce qui est tout à fait logique. Le refus de payer le prix justifie que l'autre partie mette fin, par un acte unilatéral au contrat conclu avec son client.

Dans une affaire de 1979, la Cour d'appel de Colmar affirme qu'un concédant peut rompre un contrat conclut avec un concessionnaire d'une façon unilatérale si son partenaire « *Manque si gravement et si durablement à ses obligations essentielles, que le concédant sous peine de subir un*

²¹³ Cass. 1^{ère} Civ., 13 octobre 1998, Tocqueville, n° 96-21485, p.51.

²¹⁴ Cass. Com., 1 octobre 2013, n° 12-20830. « *Que seule la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale et à ses risques et périls* », Cass. Com., 18 juin 2013, n° 12-13360, D.

²¹⁵ C.A Colmar, 7 février 1975, D. 1978, p.169.

préjudice irréparable par sa nature ou son ampleur, ne peut limiter sa riposte à l'exception d'inexécution »²¹⁶.

Dans une autre affaire, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait également reconnu qu'un contrat pouvait être rompu unilatéralement. En l'espèce, la Cour affirme qu'en cas de négligence ou d'incapacité d'achever les travaux, un maître d'œuvre pouvait alors rompre le marché signé avec une entreprise unilatéralement, si l'entreprise n'est pas en mesure de finir des travaux déjà engagés et que le délai prévu dans le contrat pour l'exécution avait expiré depuis plusieurs jours²¹⁷.

La Cour avait donc affirmé que la "*Négligence et la désinvolture*" d'une partie à un contrat, constitue une justification légitime pour que l'autre partie rompe le contrat d'une façon unilatérale.

Avec l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016, la rupture unilatérale du contrat est devenue un droit pour les parties.

Les rédacteurs de l'ordonnance ne se sont pas inspirés de la jurisprudence Tocqueville, dans l'admission de ce principe, en effet, si la jurisprudence exige un "comportement grave" de l'un des contractant, il semblerait que l'article 1224 de l'ordonnance ne mentionne en aucun cas le comportement des parties, mais, l'inexécution. L'article précise que la rupture unilatérale du contrat peut intervenir « *En cas d'inexécution suffisamment grave, (...)* ». Mais là aussi, un flou subsiste, il n'existe aucune définition. On se demande quelle inexécution peut-on qualifier de suffisamment grave ? Ce manque de clarté rend au juge son pouvoir d'appréciation. Il lui revient alors, de définir si l'inexécution en cause, est suffisamment grave.

L'ordonnance a tout de même suivie l'évolution de la pratique contractuelle, mais si le but était d'échapper à la lenteur des procédures judiciaires pour résoudre un contrat, il semblerait que ce but n'est pas atteint. Car le recours au juge serait toujours indispensable et il aurait fallu apporter plus de précisions, quant aux conditions de la rupture par notification.

²¹⁶ C.A Colmar, 23 mars 1979, D 1980, I.R, p. 192.

²¹⁷ C.A Aix-en-Provence, 1 juin 1976, Bull. arrêt Aix, n° 126.

B - LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT

130. Une rupture réservée .- « *La rupture unilatérale du contrat, pour cause d'inexécution, suppose un comportement grave du débiteur* »²¹⁸, où, comme le précise l'article 1224 de l'ordonnance de 2016, d'une inexécution suffisamment grave. Peut-on se demander si l'arrêt Tocqueville concerne tous les contrats ou bien une catégorie bien précise ?

Monsieur BAZIN estime que le droit de rupture unilatérale ne doit pas être réservé uniquement aux contrats à exécution successive. Il se base sur le fait que la Cour de cassation ne distingue pas entre les contrats dans ses arrêts. En effet, la Cour affirme que « *La gravité du comportement d'une partie à un contrat peu justifier que l'autre y mette fin d'une façon unilatérale* »²¹⁹

Néanmoins, la Cour de cassation dans son arrêt de 1998 a donné une précision très importante; elle affirme que le droit de rupture unilatérale ne peut être mis en œuvre qu'en cas de comportement grave du contractant, c'est à dire que, dans un premier temps, elle concerne uniquement les contrats synallagmatiques, sans préciser si ce contrat est un contrat à durée indéterminée ou un contrat à durée déterminée ²²⁰.

131. La durée du contrat visé.- L'anéantissement d'un contrat à durée indéterminée n'est qu'une expression de la volonté d'une partie de reprendre sa liberté. Le comportement de son cocontractant n'a aucune incidence dans sa décision ; celle-ci étant toujours autorisée en droit positif, son acte ne peut nullement être sanctionné, sauf cas éventuel de non-respect des conditions, entraînant une rupture abusive.

En revanche, le problème concerne les contrats à durée déterminée ; il nous semble logique a priori, de penser que la rupture unilatérale d'un contrat pour comportement grave de l'autre partie, est réservée aux contrats à durée déterminée. Aucune interdiction ni précision n'a été faite pour les contrats à durée indéterminée, ce qui par conséquent, nous laisse un peu perplexe.

La jurisprudence autorise une chose déjà autorisée, c'est-à-dire que si la rupture des contrats à durée indéterminée est considérée comme une reprise de liberté accordée aux parties, pourquoi la jurisprudence

²¹⁸ D. MAZEAUD, *La rupture unilatérale du contrat*, RDC 2004, p. 273.

²¹⁹ Cass. Civ., 13 octobre 1998, op. cit.

²²⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 20 février 2001, Bull. civ., I, n° 40, D. 2001, p. 1568.

autoriserait à nouveau la rupture d'un contrat à durée indéterminée pour comportement grave ? Etant donné que la partie qui désire se délier de ses engagements n'a pas besoin de justifier sa rupture par le comportement grave de son partenaire. D'un autre côté, la perte de confiance de l'une des parties envers l'autre, suppose l'existence d'un comportement grave. En effet, « *La mise en évidence d'une perte de confiance est révélatrice d'un niveau de gravité du comportement de l'une des parties suffisant à mettre en œuvre* »²²¹ la rupture unilatérale du contrat.

Sachant que les contrats à durée déterminée ne peuvent être rompus que pour un motif légitime, il nous semble logique de dire, que la jurisprudence de 1998 ne faisait pas référence à ce type de contrat. Dans le cas où une partie à un contrat à durée déterminée ne peut plus continuer à exécuter ses obligations et que sa situation ne lui permet pas d'attendre une décision de justice pour se libérer, il peut et d'une façon unilatérale, rompre son contrat pour comportement grave du partenaire.

L'utilisation de la Cour du terme " *à ses risques et périls* " sous-entend l'existence d'une obligation de motiver sa décision, ou plus clairement encore, l'obligation de prouver un comportement inconvenable et intolérable du cocontractant.

Étant donné - comme nous l'avons déjà précisé- qu'une partie à un contrat à durée indéterminée, peut rompre son contrat à tout moment et sans motiver sa décision, sa responsabilité n'est pas engagée, si son partenaire a un comportement irréprochable. Il peut être sanctionné uniquement pour un abus de droit. Le terme " *à ses risques et périls* " ne le concerne pas, vu que le contrat rompu est à durée indéterminée.

On peut par conséquent penser que le type de contrats visé par la Cour concerne les contrats à durée déterminée.

²²¹ A. ALBARIAN, « La perte de confiance, «marqueur» de la gravité du comportement du contractant légitimant la rupture unilatérale du lien contractuel », Petites affiches, 18 octobre 2013, p. 6.

§ 2 - LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'ABUS DE DROIT DE RUPTURE UNILATÉRALE AUX RISQUES ET PÉRILS DE SON AUTEUR

132. Énonciation.- La reconnaissance d'un droit de rupture unilatérale laisse entendre que le contrat n'est plus rompu par le juge mais que ce pouvoir passera aux mains de l'un des contractants. Le risque d'une rupture arbitraire et abusive est élevé. Le caractère très récent de ce droit, comporte évidemment des lacunes et l'ordonnance de 2016 n'a apporté aucune précision. Cela pouvant engendrer un certain nombre d'abus et d'exagération de l'un des contractants, désireux d'anéantir les liens contractuels qui le lient à son partenaire, sans se soucier des règles de droit, ni de l'équité.

L'intervention judiciaire est donc plus que jamais très importante et fortement indispensable.

Même s'il n'est pas mentionné dans la jurisprudence, où dans l'ordonnance de 2016, le recours au juge est obligatoire, mais cette obligation est indirecte. Il lui appartient, en cas de litige, de définir le caractère du comportement grave ou de l'inexécution suffisamment grave.

C'est donc dans ce contexte que le juge ne doit en aucun cas être exclu du jeu de la rupture du contrat.

Il ne faut pas comprendre que la rupture unilatérale ne doit pas être autorisée, mais que le juge doit toujours avoir un rôle à jouer et pas seulement secondaire. La validation de cette rupture doit être prononcée par le juge et son contrôle est primordial, pour éviter toute tentative de se délier des liens contractuels sans raisons valables.

Toujours est-il que la jurisprudence a restreint ce droit de rupture unilatérale du contrat, cette restriction reste comme nous l'avons expliqué tout à fait justifiée. Elle a imposé des conditions de validation, qui se résume par le respect d'un délai de préavis et par la motivation de la rupture qui constitue l'exigence de bonne foi contractuelle dans la rupture unilatérale du contrat. Le contrôle du juge est donc a posteriori **(A)** pour ensuite s'intéresser au comportement du créancier **(B)** qui constitue l'une des raisons de la rupture unilatérale du contact .

A - UN CONTRÔLE A POSTERIORI DU JUGE

133. Un contrôle utile.- Il a été mentionné clairement, dans la jurisprudence Tocqueville, que le comportement grave d'un contractant, où dans l'ordonnance de 2016, l'inexécution suffisamment grave d'une partie, justifie que l'autre contractant met fin au contrat unilatéralement. Il revient donc au juge d'apprécier les conditions de cette rupture, si la partie qui l'a subie, estime que la rupture est abusive et non fondée **(1)**.

Si la rupture unilatérale du contrat est devenue un droit, la partie à l'origine de l'initiative, doit respecter une procédure, autrement dit, le juge effectue un contrôle du côté formel de la rupture, sous peine d'être sanctionné par le juge. **(2)**

1- LE CONTRÔLE DES CONDITIONS DE LA RUPTURE UNILATERALE

134. Condition de validité.- La rupture unilatérale du contrat est subordonnée au respect des conditions précises. La jurisprudence Tocqueville, pose la condition du comportement grave du contractant, alors que l'ordonnance de 2016 exige une inexécution suffisamment grave.

Le comportement grave doit, selon monsieur LEVENEUR, être plus grave que si la rupture été judiciaire²²².

Alors qu'une partie de la doctrine précise que « *Le manquement qui justifie la résolution unilatérale serait identique à celle qui fonde la résolution judiciaire, car on ne voit pas pourquoi le juge sanctionnerait une partie pour avoir procédé à la résolution du contrat dans des circonstances où lui-même l'aurait prononcée* »²²³.

Si l'arrêt Tocqueville pose comme condition, l'existence d'un comportement grave du partie, il semble que la Cour de cassation n'a pas suivie son orientation. Dans plusieurs décisions, la Cour n'a pas pris en compte le comportement du débiteur, mais la gravité du manquement²²⁴.

Cette confusion et manque de définition, octroie aux juges une grande liberté dans l'appréciation des conditions de la rupture unilatérale du contrat,

²²² L. LEVENEUR, CCC 2004, n° 4; LACHIEZE, JCP E 2003. p.717, « Ne saurait être simplement celle qui permet la résolution judiciaire : un degré supplémentaire doit être atteint »

²²³ H. CAPITANT, F. TERRE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t 2, 2015, p. 257.

²²⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 13 mars 2007, JCP 2007. I. 161. n° 12, obs. P. Grosser.

mais un contrôle de la Cour de cassation des motivations des juges du fond, demeure toujours.

Il faut donc apporter une définition claire du comportement grave. Pour une partie de la doctrine, le comportement grave doit renvoyer directement aux agissements du contractant. Il ne s'agit pas d'une inexécution d'obligation contractuelle²²⁵, car même en présence d'exécution, elle n'a aucune incidence sur la décision de rupture. *« Cette solution a la faveur de la souplesse. Elle permet, en outre d'embrasser les hypothèses où il s'agit d'un manquement de loyauté »*.²²⁶

L'autre partie de la doctrine rattache le comportement grave au manquement grave, car il est plus simple de définir un manquement grave de la part d'un contractant. Toute inexécution pouvant mettre en péril la continuité du contrat serait donc le moyen de mesure. Car *« Elle privilégie le souci de sécurité juridique, de stabilité du lien contractuel. Ce choix est d'autant plus justifié que cela n'empêche pas de rompre le contrat pour manque de loyauté du cocontractant. Simplement, cette rupture devra prendre le chemin connu de la résolution judiciaire. Pour donner le pouvoir de rompre unilatéralement le contrat, il faut que le manquement grave soit facile à caractériser. Ainsi, il serait possible de prendre en compte les obligations " essentialisées ", à la condition qu'elles résultent des termes clairs et précis du contrat »*.²²⁷

Monsieur STOFFEL-MUNCK précise qu' *« Au regard des différents éléments légitimant la résolution unilatérale, il peut sembler cohérent d'apprécier la gravité du comportement en fonction de ses incidences sur la relation contractuelle.*

En effet, la légitimité de la résolution unilatérale repose, en premier lieu, sur une analyse

économique. Il s'agit de permettre à un créancier de procéder sans attendre à une meilleure allocation de ses ressources plutôt que de devoir continuer, en attendant le juge, à les investir dans un contrat voué à l'échec ou à la difficulté. Sous cet angle, la résolution unilatérale ne peut se justifier qu'en raison de l'échec qui menace la relation. Sur ce plan, c'est donc bien en

²²⁵ J. MESTRE, B. FAGES, « La résolution unilatérale s'installe doucement dans le paysage juridique français », RTD Civ. 2001 p. 363.

²²⁶ AMRANI - MEKKI. S, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defrénois* 2003, p. 383.

²²⁷ Ibid.

*considération de ses seuls effets objectifs que le comportement mérite d'être qualifié de grave ».*²²⁸

Cependant, ni la Cour de cassation, ni l'ordonnance de 2016, n'ont apporté une définition claire du comportement grave. Toutefois, l'ordonnance a rattaché la rupture unilatérale du contrat au manquement suffisamment grave et là aussi, elle ne donne aucune explication, quant au manquement pouvant être suffisamment grave.

Le juge même s'il semble être écarté du jeu de rupture du contrat, son intervention est d'autant plus utile que nécessaire. La tâche lui revient de déterminer les actes pouvant être considérés comme étant des comportements graves, où en application des termes de l'article 1224 de l'ordonnance de 2016, de définir le manquement suffisamment grave, pouvant justifier une rupture unilatérale du contrat.

2- LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DU COTÉ FORMEL DE LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT

135. Les conditions.- La meilleure façon d'éviter les litiges dans la rupture unilatérale des contrats est d'imposer à la partie désireuse de rompre le contrat unilatéralement, des règles et des conditions à respecter impérativement, faute de quoi la rupture sera réputée abusive. Par conséquent, son auteur s'exposera à des sanctions qui pourraient être lourdes. En effet, « *Pour que ce pouvoir soit tolérables, (...) son exercice soit contrôlé par le juge* ».²²⁹

L'article 1226 de l'ordonnance de 2016 précise que « *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* ». Une de ces conditions est donc, le respect du préavis **(a)**, qui constitue une condition très importante, car le créancier doit donner un délai à son contractant. Ce délai n'est pas un délai de grâce pour permettre au contractant défaillant de s'exécuter, mais plus tôt, un délai pour s'organiser et se préparer à une rupture contractuelle imminente.

²²⁸ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale. », *Droit et patrimoine*, 2004, p. 126.

²²⁹ H. CAPITANT, F. TERRE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t 2, 2015.

Bien qu'il soit fautif, le débiteur a des droits qui doivent être respectés et des intérêts qui doivent être protégés, la décision de son cocontractant de rompre le contrat doit alors être notifiée **(b)** .

a - LE CONTÔLE JUDICIAIRE SUR LE RESPECT DU PRÉAVIS

136. Présentation.- A l'origine, la condition du préavis a été réservée à un certains types de contrat²³⁰. Avec l'influence du droit des contrats spéciaux, cette règle a été étendue à tout les contrats de droit commun²³¹. Dans le cadre de la rupture unilatérale, le respect du préavis est l'une des conditions essentielles pour la validation de la rupture. Le juge s'assure du respect du délai de préavis, afin de protéger la partie faible et de minimiser l'impact de l'anéantissement du lien contractuel.

Le rôle du juge étant d'imposer un délai de préavis, en le généralisant à tout les contrats.

L'objet de ce contrôle judiciaire doit porter d'une part sur l'existence et le respect du préavis. D'autre part, il portera aussi sur la durée de ce préavis.

Il est inconcevable qu'un préavis soit d'une durée de 2 ou 3 jours, quand il faut en moyenne une semaine à un contractant pour trouver un autre partenaire.

137. L'obligation d'un préavis raisonnable.- La rupture brutale des liens contractuels sans aucun préavis est strictement interdite. Cela pourrait mettre en péril l'économie entière du contractant.

Dans un premier temps, la chambre commerciale de Cour de cassation dans son arrêt du 8 avril 1986, affirme que « *Dans un contrat de concession exclusive, le concédant peut mettre fin unilatéralement au contrat dans la mesure où l'exercice de ce droit n'est pas abusif* »²³². Dans un 2^{ème} temps, elle précise que « *Le caractère abusif de la rupture [unilatérale] résultait du seul fait que le concédant avait mis fin brutalement au contrat* »²³³.

L'exigence de la Cour de cassation pour qu'une rupture unilatérale soit recevable, est claire. Elle impose le respect d'un certain délai raisonnable ;

²³⁰ V. A. SONET, *Le préavis en droit privé*, préf. F. Bussy, PUAM, 2003, p. 31 et s.

²³¹ V. sur ce point, C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009, n° 259.

²³² Cass. Com., 8 avril 1986, Bull. civ., IV, n° 58.

²³³ Cass. Com., 8 avril 1986, op. cit.

ce délai, elle le justifie par le souci de minimiser le préjudice que pourra subir l'autre partie au contrat.

Ce délai raisonnable lui permettant alors de s'organiser et éventuellement de conclure d'autres contrats²³⁴, pour préserver son activité par exemple.

138. La bonne foi : une autre condition.- Le respect d'un préavis raisonnable ne constitue pas à lui seul une condition de validation de la rupture unilatérale. Le juge s'intéresse aussi à la bonne foi du cocontractant. La 1^{ère} chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 05 avril 1994, a sanctionné une rupture unilatérale, malgré le respect d'un délai de préavis. La Cour a en effet sanctionné un concédant parce que ce dernier « *Avait incité le concessionnaire à faire beaucoup d'investissements qui ne pouvaient pas être amortis durant la période de préavis* »²³⁵.

139. L'intérêt du contrôle. L'intérêt du contrôle judiciaire du préavis est la protection des parties qui subissent une rupture unilatérale et de réduire au minimum le risque d'un préjudice très important. Cela est utile pour garantir à la partie faible du contrat une assurance, particulièrement, dans les contrats où la survie d'une partie dépend de l'autre.

Il est utile de préciser que dans certaines situations, le non-respect d'un délai de préavis ne peut pas être sanctionné. Cela quand la poursuite du contrat est devenue impossible à cause du comportement grave de l'autre partie.

b - LE CONTRÔLE DU JUGE PORTANT SUR LE RESPECT DE LA NOTIFICATION

140. Le contenu de la mise en demeure.- La mise en demeure doit préciser les manquements reprochés au débiteur et exprimer l'intention formelle du créancier d'obtenir l'exécution immédiatement ou, selon les circonstances, dans un délai raisonnable, la rupture du contrat. Le créancier

²³⁴ V. par ex. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd, 2012, p. 601 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^{ème} éd, Defrénois, 2013, n° 417 et 885 ; F. TERRE, P. SIMPER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd, 2013, n° 481-2.

²³⁵ Cass. 1^{ère} Com., 05 avril 1994, JCP 94, I, n° 3803.

peut, en effet, indiquer en outre, qu'une carence persistante entrainera l'anéantissement de plein droit du contrat.

*« Inclure la notification de la résolution unilatérale [du contrat] dans la mise en demeure présente le double avantage de renforcer sa fonction comminatoire et de réduire les formalités incombant au créancier. Il n'empêche que, actuellement, l'une et l'autre se distinguent »*²³⁶.

Il est à noter qu'il est nécessaire de définir la notification avant tout développement.

141. Définition.- La notification est la formalité par laquelle on tient officiellement une personne informée du contenu d'un acte, auquel elle n'a pas été partie. Dans le domaine de la rupture du contrat, la notification est l'acte par lequel le créancier signifie au débiteur sa décision de résoudre unilatéralement le contrat. La notification est la condition essentielle.²³⁷

142. L'utilité.- L'intérêt de la notification est de tenir au courant le débiteur de la volonté du créancier de mettre fin à leur collaboration.

« Il importe avant toute chose que le débiteur soit informé de la décision du créancier de résoudre unilatéralement le contrat qu'elle soit effective immédiatement ou à l'expiration d'un délai de préavis ».²³⁸

Ce qu'il faut savoir est que, contrairement au droit du travail où la motivation est indispensable par souci de transparence, la jurisprudence ne considère pas la motivation comme étant une condition essentielle dans la rupture unilatérale du contrat, étant donné que le créancier est supposé avoir mis en demeure son contractant et lui avoir octroyé aussi un délai de préavis.. Il n'est donc pas forcément obligatoire de notifier sa décision de rupture même si elle porte en elle-même le caractère unilatéral.

143. Le rôle du juge.- La notification faciliterait en effet le contrôle du juge. Ce dernier effectuera effectivement un contrôle qui portera non seulement sur l'existence même de la notification, mais qui permettrait aussi de connaître les raisons qui ont poussé la victime de l'inexécution à rompre le contrat unilatéralement et de savoir, s'il n'y avait pas d'autres alternatives à la rupture.

Le juge dans ce cas, joue le rôle de juge et celui de médiateur. Ainsi, en contrôlant la notification de la personne qui rompt le contrat, le juge contrôle aussi sa bonne foi. Le créancier ne pouvait-il pas octroyer un délai supplémentaire à son partenaire pour s'exécuter ?

²³⁶ Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, p. 288.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ Ibid.

La réponse à cette question se trouve dans la notification et la motivation de l'auteur de la rupture.

144. Conclusion.- Toujours est-il que le contrôle effectué par le juge concernant la notification, reste toujours indispensable voire impératif, dans un souci de protection des parties et de leurs intérêts. Même si la raison de la rupture est le comportement grave où l'inexécution suffisamment grave du débiteur, la rupture du contrat reste toujours l'ultime sanction de son manquement ou de son comportement. Il est donc inutile de le sanctionner davantage.

Mais en l'absence de motivation, « *On ne peut qu'être réservé sur la fiabilité du contrôle du juge, même en supposant que la motivation avancée lie son auteur, tant cette exigence est facile à contourner par une motivation mensongère incomplète ou imprécise ; il n'est pas certain enfin que ce renforcement du contrôle judiciaire soit indispensable, le juge disposant déjà du pouvoir d'apprécier le caractère suffisamment grave de l'inexécution afin de se prononcer sur la régularité et donc sur les effets de la résolution unilatérale* ». ²³⁹

B - LE CONTRÔLE DU COMPORTEMENT DU CRÉANCIER

145. Présentation.- Le comportement du créancier est la source des sanctions de la rupture abusive. Il est très important de connaître et contrôler la bonne foi du créancier dans la mise en œuvre de la rupture unilatérale du contrat. Car des contractants peu scrupuleux pourraient rompre un contrat uniquement pour se débarrasser d'un partenaire devenu moins intéressant, alors que le contractant exécute ses obligations d'une façon très normale.

La bonne foi du créancier est l'axe sur lequel doit tourner le contrôle judiciaire de la rupture unilatérale **(1)**.

Il est primordial de définir les sanctions éventuelles d'une rupture jugée abusive. « *Car lorsqu'un droit n'est limité que par son abus, cela signifie que les raisons d'en faire usage sont libres sauf exceptions contrôlées et sanctionnées* » ²⁴⁰ **(2)**.

²³⁹ Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, p. 289.

²⁴⁰ M. FABRE-MAGNAN, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, op.cit, p. 325.

1 - LE CONTRÔLE DE LA BONNE FOI DU CRÉANCIER DANS LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT

146. L'intérêt du contrôle.- Avant toute chose, il faut bien savoir que le but d'instaurer un contrôle judiciaire de la rupture unilatérale est la volonté d'instaurer à la fois une certaine moralisation dans l'anéantissement unilatéral des liens contractuels et aussi une sorte d'autocontrôle.

L'auteur d'une rupture unilatérale en effet, réfléchira deux fois avant de résilier un contrat sans raison, en sachant préalablement que sa décision sera contrôlée par le juge et que son éventuel abus sera sanctionné.

147. Une rupture abusive.- Toute rupture abusive engagera la responsabilité délictuelle de son auteur. Le caractère abusif de la rupture unilatérale peut être considérée comme une faute dans l'exercice de son droit de rupture.

Toujours est-il que la volonté de nuire ne constitue pas à elle seule le caractère abusif de la rupture, comme le précise la Cour de cassation dans son arrêt du 03 juin 1997 dans lequel, elle affirme en effet que « *L'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement de la volonté de nuire de celui qui résilie* »²⁴¹.

148. L'office du juge.- Le juge lors de son intervention, ou plus exactement lors de son contrôle, s'intéresse plus particulièrement au contexte de la rupture afin d'assurer l'intérêt de chacune des parties et de garantir une sorte d'équité et de justice contractuelle, où les droits de chacun des contractants seront respectés. La bonne foi de la partie qui a rompu unilatéralement le contrat, devrait être la préoccupation première du juge²⁴².

Dans son contrôle, en effet, le juge apprécie les circonstances de cette rupture unilatérale, ainsi que les conditions de sa mise en œuvre et tout cela dans le but de déterminer si le contractant qui rompt le contrat n'a pas abusé de son droit.

149. La charge de l'auteur de la rupture.- Si on présume que le contractant agit de bonne foi dans l'exercice de la convention, ainsi que dans son anéantissement, de ce fait, afin de démontrer sa bonne foi, la partie qui

²⁴¹ Cass. Civ., 03 juin 1997, Bull. civ., IV, n° 171.

²⁴² v. par ex. Cass. 1^{ère} Civ., 11 mars 2014, n° 12-29876, D; Cass. Com., 8 oct. 2013, n° 12-22952.

rompt le contrat doit justifier son action. Le juge de son côté vérifie les raisons qui l'ont poussé à anéantir le contrat d'une façon unilatérale. On peut dire que le contractant en cause, doit dans tous les cas, motiver sa rupture. Le fait que la jurisprudence a autorisé la rupture unilatérale, confirme l'intérêt qu'elle porte à l'intervention du juge.

« *L'existence d'une obligation de motivation marque un encadrement plus étroit de l'exercice du droit et donc, en définitive, un droit moins absolu. Elle révèle que le droit est finalisé : il ne peut être utilisé qu'en vue d'un certain objectif et donc en vertu de certaines raisons dont il faut s'expliquer.* »²⁴³

2 - LA SANCTION DE LA RUPTURE UNILATÉRALE JUGÉE ABUSIVE

150. Une précision de la jurisprudence.- La Cour de cassation avait indiqué que le droit de rupture unilatérale était aux risques et périls de son auteur **(a)**. La rupture unilatérale d'un contrat, si elle est irrégulière, constitue une inexécution fautive et imputable à son auteur passible de sanctions **(b)**. Il est tout à fait logique de sanctionner un auteur d'une rupture abusive, car en quelque sorte ce dernier manque tout simplement à ses obligations contractuelles...

a - UNE RUPTURE AUX RISQUES ET PÉRILS DE SON AUTEUR

151. Un risque éventuel à prendre.- La Cour de cassation considère que la rupture unilatérale du contrat ne constitue pas un droit en soi, mais comme une « *Anticipation risquée* ».

Le professeur Denis MAZEAUD estime que la rupture unilatérale du contrat exige une sorte de manquement " *sérieusement* " grave pour justifier qu'une partie décide d'y mettre fin unilatéralement.

La partie qui rompt le contrat doit avoir des raisons plus qu'évidentes pour le faire, parce que son acte a empiété en quelque sorte sur le domaine réservé exclusivement au juge.

La rupture unilatérale irrégulière produit des effets négatifs sur son auteur.

²⁴³ AMRANI-MEKKI. S, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffrénois* 2003, p .383.

Dans le but de protéger les parties et leurs intérêts, l'obligation d'indemniser le préjudice reste indispensable.

L'intérêt commun du contrat doit toujours être pris en compte avant toute décision, voire toute législation qui toucherait de près ou de loin la rupture des contrats.

b - LES SANCTIONS ENVISAGEABLES

152. Une nécessité.- « ... *Il n'est pas rare de voir une partie d'un contrat, soucieuse de se libérer d'un accord, le résilier de manière incorrecte. Faut-il encore qu'avant ce "coup de force" elle soit bien informée sur les conséquences de la rupture et du montant des dommages et intérêts qu'elle sera obligée de verser à l'ex-contractant. Il se peut que dans certains cas, un opérateur considère qu'il sera moins changé par telle allocation à dommages et intérêts que par le maintien d'un contrat qui lui est préjudiciable ; il faut, en quelque sorte, qu'il rachète sa liberté, il réalise alors un coup de force au risque limité* »²⁴⁴.

153. Une sanction selon le cas.- Le contractant qui rompt le contrat unilatéralement s'expose à des sanctions, en cas de rupture abusive. Le juge garant de l'intérêt des contractants, dispose d'un éventail de sanctions qui ne dérogent pas au droit commun²⁴⁵.

Cela dit, le choix de la sanction se résume soit par l'octroi des dommages et intérêts, soit par le maintien du contrat et l'exécution en nature de celui-ci.

La condamnation aux dommages et intérêts de l'auteur de la rupture unilatérale irrégulièrement prononcée est la plus adaptée à ce genre de situation.

Le maintien du contrat reste une solution inenvisageable à cause de la mauvaise foi du contractant qui pourrait ne pas s'exécuter, ainsi la victime ne serait jamais indemnisée.

Le juge ne dispose pas du pouvoir d'ordonner l'exécution forcée en nature, on se basant sur les termes de l'article 1142 du code civil, qui dispose que : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution du débiteur* ». Par conséquent, la sanction

²⁴⁴ J.-M. MOUSSER, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 2010, n° 1781.

²⁴⁵ R. CASSIN, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », RTD Civ., 1945, n° 14.

d'une rupture abusive se traduit par la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture, donc l'octroi des dommages et intérêts à la victime.

154. Le contrôle.- Il apparaît que le contrôle judiciaire de la rupture unilatérale perdrait toute sa valeur et sa puissance. Car le fait que le juge ne puisse pas ordonner le maintien du contrat, pourrait en quelque sorte encourager une des parties à se débarrasser d'un cocontractant devenu un peu encombrant. Cela pourrait conduire à la multiplication des cas de rupture unilatérale abusive. Le contrat étant dans ces cas rompu, le créancier n'aura qu'à payer les dommages et intérêts, il pourrait ensuite se dégager de ses liens contractuels. Le juge est donc placé devant le fait accompli et ne pourra se décider librement au sujet de la sanction qu'il doit infliger. Il disposera alors d'un petit pouvoir de dissuasion par lequel il peut ordonner la sanction des dommages et intérêts.

155. Une sanction utile et raisonnable.- Toujours est-il que, le montant de cette compensation ne peut être disproportionnée.

Le créancier, en effet, va procéder à un calcul économique de la situation et décidera de rompre le contrat ou non, en sachant préalablement qu'il ne sera jamais condamné à l'exécution de la convention ni à des dommages et intérêts exorbitants. Ce qui encouragerait ce genre de pratique.

156. Controverse doctrinale.- Une autre partie de la doctrine, au contraire, pense qu'une rupture unilatérale irrégulière ne doit produire aucun effet, comme si la rupture n'avait jamais existé et n'avait jamais été prononcée, le contrat n'est donc pas rompu.

Selon elle, la sanction la plus adaptée que le juge doit prononcer est le maintien des liens contractuels, elle préconise la réparation en nature plutôt que la réparation par équivalent.

Les dommages et intérêts compensent, en effet, la perte de la victime, mais cela ne suffit pas toujours à réparer le dommage subi. La perte de clients, suite à une vente de marchandise défectueuse par exemple, peut avoir des conséquences négatives et un préjudice qui pourrait ne pas être satisfait par l'attribution d'une somme d'argent.

157. La sanction la plus adaptée .- il nous semble plus raisonnable d'assimiler la rupture unilatérale abusive du contrat à l'inexécution illicite de celui-ci, si la rupture n'est pas fondée. Elle constitue, en quelque sorte, un manquement contractuel. Le créancier décide de ne plus s'exécuter, il passe alors du statut de victime au statut d'un contractant défaillant parce que son partenaire, lui, a exécuté ses obligations et les sanctions en cas de rupture

abusives ne doivent pas être différentes des sanctions en cas d'inexécution grave du contrat. Le juge doit disposer du même panel de sanctions. Cela dit, il doit traiter les affaires au cas par cas.

158. L'impossibilité de la sanction.- Cette solution reste illogique, voire impossible, dans les contrats à durée indéterminée. Le créancier ne peut et ne doit pas être condamné toute sa vie à verser une somme d'argent à son ex-partenaire. On peut le condamner aussi à rembourser le manque à gagner et d'une façon exacte. Le juge ne peut, cependant pas connaître le montant du profit que le partenaire aurait pu en tirer, si le contrat n'avait pas été rompu. Dans ce genre de situation, la victime recevra une juste compensation. Mais cette compensation ne va pas réparer toute la perte.

Dans toutes les situations, le juge doit maintenir le contrat et la victime, comme dans le cas d'une inexécution, doit disposer lui aussi de la possibilité de choisir entre le maintien du contrat et l'obtention de dommages et intérêts.

Le juge, s'il estime que le contrat a été rompu d'une façon abusive et si les dommages et intérêts ne répondent pas au préjudice subi ou que la victime subira, doit ordonner le maintien forcé du contrat.

159. Conclusion.- Il nous semble que dans ces cas, le juge doit privilégier la réparation en nature à la réparation par équivalent, comme nous l'avons déjà précisé. Une somme d'argent ne peut pas racheter une réputation ternie ou redorer une image salie.

Reste une troisième solution, le cumul de sanctions qui consiste à un cumul entre maintien du contrat et l'octroi de dommages et intérêts. Cette sanction constitue plus une sanction de persuasion que de répression.

Cette solution reste, en effet, la plus sévère. Le juge ne doit la prononcer qu'en cas de grand abus dans le droit de rupture. Le maintien du contrat sanctionnerait l'abus et les dommages et intérêts seraient considérés comme une amende à l'infraction commise, cela pourrait peser sur les décisions à venir.

Pour se séparer d'un cocontractant mieux vaut une rupture négociée.

Conclusion du chapitre

160. Affirmation.- La rupture unilatérale semble ne pas être un nouveau mode de rupture du contrat, en droit français. Depuis quelque temps, la rupture unilatérale est jurisprudentiellement admise, mais sous certaines conditions. Cette rupture au risque aux périls de son auteur, impose un comportement grave du cocontractant. Il revient donc à l'autre partie d'apprécier ce comportement. Mais l'acte unilatéral est toujours synonyme d'abus, un contrôle a posteriori du juge est plus que primordial, pour protéger les intérêts des parties.

De nos jours, la rupture unilatérale est devenue un droit, l'ordonnance du 10 février 2016, reconnaît la possibilité d'anéantir le contrat par notification. La seule condition, contrairement à la jurisprudence, est le manquement suffisamment grave du contractant. Là aussi un contrôle du juge est incontestable.

Cependant, il arrive quelques fois que les parties prévoient des aménagements de la rupture du contrat, ces aménagements handicapent fortement le juge et son rôle est cependant restreint.

Conclusion du titre

161. Un large pouvoir.- En l'absence d'aménagement de la rupture dans le contrat, le juge dispose d'un grand pouvoir et d'une grande liberté, dans l'exercice de la rupture du contrat. Il lui « Revient [ainsi] à mesurer l'importance du manquement constaté par rapport à l'unité économique que le créancier attendait du contrat pour dire s'il y a bien ou non de faire disparaître le contrat »²⁴⁶, il lui dispose aussi d'un pouvoir souverain qui lui permet de constater si le contrat « Est devenu sans intérêt pour le créancier. Le juge considérera alors que l'inexécution de l'obligation du débiteur est suffisamment grave pour justifier le prononcé de la résolution du contrat »²⁴⁷.

²⁴⁶ J. MESTRE, *Le juge et la résolution du contrat*, RTD civ, 1986, p.107.

²⁴⁷ P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat, Essai de classification*, thèse, Paris 1, 2000, n° 205.

TITRE 2 - LE CONTRÔLE DU JUGE EN PRÉSENCE D'AMÉNAGEMENT DE LA RUPTURE DU CONTRAT

162. Les clauses d'aménagements. - Les contractants disposent d'une liberté que le juge se doit de respecter. Il en va de soi qu'une convention conclue librement, produit ses effets entre les parties et ces effets ne peuvent être ni suspendus ni annulés par le juge.

En insérant une clause de renégociation dans le contrat, les parties ouvrent la porte à une possibilité de faire face à un changement de circonstances au cours de l'exécution du contrat, créant ainsi un déséquilibre contractuel significatif. En effet, sous certaines conditions, les contractants peuvent, même après avoir signé le contrat, le modifier au lieu de l'anéantir **(chapitre1)**

Par ailleurs, les parties peuvent aussi insérer une clause résolutoire dans les contrats. Les parties se mettant d'accord afin de mettre le juge en dehors du jeu de la rupture du contrat. Il ne pourrait donc que constater une rupture qu'il n'a pas pu prononcer. Car pour rompre la convention, les parties ont voulu écarter le recours préalable au juge.

Etant donné que la clause résolutoire est licite dans le contrat, le juge ne peut donc rien faire pour récupérer son pouvoir d'appréciation, que lui a octroyé le législateur, en vertu de l'article 1184 du code civil.

Depuis l'admission de la rupture unilatérale du contrat, le rôle du juge se voit réduit au minimum. Il ne joue qu'un rôle secondaire. Ce rôle est toutefois *a posteriori*, car, quoi qu'il en soit, le juge effectuera un contrôle très efficace.

L'insertion d'une clause résolutoire dans le contrat, ne doit pas être perçue comme moyen de rompre le contrat facilement, mais un moyen de dissuasion, qui incite les contractant à exécuter leurs obligations, comme prévu dans le contrat. L'ordonnance du 10 février 2016, a fait de la clause résolutoire, une priorité **(chapitre 2)**.

CHAPITRE 1 - LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA CLAUSE DE RENÉGOCIATION DU CONTRAT

163. Présentation.- « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » (Cc. Art. 1134) les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Quoi qu'il arrive, les parties s'engagent à fournir les prestations prévues dans les conventions. Le respect des liens contractuels reste la préoccupation majeure du juge. Tous les moyens sont bons pour arriver à cette fin. L'exécution des contrats à durée indéterminée ou longue durée peut-être perturbée par la survenance d'événements imprévisibles lors de la conclusion du contrat. L'exécution des obligations contractuelles est un droit pour les parties. Mais selon Monsieur FONTAINE, ce « *Droit ne peut imposer jusqu'à l'absurde l'exécution d'un engagement qui a perdu toute rationalité économique* » .²⁴⁸

164. La naissance.- « *Fruit d'une maturation des besoins du commerce international, la clause de [renégociation ou clause de] hardship a pour domaine d'élection les contrats de longue durée tels que les contrats de construction* »²⁴⁹ ou alors les contrats de vente d'équipements de construction d'infrastructures ou bien les contrats d'exploitation de minerais ou de l'équipement pour l'exploitation ou l'extraction de matières premières, ou même les contrats d'assistance technique.²⁵⁰ La possibilité de renégocier le contrat a été reprise par l'ordonnance du 10 février 2016, dans l'article 1195, il est précisé que « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* » **(Section 1)**. Comme tout acte unilatéral, le risque d'abus est toujours présent. Par conséquence, un contrôle du juge de la clause de renégociation est indispensable et primordial **(section2)**.

²⁴⁸M. FONTAINE, exposé introductif aux problèmes du long terme lors du colloque sur le thème : « Comment négocier un contrat international à long terme », Tours, 1-3 juin 1978, t 5, n° 1.

²⁴⁹R. AL ACHKAR, *La clause de Hardship et clause d'amiable composition*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris), 2010, p.56.

²⁵⁰ Ph. FOUCHARD, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », rev. son 1979, p.7.

SECTION 1- DOMAINE D'INTERVENTION DE LA CLAUSE DE HARDSHIP

165. Une question délicate.- La question de l'adaptation du contrat aux circonstances nouvelles et aux changements imprévus, se pose toujours. Face aux déséquilibres que causent des situations nouvelles, il est clair que l'introduction d'une clause de révision dans le contrat, appelée autrement clause d'adaptation ou de révision contractuelle, reste une solution efficace et adaptée à ce genre de situation et aux déséquilibres contractuels intervenus après la conclusion du contrat et au cours de son exécution.

166. Le rôle.- Ces clauses « *permettent au juge, à la suite d'événements exceptionnels et imprévisibles ayant rendu l'exécution de l'obligation contractuelle excessivement onéreuse (sans pour autant devenir impossible) de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, de réduire raisonnablement l'obligation devenue excessive et ce, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties* ». ²⁵¹

§ 1 - L'ADMISSION DE LA CLAUSE DE HARDSHIP

167. L'admission par la jurisprudence.- L'ordonnance du 10 février 2016, a admis la possibilité, en cas de changement de circonstance, de renégocier le contrat, comme précisé dans l'article 1195. La jurisprudence n'a pas pris de position quant à l'admission de la révision du contrat en cas de changement de circonstances. Sa position varie, en effet, selon que le contrat est civil ou administratif. La jurisprudence administrative a depuis l'arrêt " gaz de Bordeaux " admis la révision du contrat pour imprévision. Elle se justifie par le fait : qu'il faut assurer la continuité du service public et par conséquent, la nécessité de maintenir le contrat administratif et d'assurer une obligation de solidarité, de coopération entre les pouvoirs publics ou l'administration et ses partenaires en cas de changement de circonstances. En revanche, en matière civile, la

²⁵¹ R. AL ACHKAR, *La clause de Hardship et clause d'amiable composition*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris), 2010, p .244.

jurisprudence ne reconnaît aucun changement ou révision en cas d'imprévision.

Le doyen CARBONNIER affirme que le droit civil français, offre bien des moyens à la jurisprudence, si celle-ci voulait admettre la révision pour imprévisions. Ces mêmes moyens sont utilisés par d'autres jurisprudences.²⁵² Il suggère de prévoir l'existence d'une condition tacite de renégociation dans les conventions. Le professeur FARJAT de son côté précise que, le refus de la jurisprudence civile de reconnaître la révision pour imprévision, repose sur l'effet obligatoire du contrat. Il arrive que la révision du contrat n'est pas la solution miracle et unique de l'inexécution contractuelle en cas de changement de circonstances, mais une des solutions déjà existantes.

168. Justification.- Toujours est-il que parmi les motifs sur lesquels la Cour de cassation française base son rejet de la théorie de l'imprévision, on trouve :

- La sécurité juridique
- Le principe de liberté et de responsabilité qui tend à laisser chaque partie apprécier par elle-même l'équivalence de la contrepartie.
- L'ordre public monétaire qui traduit la politique des prix et de la monnaie et qui à ce titre, impose au juge la neutralité.
- L'utilité sociale du contrat qui incite à écarter toute intervention.
- Le principe de la force obligatoire du contrat et de son intangibilité.
- Le principe de l'autonomie de la volonté des parties.
- Enfin, l'article 1134 du Code civil qui pose le principe de l'immutabilité des conventions.²⁵³

169. La législation.- Cependant, le Code civil français n'a pas interdit, expressément, l'utilisation de la théorie de l'imprévision, sans pour autant l'admettre ; néanmoins, il existe quelques dispositions du dit code, qui

²⁵² J. CARBONNIER, *Droit civil: Les obligations*, PUF, 2004, p.240.

²⁵³ R. AL ACHKAR, *La clause de Hardship et clause d'amiable composition*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris), 2010. p 248.

laissent une place à l'imprévision dans l'ordre contractuel²⁵⁴. Il faut tout de même préciser que si la jurisprudence ne reconnaît pas l'imprévision en matière civile, la Cour de cassation n'a pas hésité à imposer, sur la base de la bonne foi dans l'exécution contractuelle, une renégociation du contrat, devenu déséquilibré par un bouleversement des circonstances²⁵⁵. Si la jurisprudence ne reconnaît pas le principe de la révision du contrat pour imprévision, rien n'interdit aux parties de prévoir une clause de renégociation pour imprévision ou pour changement de circonstances dans le contrat.

170. L'utilité.- Ce qu'il faut savoir c'est que la révision du contrat est plus une nécessité économique que morale. En insérant une clause de hardship les parties cherchent à rentabiliser au mieux le contrat et se mettent par conséquent d'accord pour changer les termes du contrat, si son exécution est devenue plus difficile que lors de sa conclusion et ce, dans le but de maintenir le contrat. Mais ce n'est pas parce qu'une clause de hardship est insérée dans le contrat, que les parties sont dans l'obligation de se mettre d'accord après renégociation. Il semble alors plus judicieux que cette clause soit limitée au contrat de vente ou de location et aux prestations de services. En revanche, les principes UNIDROIT et les principes européens du droit du contrat, reconnaissent le principe du "*pacta sunt servanda*"²⁵⁶ et la notion de l'imprévision est reconnue implicitement. Car aucun dispositif dans les principes UNIDROIT, ni dans le droit européen des contrats, qui admet ou qui interdit les clauses de hardship. En revanche, le terme de "changement de circonstances" revient régulièrement dans le droit des contrats. Dans la pratique contractuelle, si les parties ne trouvent pas une solution au problème de changement de circonstances, la décision revient alors au juge, d'où l'intérêt de lui donner une grande liberté.

171. Le pouvoir du juge.- Le juge ne peut, cependant pas, obliger les parties à trouver un accord, le fait d'introduire une clause de renégociation, lui donne la possibilité de les obliger à le faire, mais sans obligation de résultat. En revanche, à défaut de trouver un accord entre les contractants, le juge va avant tout analyser le comportement des deux parties dans la renégociation.

Il faut noter qu'avec l'adoption de l'ordonnance de 2016, la renégociation du

²⁵⁴ R. Al ACHKAR, *La clause de Hardship et clause d'amiable composition*, op.cit, p .410.

²⁵⁵ Ibid, p.413.

²⁵⁶ Ibid, p.419.

contrat, en cas de changement de circonstance, est admise. Cependant, les parties ne sont pas obligées de le faire, comme le précise l'article 1195 « *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat* ». Mais l'article ne fait pas allusion à une clause de renégociation.

172. La condition.- Il est clair que la renégociation est une obligation contractuelle. Elle doit donc être exécutée de bonne foi. Dans le cas contraire, le juge sanctionnera la partie défaillante. Si par exemple un entrepreneur est lié par un contrat de maintenance avec une rémunération forfaitaire et qu'au cours de l'exécution, son partenaire se retrouve dans une situation difficile. Il est clair que s'il refuse de renégocier le prix initial, son attitude peut-être qualifiée de mauvaise foi, par conséquent, peut être sanctionnée. Par ailleurs, si un fournisseur ne veut pas baisser le prix de vente de ses marchandises, alors que son bénéfice est important, il peut être considéré de mauvaise foi et mérite d'être sanctionné. L'intérêt de l'intervention du juge, se manifeste lorsque la renégociation arrange une partie plus que l'autre, car cela conduit forcément à des abus dans la renégociation du contrat. Si l'exécution du contrat est difficile pour une partie, mais que l'autre ne peut pas faire de concessions vis-à-vis de son partenaire, le contrat sera rompu mais, sans qu'aucune responsabilité ne soit engagée. Le juge détient alors le pouvoir d'apprécier la solution adaptée à chaque situation. Il aussi a le pouvoir de suspendre le contrat pour une durée déterminée; si la situation ne s'arrange pas ou si elle empire, le contrat sera donc rompu, car aucune autre issue n'est possible. En conclusion, la possibilité de renégocier un contrat, après avoir constaté la difficulté de son exécution, survenue à cause d'un changement de circonstances, est encore plus probable en commerce international.

§ 2 - LE RÔLE DE LA CLAUSE DE HARDSHIP

173. Présentation .- Au cours de l'exécution du contrat, des événements inattendus, imprévisibles et surtout non imputables aux parties, peuvent intervenir, rendant ainsi cette exécution difficile voire impossible.

Cette situation va créer un déséquilibre contractuel très important entre les parties. L'insertion d'une clause de hardship, permettra aux parties d'ouvrir « *Une nouvelle négociation lorsque la survenance d'un événement de nature économique ou technologique, bouleverse gravement l'équilibre des prestations prévues au contrat* ». ²⁵⁷

174. Lancement .- La clause de hardship joue un rôle très important dans l'exécution et le maintien des liens contractuels, contrairement aux autres clauses qui ont pour but de rompre le contrat de plein droit en cas d'inexécution²⁵⁸. Le rôle principal de la clause de hardship est donc le maintien du contrat **(A)**.

Le fait d'insérer cette clause comme précisé, permet aux contractants de renégocier les termes du contrat. Cette révision du contrat est-elle vraiment utile pour les deux parties ?**(B)**.

A- LE MAINTIEN DES LIENS CONTRACTUELS

175. Introduction.- Face à la nécessité de maintenir le contrat, la clause de hardship, oblige les parties au contrat a renégocier les termes de celui-ci, en cas de changement de circonstances et de bouleversements de l'équilibre contractuel. Par conséquent, le contrat est suspendu pour une durée, généralement, déterminée par le juge **(1)**. Cette renégociation permet aux parties de trouver un terrain d'entente et d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances au lieu de le rompre **(2)**.

1- LE MAINTIEN DU CONTRAT PAR LA SUSPENSION

176. Utilisation .- Il faut savoir que les clauses de hardship sont utilisées dans les contrats à durée indéterminée ou les contrats longue durée, car personne ne peut prédire l'avenir. En suspendant le contrat, les parties misent sur le caractère temporaire des circonstances. Par exemple,

²⁵⁷ dictionnaire-juridique.com

²⁵⁸ tel que la clause résolutoire.

un fournisseur qui voit le prix de sa marchandise baisser et que cela ne lui apporte aucun bénéfice, à cause de l'augmentation de l'offre et la baisse de la demande, il est clair que cette situation ne va pas durer éternellement et que les choses changeront sûrement.

177. Cas de force majeure .- D'un autre côté, si le changement de circonstances est dû à un cas de force majeure, il est probable que cette situation ne va pas durer et que l'exécution du contrat pourra reprendre d'une façon tout à fait normale, peu de temps après la suspension de celui-ci.

« Cette tendance est aussi bien confirmée dans la rédaction des clauses de force majeure que dans la jurisprudence de la chambre de commerce internationale »²⁵⁹.

178. Exemple.- Par exemple, dans un contrat de vente d'équipement avec l'ex URSS, le contrat précise qu'en « *Cas de force majeure, le délai de livraison ou de la remise de la documentation technique se prolongera en proportion de la durée des cas de force majeure* »²⁶⁰. Selon Monsieur KAHN, le fait de suspendre le contrat au lieu de le rompre, constitue une solution sage, raisonnable, rationnelle et adaptée pour ce type de situation. Un tel comportement des contractants, est un acte de bon sens. La volonté des parties d'obtenir une exécution en nature du contrat au lieu des dommages et intérêts ou de sa rupture, par tous les moyens, a plusieurs raisons : « *En premier lieu, lorsqu'un contrat est frappé par un cas de force majeure, cela veut dire, en général que tous les contrats relevant d'un même objet dans une même région sont également atteints, puisque la rareté des partenaires internationaux les rend interdépendants les uns des autres* ».²⁶¹

179. Précision .- D'un autre côté, la force majeure a droit à une analyse minutieuse de la part de la pratique arbitrale. En effet, dans plusieurs sentences, la force majeure et ses effets ne sont pas pris à la légère; dans une sentence arbitrale, rendue en 1971²⁶², la suspension du contrat a été réaffirmée et constitue la solution la plus adaptée. En l'espèce, un état a signé un contrat de fourniture d'une usine clef en main, cette usine revêt

²⁵⁹ R. AL ACHKAR, *La clause de Hardship et clause d'amiable composition*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris), 2010. p 67.

²⁶⁰ Ph. KHAN, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », JDI, 1975, p. 480

²⁶¹ R. AL ACHKAR, *op. cit.*, p. 68.

²⁶² Sentence CCI n° 1703/1971, JDI, 1974, op 894-895.

une importance capitale pour l'état en question. Cependant, lors de l'exécution du contrat, des hostilités ont éclaté dans le pays entre l'armée et des groupes rebelles. Par conséquent, l'exécution du contrat est devenu très risquée pour l'entreprise en charge du projet. Au lieu de rompre le contrat, ce dernier a juste été suspendu jusqu'à ce que l'ordre soit rétabli. Les parties sont toujours liées par le contrat et doivent respecter leurs engagements et exécuter leurs obligations, une fois que la force majeure aura cessé²⁶³.

2 - LE MAINTIEN DU CONTRAT PAR LA RENÉGOCIATION

180. Solution alternative .- La suspension du contrat au lieu de son anéantissement, constitue une solution adéquate en cas de force majeure, mais cette suspension doit respecter une certaine durée et le contrat ne peut pas être suspendu pour une durée très longue. En général, et dans la pratique contractuelle, la durée de la suspension peut aller de six mois à un an. À l'extinction de ce délai, il reste deux solutions aux parties : elles ont en effet le choix entre la rupture du contrat ou bien du maintien en renégociant les termes de la convention.

181. Le rôle .- La renégociation constitue alors l'issue la plus envisageable dans les contrats ou une clause de hardship ait été insérée. En général, cette clause stipule que si par la suite de cas de force majeure, l'une des parties n'arrive pas à exécuter ses prestations, telles que prévues dans le contrat, pendant une période de six mois, pourra renégocier la convention en prenant en compte les nouvelles circonstance²⁶⁴.

182. L'admission .- Le professeur VAN OMMESLAGHE dans son rapport sur les clauses de hardship, autrement appelées clauses de force majeure ou d'imprévision, rapport effectué à la demande de la chambre de commerce internationale, affirme qu'il est possible de renégocier le contrat, si un changement de circonstances survient suite à un cas de force majeure.²⁶⁵ Monsieur KAHN de son côté précise que « *La pratique actuelle (est dominée) par une extension de la notion de force majeure et par une*

²⁶³ V. en ce sens, Sentence CCI, n° 7539/1995.

²⁶⁴ P. KHAN. op. cit, p.483.

²⁶⁵ P. VAN OMMESLAGHE, Les clauses de force majeure et d'imprévisions (hardship) dans les contrats internationaux, RIDC, 1980, p. 50.

*modification de ses effets par rapport à l'institution traditionnelle, sans rejeter l'aspect exonératoire de la force majeure, en fait une notion tout à fait nouvelle qui sert à adapter, au moins partiellement le contrat aux circonstances nouvelles. Le Professeur OPPETIT parvient à la conclusion identique à savoir que la clause de force majeure peut être considérée comme une clause de réadaptation car elle vise (...) à assurer la continuité de la convention et à adapter celle-ci à la situation créée par la survenance de l'événement exonératoire »*²⁶⁶. Malgré l'existence d'un cas de force majeure, les liens contractuels ont pu être préservés et le contrat maintenu, grâce à la pratique arbitrale qui a longtemps privilégié la renégociation du contrat plutôt que sa rupture.

183. Attestation.- Dans la sentence numéro 2763, la chambre de commerce internationale précise que les parties sont dans l'obligation de faire tout ce qui est en leur pouvoir, pour que le changement de circonstances dû à la force majeure, ne compromette pas la continuité du contrat et ne conduise pas à l'anéantissement de ce dernier. En l'espèce la Libye avait confié à une société étrangère, la construction du port de Tripoli. Au cours de l'exécution du contrat, la société s'est trouvée dans l'obligation d'arrêter la construction du port pour cas de force majeure : en effet des mines datant de la deuxième guerre mondiale avaient été découvertes sur le site de la construction. Les arbitres ont estimé que ce cas de force majeure était remédiable et ne pouvait empêcher la construction de se poursuivre, si les autorités libyennes faisaient le nécessaire pour faire face à cette situation dans un délai raisonnable. Si les équipes de déminage arrivaient à écarter l'obstacle, les parties étaient dans l'obligation de poursuivre la convention et d'assurer ainsi l'exécution du contrat.

184. La base .- La sentence CCI numéro 24 78 constitue une sentence clef de l'obligation de renégocier les contrats en cas de force majeure.²⁶⁷ En effet, dans cette affaire, une société française avait demandé au tribunal arbitral, des dommages et intérêts, au détriment d'une société roumaine, parce que cette dernière ne lui avait pas livré une quantité de pétrole à cause du changement du prix du baril, alors que la société roumaine prétextait que le défaut de livraison était dû à un cas de force majeure. L'administration avait annulé toute autorisation d'exporter le carburant.

²⁶⁶ R. Al ACHKAR, *La clause de Hardship et clause d'amiable composition*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris), 2010, p. 70.

²⁶⁷ Sentence CCI numéro 247i/1974, JDI, 1975, p. 923- 929.

Le tribunal arbitral a certes admis que cette situation constituait, en effet, un cas de force majeure, mais précise que la société roumaine avait une « *Obligation contractuelle de porter sans délai à la connaissance de l'autre partie (...) la survenance de la force majeure et les conséquences qu'elle entendait en tirer* ».

Il est clair que selon la jurisprudence, la rupture des contrats reste l'ultime recours et ne constitue en aucun cas le remède le plus efficace en cas d'inexécution due à un cas de force majeure.

185. Conditions .- En revanche, les sentences arbitrales exigent des parties, de renégocier le contrat avant de prendre une décision et de faire de la renégociation, une obligation essentielle. Car la force majeure revêt un caractère temporaire ; la rupture du contrat ne doit intervenir que si cette force majeure va durer dans le temps ou après échec des négociations. Dans ce cas, le juge intervient et joue un rôle déterminant. Il doit, en effet, avoir le pouvoir de valider la rupture ou pas, en contrôlant le comportement des parties lors de la renégociation. S'il s'avère que le créancier a négocié de mauvaise foi et qu'il a tout fait pour faire échouer les négociations, il sera donc logiquement sanctionné par l'annulation de la rupture et éventuellement devra octroyer à la victime des dommages et intérêts.

B - UNE UTILITÉ ÉCONOMIQUE

186.- Une nécessité.- « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et il ne lui appartient pas pour des motifs d'équité de modifier les conventions légalement formées entre les parties*». ²⁶⁸

Monsieur PIETTE affirme que le droit n'a nul besoin d'une obligation de correction du contrat, si cette dernière n'a aucune utilité. Pour être admise, la correction ou la révision du contrat, c'est-à-dire la renégociation par le biais de la clause de hardship, doit avoir une utilité, surtout sur le plan économique. S'obliger avec une ou plusieurs personnes, a pour but la recherche du profit; donc la révision du contrat, pour faire face à un

²⁶⁸ R. Al ACHKAR, op. cit, p. 264.

changement de circonstances, a pour but de préserver l'intérêt économique du contrat et la pérennité contractuelle (1).

L'intérêt de la révision du contrat sur le plan économique provient, d'une part : de la possibilité de poursuivre l'exécution du contrat et constitue alors une alternative et un remède à l'inexécution, d'autre part, la révision du contrat permet de rétablir l'équilibre contractuel perdu à cause d'un cas de force majeure et ainsi protège les intérêts des contractants et les liens qui les unissent (2).

1- UNE PÉRENNITÉ CONTRACTUELLE

187. La conséquence.- Un changement de circonstances bouleversant l'équilibre contractuel, peut amener à la rupture du contrat. Car un contrat déséquilibré veut dire que l'un des contractants ne peut pas exécuter ses obligations correctement et intégralement. *« L'adaptation en équilibrant les prestations permet le maintien de la convention. se maintenir est capital, parce que le contrat est important pour les contractants eux-mêmes ainsi que pour les collectivités. Son maintien est important pour les contractants parce que l'obligation constitue une valeur patrimoniale ; elle représente une part du patrimoine du contractant ».*²⁶⁹

On peut simplement dire à ce propos que *« La valeur patrimoniale de l'obligation est simplement la valeur que le contractant pourra retirer du contrat donc exiger de son partenaire : la valeur patrimoniale est donc inhérente à la notion même d'obligation et elle en est inséparable. L'adaptation en assurant la pérennité du contrat dévoile l'utilité de sauvegarder l'obligation donc de préserver une valeur patrimoniale ».*²⁷⁰

188. L'intérêt. - L'adaptation du contrat par rapport au changement de circonstances, constitue une tentative de préserver un patrimoine contractuel avant le contrat lui-même. Selon Monsieur PIETTE, le contrat en son terme classique, est la possibilité pour le justiciable de *« S'ouvrir sur l'extérieur et par la suite son moyen d'exister économiquement. Grâce à lui*

²⁶⁹ R. Al ACHKAR, op. cit, p. 266.

²⁷⁰ Ibid, p. 267.

*l'individu devient un sujet de l'économie et non un simple objet. Il joue un rôle actif et non plus simplement passif ».*²⁷¹

D'un autre côté, monsieur OPPETIT précise que « *Le contrat constitue le moyen juridique permettant à chacun d'obtenir la satisfaction de ses obligations ».*²⁷²

189. Le rôle des parties.- il est clair que le justiciable joue un rôle économique par le biais du contrat et que « *Le maintien du contrat est important (...) pour la collectivité parce que le contrat est à la base des échanges et donc de l'économie. Le marché ne peut se concevoir sans l'existence de conventions, puisqu'il est un lieu d'échanges commerciaux et repose donc incontestablement sur les rapports contractuels.*

*Le contrat constitue l'un des piliers de l'économie de marché parce qu'il favorise la circulation des biens qui constitue la source de la propriété »*²⁷³.

Comme l'affirme PIETTE, l'économie en général et le commerce en particulier, autrement dit la production et la consommation, reposent principalement et exclusivement sur le contrat pour créer des biens.²⁷⁴

2- UNE PROTECTION DES PARTIES ET DE LEURS INTÉRÊTS

190. Présentation.- Il est clair que si un contrat est déséquilibré, cela est toujours défavorable pour l'un des contractants, qu'il soit débiteur ou créancier. En effet, soit qu'il n'arrive pas à exécuter sa prestation ou qu'il le fait une façon partielle. Car, celle-ci est extrêmement onéreuse ou bien la prestation ne satisfait pas aux attentes de son partenaire.

Ce déséquilibre peut dans certains cas, être très important et très grave et l'une des parties peut devenir « *Un esclave d'un contrat désastreux ».*²⁷⁵

²⁷¹ G. PIETTE, *La correction du contrat*, Institut de droit des affaires, tome, faculté de droit et de science politique Aix-Marseille, PUAM, 2004, p. 83.

²⁷² B. OPPETIT, « Droit et économie », *Archives de Philosophie du Droit* 37, 1992, p.17.

²⁷³ R. AL ACHKAR, *La clause de Hardship et clause d'amiable composition*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris), 2010, p. 269.

²⁷⁴ G. PIETTE, *La correction du contrat*, Institut de droit des affaires, tome, faculté de droit et de science politique Aix-Marseille, PUAM, 2004, p. 86.

²⁷⁵ Ph. STOEFFEL-MUNCK, « Regard sur la théorie de l'imprévision », vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, PUAM, 1994, n° 3.

191. Le moyen .- La protection de la partie victime de ce déséquilibre, ne peut se faire qu'avec le rééquilibrage des obligations et donc du contrat. Cela se fera exclusivement par la renégociation et la révision de celui-ci.

Le législateur français a, dans plusieurs cas, pensé au débiteur qui rencontre des difficultés lors de l'exécution de ses obligations. C'est ainsi que certaines règles de lois permettent aux parties en difficulté d'obtenir un délai supplémentaire pour pouvoir exécuter le contrat, après l'extinction du délai prévu à ce sujet.

Le législateur offre une sorte d'assistance aux parties en difficulté, mais en réalité, le fait d'accorder un délai pour honorer les engagements pris, arrange les deux parties et pas seulement le débiteur. En effet, le délai offre au débiteur plus de temps pour exécuter ses obligations, lui évitant ainsi, une rupture du contrat. Le créancier tire aussi un avantage de ce délai, il pourra ainsi recevoir la prestation attendue par le contrat. Car, il aura peut être des difficultés à trouver un autre partenaire.

192. L'avantage.- C'est dans l'intérêt des deux parties que le législateur a tenté de venir en aide à la partie en difficulté. Le but étant de protéger les parties et de préserver ainsi le lien contractuel, soit par un délai de grâce ou par d'autres moyens, tels que l'effacement de dette ou le report ou le rééchelonnement des paiements ²⁷⁶.

L'adaptation du contrat, lorsqu'il est toujours possible, constitue le remède et la solution les plus adaptés pour les deux parties.

« L'adaptation permettra aux débiteurs d'exécuter plus sûrement des obligations mieux adaptées au regard de celles de son partenaire. Et le sacrifice de devoir demander à son créancier est infime en comparaison de celui résultant d'une procédure collective ou de surendettement dans laquelle les poursuites sont suspendues les dettes rééchelonnées voire même effacées »²⁷⁷ .

²⁷⁶ Y. GUYOU, *Droit des Affaires*, t 2, entreprises en difficultés économiques, 9ème éd, 2003, n° 1005.

²⁷⁷ R. AL ACHKAR, *La clause de Hardship et clause d'amiable composition*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris), 2010, p. 270-271.

SECTION 2 - LE JUGE FACE À LA CLAUSE DE HARDSHIP

193. Présentation .- En introduisant une clause de hardship dans le contrat, les parties entendent faire face à un éventuel changement de circonstances au cours de l'exécution du contrat.

Toujours est-il que, des divergences et des contentieux peuvent éclater entre les contractants et le juge saisi de l'affaire, devra répondre essentiellement à une question très pertinente, qui est de savoir quel changement de circonstances, provoquant un déséquilibre contractuel, est constitutif de hardship?

Autrement dit, il s'agit de contrôler le contenu de la clause et ce que celle-ci vise. C'est-à-dire, les éléments caractéristiques de la dite clause (**§1**).

Le juge sera dans un autre temps amené à contrôler la façon par laquelle cette clause a été mise en œuvre (**§2**).

§ 1 - LE CONTRÔLE DES ÉLÉMENTS CARACTÉRISTIQUES DE LA CLAUSE DE HARDSHIP

194. Présentation.- Dans la plupart des contrats déséquilibrés, c'est l'un des contractants qui souffre le plus de cette situation. Pour l'autre contractant, ce bouleversement peut lui être avantageux ou sera dans une situation de neutralité.

195. La condition.- L'ouverture des renégociations est subordonnée à la situation constitutive de hardship.

Le problème qui se pose généralement est la mauvaise foi de la partie qui tire un avantage de cette situation de déséquilibre.

Le contrôle des éléments caractéristiques de la clause de hardship, passe par la détermination de l'origine du déséquilibre. Car, pour constituer une situation de hardship, le changement de circonstances doit être une conséquence d'un cas de force majeure (**A**).

En revanche, le juge doit contrôler l'impact du changement de circonstances sur la continuité du contrat (**B**).

A - LE CONTRÔLE DE L'ORIGINE DU DÉSÉQUILIBRE

196. Présentation .- « Si au cours de [l'exécution] du présent contrat, la situation générale en vigueur au moment de sa conclusion venait à subir des modifications importantes, les circonstances sur lesquelles les parties se sont fondées au moment de la conclusion viennent à se développer une façon telle qu'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitablement lui demander [de supporter] les parties se mettent d'accord pour adapter les circonstances du présent contrat à la nouvelle situation d'une façon équitable pour les deux contractants » ²⁷⁸

197. Constatation.- Par la suite d'un changement de circonstances, le contrat devient instable et crée ainsi un déséquilibre dans les prestations. La clause de hardship a pour objet de faire face à ce genre de situation, c'est-à-dire au changement de circonstances. Ce changement, pour constituer une situation de hardship, doit survenir après la conclusion du contrat.

198. Le rôle du juge. - Force est de constater que, le contrôle du juge se fait essentiellement sur le changement de circonstances et doit être général. En effet, la clause de hardship ne pose pas de limite ni de restriction au nombre d'événements qui peuvent être le fait générateur de sa mise en œuvre. Il n'est pas rare que les contractants excluent certains événements du champ d'application de la clause et il peut arriver que les parties établissent une liste d'événements susceptibles de se produire et qui peuvent déclencher son application. Il est clair que les parties ne pouvaient pas prévoir toutes les circonstances qu'elles pourraient rencontrer au cours de l'exécution du contrat. Pour cette raison, il est préférable, pour éviter tout problème et mal entendu, que la formule du changement de circonstances soit très générale et surtout très large. En effet, « La clause de hardship est toujours prévue dans une formule de grande généralité et les clauses analysées n'envisagent pas spécialement l'irruption d'un événement précis comme critère de la nécessité de réadapter le contrat ; elles visent simplement une modification de la situation générale des données ou encore des circonstances sous l'empire desquelles les parties ont contracté. L'impact de ce changement est d'ailleurs prévu de manière non moins générale. Il faut en effet souligner que les parties ont également vocation à se prévaloir

²⁷⁸ Cité Paris, 1er choix, 13 janvier 1871, Rev. Arb, 1973, p.69, note Ph. FOULARD.

de la modification des circonstances pour demander la réadaptation du contrat». ²⁷⁹ Les parties ne peuvent prévoir tous les obstacles qu'elles pourraient rencontrer et d'une façon précise « *Les partenaires optent pour une formule volontairement imprécise mais susceptible de recouvrir le plus grand nombre de cas* »²⁸⁰ .

199. Exemple.- En cas d'évolution économique, monétaire, ou bien commerciale, la clause de hardship doit alors stipuler qu'« *Au cas où se produiraient des variations très importantes dans la conjoncture ou des modifications très notables dans les conditions économiques ...* »²⁸¹ , ou alors " *en cas de bouleversement du système monétaire actuel...*"

200. L'utilité .- Le rôle du juge prend alors toute son importance, car le fait que les clauses soient larges et générales, lui ouvre la possibilité de s'immiscer dans le contrat. En effet, il dispose du pouvoir d'apprécier et pourra par conséquent vérifier, si le changement de circonstances est bien visé par la clause et si cela a créé un déséquilibre très important, qui justifie une modification du contrat.

Cependant, la généralité dans la stipulation de la clause de hardship, permet de prendre en compte un nombre très important d'obstacles que pourraient rencontrer les parties, lors de l'exécution du contrat et conduire ainsi au déséquilibre contractuel.

Si par exemple, une société conclut un contrat avec un état réputé politiquement instable, la clause doit stipuler les risques politiques ou même des risques juridiques « *Car les engagements parfois pris par certains gouvernements contractants de ne pas modifier leur législation ne se sont pas toujours révélés de nature à mettre les intéressés à l'abri de toute surprise* »²⁸².

201. L'extériorité de l'évènement.- L' autre point à préciser est que le changement de circonstances doit être extérieur aux parties. Autrement dit, le déséquilibre ne doit pas être imputable à l'une des parties, il ne doit pas être le résultat d'une faute de l'un des contractants.

²⁷⁹ B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances : la clause de hardship*.

²⁸⁰ F. CABAS, *Les clauses de hardship*, thèse Montpellier, 1981, p. 62.

²⁸¹ R. AL ACHKAR, *La clause de Hardship et clause d'amiable composition*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris), 2010, p.108.

²⁸² M. FONTAINE, « Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à longue durée », DPCI, 1976, t 2, n° 1, p.23.

Selon Monsieur OPPETIT en effet « *La notion d'extériorité convient sans doute mieux que celle de l'imprévisibilité pour qualifier la clause de hardship : celle-ci se présente comme un événement échappant au contrôle raisonnable des parties et que l'on ne pouvait raisonnablement demander à ces derniers de prendre en compte au moment où elles ont conclu leur contrat. Ainsi la clause de hardship doit elle bien apparaître comme extérieure aux parties, en ce sens qu'en aucun cas, le bouleversement de la situation ne puisse être imputable à la partie qui en est victime* »²⁸³

B - L'IMPACT DU DÉSÉQUILIBRE

202. Présentation.- Pour que le contrat soit renégocié, le changement de circonstances doit provoquer un déséquilibre considérable et un bouleversement dans les rapports contractuels entre les parties.

Selon l'article 6.2.1, des principes UNIDROIT, les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositifs suivants relatifs au hardship .

203. Exception des principes.- Le principe de la force obligatoire du contrat n'est pas un principe absolu, lorsque surviennent des circonstances telles, qu'elles entraînent une altération fondamentale de l'équilibre des prestations. Elles créent une situation exceptionnelle appelée " hardship ".

204. Conditions .- Le changement de circonstances doit affecter l'équilibre général du contrat pour que la situation soit constitutive de hardship.

En effet, « *Un déséquilibre important doit signifier plus qu'une difficulté surgissant d'une variation économique au jour le jour ; il doit avoir un impact réel et ne doit pas être un simple effet passager.*»²⁸⁴

Il est clair que le changement de circonstances, même s'il est significatif et important, peut ne pas être constitutif de hardship, il doit en effet, avoir un impact sur la continuité du contrat et affecter gravement l'équilibre contractuel, « *C'est la raison pour laquelle le cas de hardship ne se réalise que lorsque le changement entraîne des résultats fondamentalement différents de ceux envisagés par les parties lors de la conclusion du contrat*»²⁸⁵.

²⁸³ B. OPPETIT, op. cit, p. 794.

²⁸⁴ Superior overseas development Corp v. British Gaz Corp. 1982, 1, Lloyds Rep. 262.

²⁸⁵ R. AL ACHKAR, op. cit, p120.

Selon Monsieur OPPETIT le changement de circonstances doit « *Empêcher l'exécution de la convention dans des conditions normales* » ou alors « *Ces événements ont pour effet de bouleverser les bases économiques du contrat* »²⁸⁶.

La survenance d'un cas de force majeure ou autrement dit un changement de circonstances, ne peut pas, dans tous les cas, donner lieu à une renégociation du contrat. En effet « *Un changement de circonstances, même important, peut ne pas affecter l'équilibre contractuel ou bien l'affecter dans une moindre mesure. Il n'acquiert donc sa pleine signification que relativement à son impact sur le contrat.* »²⁸⁷

Le changement de circonstances ne suffit pas à lui seul pour ouvrir une renégociation du contrat. Le changement de circonstances en effet, doit provoquer un déséquilibre contractuel significatif, comme il peut ne pas gêner la continuité du contrat et l'exécution des obligations contractuelles.

L'impact du changement de circonstances sur le contrat et sur son exécution, constitue la condition essentielle pour que la clause de hardship puisse être mise en œuvre. A défaut, la victime du changement de circonstances ne peut pas s'appuyer sur cet événement pour tenter de modifier et de réadapter la convention.

La question qui se pose est de savoir à quel moment cet impact, due au changement de circonstances, constitue une condition pour modifier le contrat ?

La réponse à cette question est un peu difficile. Car une petite baisse de revenus pour une partie peut-être, pour lui, constitutive de hardship et demande ainsi la renégociation du contrat. Alors que pour l'autre partie, c'est-à-dire son partenaire, ce changement de circonstance n'a pas affecté l'économie du contrat et par conséquent, le résultat fondamental attendu de celui-ci.

C'est pour cette raison que l'impact du préjudice doit toujours être constaté par le juge et il devra déterminer ainsi, si l'exécution du contrat, suite à ce changement de circonstances, est devenu difficile voire impossible pour l'une des parties.

²⁸⁶ B. OPPETIT, op. cit, p. 803.

²⁸⁷ R. AL ACHKAR , p. 120.

§ 2 - UN CONTRÔLE DE MISE EN ŒUVRE

205. Un contrôle logique.- Le fait de laisser le pouvoir de décision aux parties, est source de conflit et d'abus. L'un des contractants peut prétexter un changement de circonstances pour renégocier un contrat conclu, pour qu'il puisse en tirer un bénéfice encore plus avantageux, s'il change de partenaire, par exemple, si un autre partenaire lui propose la même marchandise mais à un prix plus bas.

L'insertion de clauses de hardship est autorisée, mais soumise à des conditions que les parties sont dans l'obligation de respecter, sous peine de voir leur droit à renégocier le contrat annulé.

D'un côté, le contrôle de mise en œuvre commence par l'obligation d'information, afin de bénéficier du droit de renégociation du contrat. Les parties doivent impérativement notifier leur désir de renégocier **(A)**.

D'un autre côté, le contrôle se fait sur la négociation elle-même, c'est-à-dire sur le contenu de la négociation et sur tout le comportement des parties **(B)**.

A - L'OBLIGATION DE NOTIFICATION

206. Notification.- « En général les clauses de hardship prévoient que la partie qui estime réunies les conditions de la réadaptation, doit aviser son contractant de la survenance de l'événement à l'origine du changement allégué ainsi que les atteintes de la rigueur subie et des moyens proposés pour y remédier l'autre partie doit leur faire connaître sa position dans un bref délai »²⁸⁸. Selon le professeur OPPETIT, l'initiative de la notification revient généralement à la partie qui a subi le dommage, autrement dit, qui est victime du changement de circonstances. C'est donc la victime du déséquilibre qui doit en effet, informer son cocontractant de sa volonté de renégocier le contrat ou en d'autres termes, de réadapter le contrat selon les circonstances actuelles. « C'est le contractant qui, touché le premier et directement par la survenance de l'événement déstabilisateur, risque de se trouver à court terme, dans une situation susceptible de l'empêcher

²⁸⁸ B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances : la clause de hardship », JDI, 1974, n° 2.

d'exécuter son obligation principale, entraînant éventuellement des risques graves quant à l'existence même de son partenaire ».²⁸⁹

207. L'obligation .- Le contractant touché en premier par le déséquilibre, est dans l'obligation d'informer son partenaire de ses difficultés à exécuter son contrat, à cause du changement de circonstances. Cette information doit en général préciser l'événement à l'origine du déséquilibre et bien entendu, le dommage subi par ce changement. Il doit proposer une solution à ce problème et cela dans un délai très court. *« Une telle exigence d'information rapide du partenaire témoigne sans conteste, de l'esprit de la clause de hardship en tant que mécanisme visant à sauver l'existence du contrat. En effet elle permettra d'abord à la partie victime de limiter ses pertes en trouvant un substitut adéquat dans les plus brefs délais. De même, elle profitera au partenaire du contrat car, si ce dernier bénéficie dans un premier temps du déséquilibre, il tend peu à peu à devenir victime à son tour dès lors qu'il ne peut plus recevoir la contrepartie espérée de l'opération. »*²⁹⁰

208. Le rôle du juge.- L'intervention du juge permet alors de déterminer si la partie victime du déséquilibre a informé son partenaire dans un délai raisonnable. Car, si la partie victime a attendu longtemps, cela veut dire qu'elle tire bénéfice de cette situation et ne peut en aucun cas invoquer le changement de circonstances pour renégocier le contrat.

*« L'obligation qui incombe à la partie victime de signaler immédiatement le déséquilibre survenant dans l'exécution de ces prestations est envisagée comme une obligation de résultat. Sa fonction est proportionnelle au dommage subi par le partenaire »*²⁹¹.

Cette situation en effet, constitue une inexécution contractuelle et le débiteur sera sanctionné par le mécanisme de sanctions de droit commun.

209. L'intérêt.- L'obligation de prévenir son partenaire dans les plus brefs délais, entre dans le cadre de la bonne foi. La négligence pourra être sanctionnée par le retrait du droit d'invoquer le changement de circonstances pour renégocier le contrat ainsi que sa réadaptation. Dans une affaire de commerce international, une entreprise roumaine de fourniture d'hydrocarbure, n'avait pas effectué la livraison à une société

²⁸⁹ F. CABAS, *Les clauses de hardship*, thèse Montpellier, 1981, p.87.

²⁹⁰ R. AL ACHKAR, *La clause de hardship et clause d'amicable composition*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris), 2010, p.133.

²⁹¹ Ibid.

française, dans les délais prévus dans le contrat. Elle a prétendu que cette exécution est due à un cas de force majeure. En effet, les autorités roumaines avaient refusé la délivrance d'autorisation de l'exportation d'hydrocarbure. La Cour n'avait pas retenu le cas de force majeure avancé par l'entreprise roumaine au motif que « *La décision des autorités roumaines en date du 10 mai 1973, n'a été communiquée à l'autre partie qu'en annexe à une lettre datée du 29 novembre 1973. La défenderesse a ainsi perdu la possibilité de s'en prévaloir en ce qui concerne les livraisons dues pendant le deuxième et le troisième trimestre 1993.* »²⁹²

210. Conditions.- Pour invoquer un cas de force majeure dans le but de renégocier le contrat, il est clair que la partie victime du déséquilibre doit agir très rapidement sous peine de voir son droit à la renégociation retiré.

La clause de hardship doit, être invoquée d'une façon loyale et aussi de bonne foi, car elle rentre dans l'exigence de l'exécution contractuelle²⁹³.

211. L'obligation du partenaire. - D'un autre côté, la partie qui n'a pas été victime du déséquilibre, a aussi des obligations envers son partenaire. Le fait d'introduire une clause de hardship dans le contrat, l'oblige à répondre à son partenaire dans les plus brefs délais, afin de trouver une solution à ce problème et de reprendre l'exécution du contrat.

« *Etant donné l'urgence de la situation, cette réponse consistera essentiellement à accepter le principe de la réunion avec la partie victime en vue de discuter de l'existence du hardship et des moyens d'y remédier.*

Pour ce qui est de la forme de la notification, c'est la lettre recommandée avec accusé de réception qui constituerait la formule la plus adéquate. Mais en général, aucune formalité précise n'est prévue. Par conséquent quel que soit le moyen utilisé, le principal est de faire parvenir l'acceptation (téléphone, fax, télécopie ...) »²⁹⁴.

212. La sanction. - A défaut de réponse du créancier, celui-ci s'expose à des sanctions. En effet, son silence constitue une inexécution contractuelle. Car, le fait d'introduire une clause de hardship, l'oblige à répondre à son partenaire. Dans la majorité des cas, cette réponse doit être positive si le changement de circonstances est avéré, le contrat doit être renégocié dans les plus brefs délais.

²⁹² V. sentence CCI n° 24 78/ 1974 JDI, p. 926.

²⁹³ J. PAULSSON, « La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI », Rev. Arb, 1990, p. 83.

²⁹⁴ R. AL ACHKAR, *La clause de hardship et clause d'amicable composition*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris), 2010, p.135.

213. Le rôle du juge.- L'intervention du juge dans le contrat joue un rôle très important dans ce genre de situation. Il sera en effet, dans l'obligation de répondre à deux questions : d'une part, il devra déterminer si le changement de circonstances est bien prévu dans la clause et contrôler ainsi, s'il s'agit bien d'un cas de force majeure.

D'autre part, il doit décider de la sanction envisagée en cas de manquement du partenaire.

Par souci d'équité et de justice, il est clair que la sanction doit être celle applicable en cas de manquement contractuel, c'est-à-dire, que le juge doit choisir entre le maintien du contrat ou l'anéantissement des liens contractuels aux torts du créancier.

B- UN CONTRÔLE DE LA RENÉGOCIATION ELLE-MÊME

214. Présentation.- Si la renégociation du contrat vise à changer les termes de ce dernier, cela constitue une atteinte au principe fondamental des contrats qui est la force obligatoire. « *La clause de hardship vise le cœur même de la notion de contrat puisqu'elle porte atteinte au principe essentiel* ». ²⁹⁵

Le principe essentiel de la négociation est la liberté des parties. En effet, « *La liberté de négociation permet notamment aux individus de refuser de négocier ou de refuser de continuer à négocier sans devoir en justifier les raisons, (...) cependant, la liberté absolue de négocier peut-être source d'abus. Aussi comme tout comportement humain saisi par le droit, le comportement des négociateurs doit respecter certaines règles celles dont la violation donne prise à la responsabilité civile* ». ²⁹⁶

La partie en position de force, peut obliger l'autre à accepter des conditions qu'elle n'aurait pas acceptées en temps normal.

Le contrôle du juge s'effectue donc sur le contenu même de la renégociation du contrat. Le but des négociations doit être objectif, c'est-à-dire la recherche de l'équilibre " initial" du contrat. L'objectif de la renégociation est de « *Replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat* ».

²⁹⁵ J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », RTD Com, 1985, vol.38, p. 265.

²⁹⁶ R. AL ACHKAR, op. cit, p.147.

215. Exemple.- Par exemple, dans un contrat de vente ou de fourniture, si le prix des matières premières ou le coût de production est élevé, la négociation doit tourner autour du prix de la marchandise et en aucun cas, sur les autres clauses du contrat, sauf si les parties se mettent d'accord pour ajouter une clause qui intéresserait les deux contractants, comme par exemple ajouter une clause d'exclusivité.

Dans certains cas, la négociation peut avoir un but subjectif, c'est à dire qu'elle ne vise pas à rétablir l'équilibre contractuel, mais à réadapter l'exécution du contrat avec les circonstances actuelles.

Les parties prendront en compte les besoins économiques, financiers, ou même personnels du partenaire en difficulté. Cela rentre dans le cadre de la solidarité contractuelle et de la bonne foi des contractants. « *L'objectif étant d'aboutir à une adaptation adéquate du contrat, le retour à l'équilibre initial du contrat n'est donc pas impératif. Ainsi, la clause stipulera équitablement dans l'esprit d'objectivité et de loyauté qui est la base des relations existant entre les parties .* »²⁹⁷

216. Précision.- l'introduction d'une clause de hardship dans le contrat, fait de la renégociation, une obligation contractuelle. Les parties sont dans l'obligation de mener des négociations, si un changement de circonstances est avéré.

« *Si une partie refuse de renégocier, la violation de cette obligation doit être sanctionnée : soit par la procédure déterminée par la clause de renégociation elle même* »²⁹⁸ ou alors, à défaut d'avoir prévu des sanctions, par les mécanismes de sanction de l'inexécution contractuelle. Dans ce cas deux situations se présentent : si c'est la victime qui refuse de renégocier le contrat, la sanction sera la rupture du contrat à son tort et les sanctions prévues dans la clause de hardship ne s'appliqueront pas à son égard.

En revanche, si l'autre partie, c'est à dire la partie qui n'a pas été touchée par le changement de circonstances, refuse de renégocier le contrat, les dispositifs prévus dans la clause de hardship doivent être applicables, ou à défaut, il sera sanctionné par les règles de l'inexécution contractuelle.

217. La fin des négociations.- Cependant, la question est de savoir jusqu'où négocier ? Ou dans d'autres termes, dans quelles mesures les parties sont dans l'obligation de trouver un accord ?

²⁹⁷ R. AI ACHKAR, *La clause de hardship et clause d'amicable composition*, op. cit, p.150.

²⁹⁸ J.-Q. DE CUYPER et W. PETER , « Renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité », Réflexion à partir du cas GHANA /VALCO, RDAI, 1995, vol. 508, n° 775 -798.

Il est clair que les parties sont dans l'obligation de renégocier le contrat si une clause de hardship est insérée et si les conditions sont réunies. Mais en aucun cas, les parties ne sont dans l'obligation de trouver un accord. En effet, « *Il est peu probable que les parties n'entrent pas en négociation [si une clause de hardship est insérée dans le contrat]. Mais il est beaucoup plus vraisemblable qu'elles ne parviennent pas à un accord. La clause de renégociation n'implique habituellement pas d'obligation pour les parties d'atteindre un accord.* »²⁹⁹

L'obligation de renégociation est une obligation de " moyens " et non pas une obligation de " résultat ", comme le précise monsieur FONTAINE³⁰⁰, alors que monsieur OPPETIT, affirme que l'obligation de renégocier le contrat est un mélange des deux.³⁰¹

218. Une obligation de moyens.- pour certains auteurs, l'obligation de renégociation ne peut en aucun cas être une obligation de résultat. Cela veut dire que les parties ne sont pas obligées de trouver un accord, mais sont dans l'obligation de renégocier le contrat, si les conditions sont réunies. C'est dans ce cas que le rôle du juge ou de l'arbitre est d'une importance capitale. En effet, le juge va plutôt s'intéresser à la bonne foi des parties, dans les négociations, car cela constitue une obligation pour les deux contractants.

La grande partie de la doctrine pour ne pas dire toute, est d'accord sur le fait que les deux parties au contrat ou plutôt aux négociations doivent faire ce qui est en leur pouvoir pour essayer de trouver un accord et par conséquent, de sauver le contrat. « *Par définition, le débiteur d'une obligation de moyens s'engage à faire tout ce qui est en son pouvoir pour atteindre un certain résultat sans pour autant promettre ce résultat . (...) l'obligation de moyens s'appliquerait à l'obligation de renégociation contenue dans la clause de hardship puisque, si l'obligation d'entrer en négociations incombe aux parties sous peine de voir leur responsabilité engagée, cette obligation se limite à se réunir et à faire des propositions et des contre-propositions* »³⁰².

Le défaut d'accord entre les parties ne peut en aucun cas être considéré comme une faute imputable à l'un ou l'autre des contractants et aucune responsabilité ne peut être engagée. En revanche, dans le cas où l'une des

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ Voir sur ce point M. FONTAINE, DPCI 1976, p. 34-35.

³⁰¹ B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances : la clause de hardship », JDI, 1974, n° 2, p. 806-807.

³⁰² R. AL ACHKAR, *La clause de hardship et clause d'amiable composition*, op. cit, p.156.

parties n'entame pas les négociations d'une façon loyale et de bonne foi, elle s'expose à des sanctions. Mais il est toujours très difficile d'imposer à une partie de faire un choix, si ce choix ne lui est pas avantageux.

219. Exception.- Selon Monsieur OPPETIT, le fait d'insérer une clause de hardship dans le contrat, oblige les parties à renégocier les termes de ce dernier. Un changement de circonstances empêchant l'une des parties d'exécuter ses obligations, constitue en soi une obligation de rechercher un accord.

La question est beaucoup plus délicate lorsque la négociation est engagée, mais que les parties ne parviennent pas à s'entendre. En soi, l'obligation de renégocier n'entraîne pas celle de parvenir à un accord. En droit français par exemple, l'obligation de participer à la recherche d'un nouvel accord ne semble pouvoir être qu'une obligation de moyens. Seule la faute prouvée dans la renégociation pourrait entraîner une quelconque responsabilité. Si la responsabilité d'un négociateur est établie, son cocontractant dispose des moyens de droit commun (action résolution, dommages et intérêts ...) ³⁰³.

Conclusion du chapitre

220. L'utilité.- La clause de renégociation du contrat, autrement appelé clause de hardship, constitue un moyen très efficace pour maintenir le contrat en cas de changement de circonstances. Il conviendrait de préciser que le juge, même s'il semble être écarté, garde toujours un œil sur le contrat.

Il est admis que les parties insèrent une clause résolutoire dans le contrat, qui leurs permettrait de le rompre, en cas d'inexécution, sans l'intervention préalable du juge. Ce dernier « *Ne peut se refuser à déclarer acquise l'application d'une clause résolutoire, claire et précise, si rigoureuse qu'elle puisse paraître* ».³⁰⁴

³⁰³ Ibid, p.158.

³⁰⁴ Paris, 30 avril 1947, D. 1947.400.

CHAPITRE 2- LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE

221. Un évitement du recours au juge.- L'article 1224 de l'Ordonnance du 10 février 2016 précise que « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ». La rupture du contrat par la clause résolutoire, semble être la priorité de l'ordonnance.

Dans la rupture conventionnelle, les mesures de la rupture sont précisées dans le contrat, contrairement à la rupture judiciaire où c'est le juge qui fixe et apprécie les gravités de l'inexécution susceptibles d'entraîner la résolution du contrat.

En présence d'une clause résolutoire, l'appréciation de la gravité de l'inexécution ne se fait pas par le juge. Il ne s'agit pas d'une menace de sanction en cas de manquement, mais elle doit être perçue comme un moyen de pression, un moyen d'inciter les parties à exécuter leurs obligations.

Dans le cas où le juge est saisi, il se contentera de contrôler que l'inexécution reprochée au débiteur, et qui est sanctionnée par la clause, est bien précisée dans le contrat par les deux contractants.

Cette situation connaît quelques exceptions, il est certes clair que le juge ne joue pas un grand rôle, mais ce dernier peut récupérer son pouvoir d'appréciation, dans le cas où il a été saisi, car le débiteur conteste le manquement qui lui a été reproché.

Avant tout, il est nécessaire que le juge effectue un examen du contenu du contrat **(section1)** afin de vérifier que le manquement susceptible de provoquer l'anéantissement des liens contractuels est bien précisé dans le contrat, il pourra par la suite effectuer son contrôle d'une façon très efficace **(section2)**.

SECTION 1 - L'EXAMEN DU CONTENU DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE

222. Un évitement d'une rupture abusive.- L'examen du contenu de la clause permet au juge de bien définir les manquements, qui pourraient provoquer la rupture du contrat, le but étant d'être équitable envers les deux parties et en même temps de protéger leurs intérêts. Article 1225 de l'ordonnance de 2016 précise en effet, « *La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ». L'insertion d'une clause résolutoire dans un contrat écarte d'emblée le recours préalable au juge pour le rompre. Cette situation pourrait laisser le créancier invoquer l'existence d'un manquement sans que celui-ci soit forcément visé dans le contrat et, par conséquent, anéantir les liens contractuels sans raison valable, l'aménagement des pouvoirs du juge va alors permettre d'éviter une rupture inutile et infondée(§1). Cependant, la détermination la portée de la clause résolutoire, a pour but de protéger la partie la plus faible du contrat (§2).

§ 1 - L'AMÉNAGEMENT DES POUVOIRS DU JUGE

223. Le juge dépourvu de son pouvoir.- En insérant une clause résolutoire dans le contrat, les parties écartent le pouvoir d'appréciation du juge de l'opportunité de la résolution du contrat qu'elles ont conclu³⁰⁵. Dans un arrêt du 3 novembre 2011, de la 3^{ème} chambre de la Cour de cassation, affirme qu'un contractant peut renoncer à son droit à la résolution judiciaire si une clause rédigée d'une façon claire et sans équivoque est insérée dans le contrat³⁰⁶. La Cour de cassation a eu plusieurs fois en effet l'occasion de rappeler cette règle très importante en matière de clause résolutoire. Elle a, en effet, reconnu aussi la licéité de la clause résolutoire et affirmé que le juge ne dispose d'aucun pouvoir de modifier ses effets, elle rajoute que « *La résolution prononcée par l'article 1184 est la consécration*

³⁰⁵ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations*, Sirey, tome I, Les sources, 2^{ème} éd, 1988, n° 335.

³⁰⁶ Cass. 3^{ème} Civ., 3 Novembre 2011, n° 10-26203.

de cette règle d'équité qui ne permet pas de laisser un des contractants dans les liens du contrat dont l'autre partie ne lui fournirait pas l'équivalent »³⁰⁷.

Pour bien comprendre le mécanisme de la clause résolutoire il est avant tout préférable de commencer par une définition de la notion de ladite clause **(A)**.

Afin de maîtriser au mieux cette notion, et d'éviter ainsi toute éventualité recours judiciaire, il est important de connaître la procédure de sa mise en œuvre **(B)**.

A - LA NOTION DE CLAUSE RÉSOLUTOIRE

224. L'origine de la clause résolutoire.- Selon Monsieur MALAURIE on trouve des clauses résolutoires dans « *La moitié des contrats* »³⁰⁸.

La clause résolutoire se définit comme « *La clause par laquelle les parties, adoptant une condition résolutoire expresse, décident à l'avenir dans un contrat que celui-ci sera de plein droit résolu, du seul fait de l'inexécution par l'une des parties de son obligation, sans qu'il soit nécessaire de le demander au juge et que celui-ci, s'il est saisi, dispose en principe d'un pouvoir d'appréciation* »³⁰⁹.

La clause résolutoire évite au créancier d'avoir à recourir à la résolution judiciaire, seule voie en principe offerte, et écarte l'application du droit commun de la résolution pour inexécution qui fait du recours au juge un passage obligatoire. Elle apparaît ainsi comme une convention dérogatoire au droit commun de la résolution pour inexécution³¹⁰.

Convention dérogatoire au droit commun, la clause résolutoire pour inexécution avant qu'elle soit admise dans la plupart des contrats civils et commerciaux, était le seul moyen pour résilier un contrat de vente, elle ne pouvait être insérée dans les autres contrats.

L'origine de la clause remonte au droit romain, dans " *l'ex commissoria* ". Toutefois, " *l'ex commissoria* " n'était admise que dans la vente car « *De manière générale, la résolution des contrats pour inexécution était inconnue en droit romain. Hormis la vente, certains contrats nommés connaissaient*

³⁰⁷ Cass. Civ., 29 novembre 1865, D. 1866, I, p. 27.

³⁰⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCKN, *Les obligations*, 6^{ème} éd, defrénois, 2011, n° 886.

³⁰⁹ G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd, PUF, 2000, p. 769 et 770.

³¹⁰ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 1.

une telle action, qui n'était cependant pas l'expression d'une règle générale mais une action propre à chaque contrat »³¹¹.

Seul le vendeur pouvait résilier un contrat de vente lorsque l'acheteur ne payait pas le prix. " *l'ex commissoria*" était alors un moyen efficace pour parvenir à ses fins, le vendeur pouvait par conséquent récupérer l'objet vendu dont l'acheteur n'avait pas payé le prix, et replacer la clause dans sa situation initiale³¹².

225. L'admission de la clause résolutoire.- Le principe de la clause résolutoire a été érigé en droit positif par un arrêt de principe de la Cour de cassation du 2 juillet 1860 dans lequel elle affirme « *Qu'il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution, constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit, qu'une pareille convention n'a rien d'illicite, qu'elle tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite, que les tribunaux ne peuvent pas la changer et qu'ils doivent se borner à vérifier si, en effet, il y a eu réellement inexécution du contrat*³¹³ dans le sens prévu et réglé à l'avance par les parties »³¹⁴.

On comprend très bien que la Cour de cassation a autorisé l'insertion d'une clause résolutoire dans un contrat et que le juge n'a cependant aucun pouvoir, et ne peut en aucun cas arrêter le jeu de la clause résolutoire ou l'empêcher si l'inexécution prévue dans le contrat, est avérée.

Actuellement, la clause résolutoire est reconnue dans la plupart des droits étrangers et son principe est partout le même : elle constitue un raccourci vers une rupture des contrats sans passer par le juge.

« *L'originalité de la clause résolutoire par rapport à la résolution judiciaire s'affirme à deux égards. La clause résolutoire et la résolution judiciaire sont de nature différente. En stipulant une clause résolutoire, les parties ont institué un lien de cause à effet entre l'inexécution et la résolution, lien dont l'origine ne réside pas dans la loi, mais dans leurs volontés distinctes par leur nature ; la clause résolutoire et l'article 1184 du code civil se distinguent également par leur mécanisme. Tandis que l'article 1184 du code civil permet au contractant envers lequel l'obligation n'a pas été exécutée de demander au juge de prononcer la résolution du contrat, la clause résolutoire lui confère le droit de résoudre le contrat »³¹⁵.*

³¹¹ Ibid, p. 1.

³¹² Ibidem, p.1.

³¹³ Nous traiterons cette question dans la section suivante.

³¹⁴ Cass. Civ., 2 juillet 1860, D. 1860, 1, 284.

³¹⁵ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 13.

Dans l'article 1184 du code civil, l'intervention du juge est obligatoire pour prononcer la rupture du contrat, ce dernier a le pouvoir d'apprécier l'existence d'une inexécution contractuelle.

« Il est généralement admis que l'existence d'une clause résolutoire suppose que les parties précisent expressément qu'elles entendent exclure le juge, faute de quoi leur stipulation doit être interprétée comme un rappel inutile de l'article 1184 du code civil, ne faisant obstacle ni à la nécessité d'une demande en justice ni au pouvoir souverain du juge d'apprécier la gravité de l'infraction »³¹⁶.

L'insertion d'une clause suppose alors que la rupture du contrat s'effectuera sans l'intervention du juge, en effet, *« L'existence d'une clause résolutoire impose que la résolution ait lieu sans intervention du juge, son exclusion est un critère de la clause résolutoire. De la rédaction d'une clause litigieuse va donc dépendre la réponse à la question de savoir si les parties ont stipulé une clause résolutoire ou si elles ont seulement rappelé, à des fins comminatoires, la sanction légale »³¹⁷.*

Il n'est pas nécessaire de préciser que le contrat sera résolu automatiquement en présence d'une clause résolutoire, car *« Le doute n'est pas permis lorsque la clause précise que le contrat sera résolu de plein droit en cas d'inexécution - l'emploi de cette locution, qui est celle utilisée, de manière inversée, dans l'article 1184, du code civil- fait clairement apparaître l'intention des contractants de ne pas avoir recours à la résolution judiciaire, mais d'appliquer, en cas d'infraction, la sanction déterminée par leur volonté »³¹⁸.*

226. L'éviction du juge.- La clause résolutoire reste un moyen pour l'une ou l'autre partie au contrat, d'éviter l'intervention du juge pour la rupture du contrat ; elle constitue donc un avantage pour elles - autrement dit les parties - qui consiste à empêcher le juge d'user de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la résolution, que lui confère l'article 1184 du code civil.

Il n'est en aucun cas possible au juge d'apprécier la résolution d'un contrat en présence d'une clause résolutoire dont les conditions sont réunies. Le juge n'a également aucun pouvoir d'apprécier si le manquement reproché au débiteur est suffisamment grave pour que le contrat soit résolu.

³¹⁶ Ch. PAULIN, note sous Cass. Civ., 17 mai 1993, D. 1994, p. 483.

³¹⁷ Ibid, n°3.

³¹⁸ Ibid, n°3.

La gravité de l'inexécution n'est pas requise dans le jeu de la clause résolutoire; cette inexécution doit être visée dans le contrat par la clause.

La Cour de cassation précise clairement dans son arrêt du 19 octobre 1977 que « *Les juges ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation de la gravité des infractions lorsqu'elles donnent lieu à l'application d'une clause résolutoire* »³¹⁹.

Le juge perd tous ses pouvoirs face à une clause résolutoire dont les conditions de mise en œuvre sont réunies ; la Cour de cassation a ainsi affirmé dans son arrêt du 20 juillet 1989, qu'une Cour d'appel avait « *Justement décidé que la clause résolutoire devait être appliquée sans qu'il soit nécessaire de chercher si cette sanction était proportionnée ou non à la gravité du manquement invoqué* »³²⁰ et cela dans le cas où les conditions de la mise en œuvre de la clause résolutoire étaient réunies.

D'un autre côté, il est impossible au juge de se soucier des effets de la clause résolutoire même les plus rigoureux et périlleux pour l'autre partie, c'est-à-dire que le juge doit être indifférent vis-à-vis des intérêts de l'autre partie et de la situation future que pourrait engendrer pour elle la mise en œuvre de la clause résolutoire.

C'est dans ce sens que la Cour de cassation dans son arrêt du 16 décembre 1987 a censuré une Cour d'appel qui était saisie pour la constatation de la résiliation d'un bail où elle avait relevé que « *Si l'expulsion était immédiatement ordonnée elle entrainerait pour la locataire la perte du fonds de commerce et de tous les investissements réalisés* »³²¹.

Le juge n'avait pas à se soucier des pertes que subira le débiteur par la rupture du contrat, du moment que le manquement visé par la clause était constaté. Vu le risque énorme et la perte que pouvait engendrer la mise en œuvre de la clause résolutoire, la partie défaillante n'avait qu'à se conformer à ses obligations.

Le juge du fond dans cette affaire avait pour mission de constater la résolution et nullement d'apprécier la gravité de l'inexécution ou bien les effets particulièrement " rigoureux " de la résiliation du contrat.

D'une façon plus simple et plus résumée, le « *Rôle [du juge] se réduit à constater une résolution qui s'est effectuée en dehors de lui* »³²².

³¹⁹ Cass. 3^{ème} Civ., 19 October 1977, d 1978, p. 162.

³²⁰ Bull. civ., III, n° 172, p. 93.

³²¹ Bull. civ., III, n° 204, p. 121.

³²² M. PICARD et A. PRUDHOME, « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », RTD Civ. 1912, p. 104.

Ce principe du rôle unique de constatation de la résolution connaît certaines exceptions dans la pratique de la clause résolutoire³²³.

B - LA MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE RÉVOLUTIONNAIRE

227. Présentation.- La clause résolutoire permet à une partie de rompre le contrat de plein droit, sans l'intervention préalable du juge, dans le cas où l'inexécution reprochée à son débiteur est bien précisée dans le contrat.

Même si cette rupture est de plein droit, cela n'empêche pas que ce droit à la résolution est soumis au respect des règles imposées par le législateur, et qui permet au juge de retrouver son pouvoir, autrefois perdu par l'insertion d'une clause résolutoire dans le contrat.

Néanmoins, l'auteur de la rupture n'est pas tenu de mettre en demeure son créancier pour lui demander de s'exécuter car en insérant une clause résolutoire le débiteur est déjà averti de l'anéantissement du contrat en cas de manquement **(1)**.

En revanche, le titulaire du droit de résolution doit notifier sa décision à son cocontractant afin de l'informer de sa volonté de mettre fin à leur collaboration **(2)**.

1 - L'ABSENCE DE LA CONDITION DE MISE EN DEMEURE

228. Une obligation facultative.- En droit positif français, la clause résolutoire est réputée acquise lorsque les conditions de sa mise en œuvre sont réunies, rien ni personne ne peut la contester voire l'annuler.

La Cour de cassation dans son arrêt du 27 novembre 2008 précise en effet que « les sommes seront de plein droit exigibles si bon semble à la banque, sans formalité ni mise en demeure : – en cas de non-paiement à son échéance d'une quelconque somme devenue exigible ; (...) – plus généralement, à défaut du paiement à bonne date par la partie débitrice ou la caution, d'une somme due à quiconque ; (...) – en cas d'exigibilité

³²³ Nous reviendrons sur ce point dans le développement suivant.

anticipée de tout autre concours financier consenti à la partie débitrice, et d'une manière générale en cas d'inexécution par la partie débitrice de l'un de ses engagements ou d'inexactitude de ses déclarations »³²⁴.

La seule condition qui pourrait annuler sa mise en œuvre est que l'inexécution reprochée au débiteur n'est pas visée dans la clause, le créancier ne peut sanctionner son cocontractant pour une inexécution qui n'est pas prévue et définie préalablement.

La mise en demeure ne constitue pas une obligation essentielle qui, en cas d'absence, pourrait mettre en cause le jeu de la clause. Il a été jugé dans une affaire que « *La résiliation d'une convention en vertu d'une clause résolutoire expresse peut intervenir sans mise en demeure préalable, dès lors que cette dispense est expressément prévue dans le contrat* »³²⁵.

Dans une autre affaire, la Cour de cassation avait précisé que « *Lorsque les parties adoptent, dans un acte de vente d'immeubles, la clause selon laquelle la vente sera résolue de plein droit en cas de non-paiement du prix lors de la passation de l'acte authentique, la mise en demeure reste néanmoins de rigueur et le simple fait de l'expiration du délai prévu pour la passation de l'acte notarié n'entraîne pas la résolution de la vente* »³²⁶.

Car, dans le cas contraire la résolution du contrat aura un caractère abusif; mais en général, le créancier - et contrairement aux autres modes de rupture des contrats- n'a pas besoin de mettre son débiteur préalablement en demeure pour exercer, la mise en œuvre de la résolution, le fait qu'il constate que son contractant n'exécute pas une obligation prévue dans la clause, entraîne la rupture immédiate du contrat.

Il nous semble que la dispense de mise en demeure préalable est néanmoins un droit et non pas une obligation.

229. Un délai de grâce.- Dans le cas où, le créancier souhaite accorder à son débiteur, un délai supplémentaire pour exercer son obligation, il ne doit pas rompre le contrat immédiatement ; tout dépend de sa bonne volonté, et cela surtout dans le cas d'une impossibilité temporaire d'exécution de son contractant ou dans le cas d'une force majeure. Autrement dit, même si la clause résolutoire rompt le contrat de plein droit, il n'est pas obligé de la mettre en œuvre ; même si l'inexécution est prévue dans la clause, il peut

³²⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 27 novembre 2008, n° 07-15226, Bull. civ., I, n° 275.

³²⁵ Cass. 3^{ème} Civ., 29 juin 1977, Bull. civ., III, n° 293, p. 223.

³²⁶ S. STIJNS, « Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire pour inexécution d'un contrat », in Droit des contrats France, Belgique, LGDJ, 2005, p. 111.

quand même continuer à exécuter le contrat, s'il s'avère que l'inexécution ne porte pas préjudice à ses intérêts économiques et que les risques évalués étaient disproportionnés, en d'autres termes dans les cas où la mise en demeure n'est pas obligatoire, elle n'est pas non plus interdite.

Ce qu'il faut tout de même savoir c'est que « *Les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation (...)* »³²⁷.

Il est très important de noter que selon l'ordonnance du 10 février 2016, la mise en demeure est devenue une condition essentielle, si le contractant ne précise pas que la clause résolutoire prendra effet, automatiquement en cas d'inexécution. La clause résolutoire peut être mise en œuvre uniquement si, après la mise en demeure, le débiteur n'exécute pas ses obligations. L'article 1295 précise 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.* »

2 - LA NOTIFICATION

230. Une condition essentielle.- La résolution par la mise en œuvre de la clause résolutoire s'opère de plein droit³²⁸ mais « *Même si une mise en demeure n'est pas nécessaire, une manifestation de volonté du créancier victime de l'inexécution est toujours requise* »³²⁹.

Si la mise en demeure reste un acte non nécessaire, la notification est indispensable voire obligatoire, elle colmate la brèche laissée par la non-obligation de mise en demeure, en quelque sort, elle la remplace.

Etant donné que le jeu de la clause résolutoire reste toujours un acte unilatéral, il est indispensable que celui qui l'a mise en œuvre, informe son cocontractant de sa volonté de rompre le contrat.

³²⁷ D. GALLOIS-COCHET, « Le juge ne peut suspendre les effets de la clause résolutoire sans accorder de délais au preneur », L'ESSENTIEL Droit des contrats, 2010, n° 6, p. 6; V en ce sens, Cass. 3^{ème} Civ., 8 avril 2010, n° 09-11292.

³²⁸ v. par exemple, Cass. 3^{ème} Civ., 11 septembre 2012, n° 11-11.031.

³²⁹ C. CHABAS, « Résolution - Résiliation », Dalloz, 2010, n° 21; V. notamment F. KENDÉRIAN, *Que reste-t-il du caractère automatique de la clause résolutoire ?* Florilège de décisions, RTD com, 2009. p. 81.

Même si la clause résolutoire est de plein droit, et même si on note l'absence de mise en demeure, le débiteur doit être tenu au courant du choix du créancier. La clause résolutoire « *Ne pourra sortir ses effets que lorsque le créancier aura manifesté son intention de s'en prévaloir par une notification à son débiteur* »³³⁰. La notification doit être écrite et doit mentionner clairement le choix du créancier ainsi que la raison qui l'a poussé à prendre cette décision, autrement dit, il doit mentionner l'inexécution reprochée au débiteur, et par conséquent, sa volonté de résoudre le contrat.

Sans la notification, la rupture serait abusive et son auteur sanctionné.

En revanche « *Le législateur n'a pas précisé la forme que devait revêtir la notification (...). La jurisprudence de la Cour de cassation, elle n'a jamais, à proprement parler, formulé positivement une telle exigence. Logiquement, elle a pu considérer que le recours à un acte extrajudiciaire ne peut être suppléé par la publicité de la résiliation faite dans un journal d'annonces légales; solution logique puisque la notion de notification postule une information personnelle. De même, la simple mention de la résiliation au cahier des charges après incident de saisie immobilière ne vaut pas notification de la résiliation* ».³³¹

§ 2 - LA PORTÉE DE LA CLAUSE RÉVOLUTIONNAIRE

231. Le but.- La clause résolutoire a pour but la protection de la victime d'une inexécution. La clause résolutoire a des effets directs, qui se résument par l'anéantissement des liens contractuels. cependant elle a une portée étroite **(A)**.

En revanche la clause comporte en elle-même des limites dans sa présentation qu'il est primordial de préciser **(B)**.

³³⁰ S. STIJNS, *La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre*, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, étude de droit comparé, BRUYLANT, Bruxelles, LGDJ, Paris, p. 584.

³³¹ A. REYGROBELLET, C. DENIZOT, *Déplacement du fonds consécutif à la résiliation du bail*, Dalloz, 2012, n° 135.

A - UNE PORTÉE ÉTROITE

232. Une reconnaissance limitée .- Dans le droit positif français, *« il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution constatée dans une certaine forme, les effets d'une pareille convention ; cela n'a rien d'illicite, cette convention tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite, les tribunaux ne pas la changer et ils se bornent à vérifier si, en fait, il y a eu réellement inexécution du contrat dans le sens prévu et réglé à l'avance par les parties »*³³².

La clause résolutoire est admise dans de nombreux contrats, toutefois les contractants n'opèrent pas librement.

233. Les limites.- Les parties au contrat sont libres dans la rédaction de leur convention, et cette liberté est légale, ils ont tous les mêmes droits et libertés. Cette liberté est limitée par certaines règles et conditions, dans le but de protéger les intérêts des parties et éventuellement ceux des tiers.

*« Le juge vérifie systématiquement la réalité du consentement donné par un contractant à la clause résolutoire en exigeant une stipulation expresse, si l'écrit ne constitue pas là une condition de validité de la clause, il le devient en revanche, lorsque le législateur impose, à peine de nullité, sa mention dans le contrat vu dans un document précontractuel »*³³³.

234. Le contrat de bail d'habitation.- En matière de bail d'habitation, le législateur a fait en sorte que les effets de la clause soit moins rigoureux, dans la loi du 1^{er} septembre 1948, Il a été précisé en effet dans l'article 80 que cette loi a mis en place un mécanisme qu'on peut toutefois retrouver dans la loi du 22 juin 1982, et qui consiste à alléger la rigueur de la clause résolutoire dans le contrat de bail.

L'article précise que : *« toute clause prévoyant la résolution de plein droit du contrat de location pour défaut de paiement du loyer ou des charges aux termes convenus ou pour non versement du dépôt de garantie ne produit son effet que deux mois après qu'un commandement de payer est demeuré infructueux .*

Le juge, saisi par le locataire avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa précédent, peut accorder des délais de paiement dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 1244 du code civil. Pendant le cours des

³³² Cass. Civ., 2 juillet 1860 dp 1860, I. p. 284.

³³³ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 48.

délais ainsi accordés les effets de la clause de résiliation de plein droit sont suspendus ; ces délais et les modalités de paiement accordés ne peuvent affecter l'exécution du contrat de location et notamment suspendre le paiement du loyer et des charges. Si le locataire se libère dans le délai et selon les modalités fixés par le juge, la clause de résiliation de plein droit est réputée ne pas avoir joué; dans le cas contraire, elle reprend son plein effet »³³⁴.

La clause résolutoire est donc admise dans le contrat de bail d'habitation mais sa reconnaissance est toutefois limitée, car une clause de résiliation ne peut pas être mise en œuvre à n'importe quel moment, le bailleur doit notamment attendre deux mois, car même si l'inexécution reprochée au locataire est visée par la clause, la mise en œuvre de celle-ci n'entraîne pas automatiquement la résiliation du contrat.

235. La possibilité d'un délai.- Il est possible que le locataire demande au juge un délai supplémentaire dans lequel il s'engage à s'exécuter et donc à payer le loyer en retard, ainsi que les suivants. Par conséquent, pendant ce délai, le propriétaire ne peut plus résilier le contrat. Une fois le délai expiré, si le loyer est toujours impayé, le contrat sera rompu. Dans le cas contraire, la clause résolutoire est réputée n'avoir aucun effet comme si elle n'avait pas été mise en œuvre.

L'article L. 145-41, alinéa 2, du code de commerce donne au juge la possibilité d'accorder un délai au débiteur, le texte dispose que « *Les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil peuvent, en accordant un délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée.* »

236. Une limite jurisprudentielle.- D'un autre côté, la jurisprudence a tenu à limiter les effets de la clause résolutoire, en effet « *Si les clauses résolutoires s'imposent aux juges, leur application reste néanmoins subordonnée aux exigences de bonne foi par l'application de l'article 1134 du code civil* »³³⁵.

En matière de bail commercial, la clause résolutoire a aussi subi quelques changements : la clause est en effet régie par le décret n°53_960 du 30

³³⁴ Article 80 de la loi du 1^{er} septembre 1948.

³³⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 14 mars 1956, Bull. civ., I, n° 133, p. 107; Cass. Com, 7 janvier 1963, Bull. civ., III, n° 16, p. 14; Cass. 3^{ème} Civ., 27 mai 1987, Bull. civ., III, n° 108, p. 63.

septembre 1953 qui a été ensuite modifié par la loi du 31 décembre 1989 n°89_1008, qui précise que la résiliation de plein droit par la clause résolutoire, ne peut être admise qu'après la mise en demeure préalable du locataire.

Les effets de la clause peuvent être suspendus par le juge avant que la résolution soit prononcée; « *Toutefois, malgré le respect du formalisme imposé par le législateur, le juge pourra limiter leurs effets* »³³⁶.

Il est tout à fait possible d'insérer une clause résolutoire dans un contrat de bail commercial, mais avec l'article L. 145-41 du Code de commerce, la jurisprudence a aussi imposé des conditions qui pourraient être vues comme étant des limites; « *La résiliation de plein droit d'un bail commercial par application de la clause résolutoire implique un manquement aux obligations expressément visées dans ce bail* »³³⁷

B - LA DISTINCTION ENTRE CLAUSE RÉSOLUTOIRE ET RUPTURE JUDICIAIRE

237. La différence entre les deux modes.- La doctrine française a depuis fort longtemps distingué entre clause résolutoire - aussi appelé rupture extrajudiciaire - et rupture judiciaire. La différence majeure entre les deux est l'existence d'un accord de volontés entre les parties, qui constitue le critère essentiel de la clause résolutoire. Le contrat sera rompu en cas d'inexécution de plein droit, mais la distinction la plus marquante entre les deux systèmes est le rôle joué par le juge.

Comme son nom l'indique, la rupture judiciaire implique l'autorité du juge qui lui seul a le pouvoir de résoudre un contrat. L'anéantissement des conventions alors réside dans sa propre volonté, tandis que dans la clause résolutoire, le juge n'a pratiquement aucun rôle important dans sa mise en œuvre : il ne peut ni l'arrêter, ni la suspendre³³⁸, il sera forcé de la constater. Toutefois le législateur lui confère un pouvoir de contrôle de

³³⁶ C. BOISMAIN, « Les limites des clauses résolutoires insérées dans les baux commerciaux », Petites affiches, 2011, n° 236, p. 16.

³³⁷ Cass. 3^{ème} Civ., 15 Septembre 2010, n° 09-10339.

³³⁸ Cela n'est pas dans le cas où la clause résolutoire est mis en œuvre d'une façon abusive, le juge pourra alors l'annuler ou la suspendre.

l'existence effective de l'inexécution citée dans le contrat, son rôle est donc beaucoup moins important.

« Selon une ancienne doctrine, l'origine de la résolution judiciaire résiderait dans la clause résolutoire. Systématiquement stipulée, cette clause aurait fini par être sous-entendue. La volonté des parties constitue alors le fondement de la résolution judiciaire »³³⁹.

Une autre partie de la doctrine estime que la rupture du contrat est la sanction du non-respect de l'engagement. Toute la doctrine ancienne ou moderne est d'accord sur le fait qu'on ne peut admettre une clause résolutoire tacite.

La clause reste une sanction convenue dans le contrat pour son inexécution.

238. La base.- La rupture par la clause résolutoire est régie non pas par la loi mais par la volonté d'instaurer une sorte de code de bonne conduite contractuelle, qui sort complètement du contrôle de la loi et du juge, alors que la rupture judiciaire est régie par l'article 1184 du code civil, qui pose les principes d'une rupture et d'une sanction légale de l'inexécution des obligations contractuelles, la source de cette rupture est donc l'article 1184 du code civil. La clause résolutoire joue pratiquement le même rôle que : la sanction d'une inexécution contractuelle, mais sa source et ses principes sont d'origine conventionnelle, ce sont les parties qui posent les principes et les modalités d'application.

239. La mise en œuvre.- La différence la plus significative entre la clause résolutoire et la rupture judiciaire, réside dans les modalités de mise en œuvre.

La clause résolutoire s'opère de plein droit, du fait que l'inexécution visée dans le contrat est constatée, la partie victime du manquement peut rompre la convention sans intervention préalable du juge, alors que la rupture judiciaire s'opère d'une façon complètement inversée : dès qu'une partie au contrat est victime d'une inexécution, il ne peut rompre le contrat de plein droit, il doit passer par le juge, seul ce dernier a le pouvoir d'apprécier et de constater l'inexécution et de décider éventuellement la rupture du contrat, il peut assortir la rupture du contrat d'une sanction supplémentaire.

Le juge, en effet, en plus de sanctionner le débiteur défaillant par l'anéantissement de la convention, peut le condamner à verser des dommages et intérêts, pour que la victime puisse faire face au préjudice que lui a causé son cocontractant.

³³⁹ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 35.

Alors que dans la clause résolutoire, l'ultime sanction et la seule de l'inexécution est la résiliation du contrat, la victime du manquement ne peut pas obliger son débiteur à lui verser une indemnité compensatoire, pour le préjudice et la perte économique que lui a causés l'inexécution des obligations.

« Il s'avère que si l'on ne prend en compte que l'exclusion du juge, il n'existe pas de différence essentielle entre une clause limitant les pouvoirs du juge et une clause qui opère de plein droit, car toutes les deux permettent de faire obstacle à l'appréciation judiciaire de la gravité de l'infraction.

(...) Pourtant, d'importantes conséquences pratiques dépendent de la distinction entre la clause résolutoire et l'article 1184 du code civil »³⁴⁰ définissant la rupture judiciaire du contrat.

SECTION 2 - LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE

240. L'utilité du contrôle.- L'objectif de la clause résolutoire est de mettre fin à un contrat en cas d'inexécution, cet anéantissement se fait de plein droit sans intervention préalable du juge, le rôle de ce dernier en est réduit « à constater une résolution qui s'est effectuée en dehors de lui »³⁴¹, il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation que lui avait accordé autrefois le législateur, en matière de résolution judiciaire.

Ce principe connaît une évolution, dans un souci de protection des parties et de leurs intérêts, et dans le but de lutter contre les abus de droit, le législateur a tenu à accorder au juge des prérogatives : il dispose d'un pouvoir de contrôle, éventuel et a posteriori, certes, mais très efficace pour dissuader toute tentative de fraude ou d'abus, le juge qui s'est fait sortir par la porte semble alors, revenir.

Après avoir perdu son pouvoir d'appréciation par l'admission de la clause résolutoire, il le récupère par nécessité.

³⁴⁰ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit, p. P35.

³⁴¹ Ibid.

Le juge doit, en effet, contrôler que l'inexécution, fait générateur de la résiliation, est stipulée dans le contrat (**§ 1**) ainsi que l'attitude du débiteur comme celle du créancier et en particulier, sa bonne foi (**§ 2**).

§ 1 - LE CONTRÔLE DE LA RÉGULARITÉ FORMELLE DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE

241. le contenu du contrôle.- En cas de présence d'un litige entre les parties, le juge saisi, ne va pas apprécier l'opportunité de la clause résolutoire, mais plutôt examiner son contenu, c'est-à-dire qu'il vérifiera la licéité de la clause par la vérification de son contenu (**B**).

Le juge doit ainsi s'assurer que la clause ne comporte aucun caractère abusif, et dans un souci de protéger la partie faible au contrat, il s'assurera de la validité de celle-ci (**A**).

A- LA VÉRIFICATION DE LA LICÉITÉ DE LA CLAUSE : LA PRÉVENTION DES CLAUSES ABUSIVES

242. Les clauses abusives.- Le législateur français a donné toute la liberté dans la conclusion et la rédaction des contrats.

En effet « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* »³⁴²

Il veille à ce que cette liberté ne soit pas en faveur d'une partie vis-à-vis de l'autre, par conséquent, il doit lutter contre toute clause abusive ou excessive. La connaissance de la notion des clauses abusives est indispensable (**1**), dans le but de mettre en place la sanction judiciaire de la clause résolutoire abusive la plus équitable (**2**).

³⁴² L'article 1102 de l'ordonnance du 10 février 2015.

1 - LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE

243. Présentation.- Afin de bien lutter contre les clauses abusives, il est néanmoins nécessaire de définir d'un côté la clause abusive et de l'autre côté, les caractéristiques d'une clause résolutoire abusive **(a)**.

Il faut en quelque sorte connaître une maladie pour décider d'un remède efficace **(b)**.

a - LA DÉFINITION D'UNE CLAUSE ABUSIVE

244. Distinctions.- L'article L. 132-1 du code de la consommation stipule que : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* »

Cette définition a été introduite dans le code de la consommation par une loi de 1995. Elle est différente, dans sa formulation, de la définition antérieure, qui datait de 1978, mais l'interprétation est restée fondamentalement la même.

La loi de 1995 a transposé en droit français la directive européenne de 1993 concernant les clauses abusives. La transposition, cependant, n'est pas une copie conforme.

Article 3-1 de la directive de 1993 : « *Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* ».

La loi française transpose fidèlement la notion de déséquilibre significatif, mais elle ne reprend pas deux éléments, de la définition européenne : la négociation individuelle et l'exigence de bonne foi, ce qui conduit à élargir, au moins en théorie, le concept de clause abusive.

Le législateur français avait le droit, en 1995, d'élargir la définition, car la directive de 1993 opère une harmonisation " *minimale* ". Les choses pourraient changer, car une proposition de directive, déposée en 2008, prévoit une harmonisation " *complète* ". Si la nouvelle directive est adoptée, le législateur français devra probablement modifier la définition des clauses

abusives. Mais ce sera une modification formelle, sans grande conséquence pratique. L'Ordonnance du 10 février 2016 comme les autres projets de réforme précédents³⁴³ précise dans son article 1169 qu' «*Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* » .

b - LES CARACTÉRISTIQUES DE LA CLAUSE RÉGULATOIRE ABUSIVE

245. L'utilité de la caractérisation.- La loi du 1^{er} février 1995 précise, par l'article 4.2 de la directive du 5 avril 1993, modifiée le 1 décembre 2010, affirme que « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa, ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert* »³⁴⁴. L'obligation de coexistence entre la liberté contractuelle et la nécessité d'un équilibre entre les droits et

³⁴³ Projet *CATALA* : art. 1122-2 : « (...) la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée » ; Projet *Terré* : art. 67 : « (...) la clause non négociée qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande » ; voir aussi, l'article 4.110 des Principes du droit européen des contrats (commission *Lando*), qui précise que les clauses abusives sont les clauses : « qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle (1) Une clause qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle peut être annulée par une partie si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elle crée à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clause du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion. (2) Le présent article ne s'applique pas : (a) à une clause qui définit l'objet principal du contrat, pour autant que la clause est rédigée de façon claire et compréhensible ; (b) ni à l'adéquation entre la valeur respective des prestations à fournir par les parties ». Art. 30 de l'avant-projet de Code européen des contrats (projet *Gandolfi*) : « (...) 4. Dans les conditions générales du contrat, prévues à l'article 33, sont sans effet, si elles ne sont pas expressément approuvées par écrit, les clauses qui établissent en faveur de celui qui les a préparées des limitations de responsabilité, la faculté de se désister du contrat ou d'en suspendre l'exécution, ou qui prévoient à la charge de l'autre contractant des déchéances, des limitations à la faculté d'opposer des exceptions, des restrictions à la liberté contractuelle dans les rapports avec les tiers, la prorogation ou le renouvellement tacite du contrat, des clauses compromissaires ou des dérogations à la compétence de l'autorité judiciaire ».

³⁴⁴ V. en ce sens. Cass. 1^{ère} Civ., 13 décembre 2012, n° 11-27.631 , LEDC 2013. Comm. 28, obs. Bernheim-Desvaux ; RDC 2013. 489, chron. Rochfeld, respecte quant à elle la liberté contractuelle. Le droit européen enseigne que l'exclusion du contrôle des clauses portant sur la définition de l'objet du contrat et sur la fixation du prix constitue une « exception au système de protection », mis en œuvre par la directive contre la « situation d'infériorité » du consommateur, exception qui doit donc être interprétée de façon stricte (CJUE 30 avr. 2014, Árpád Kásler, aff. C-26/13 , pts 40 et 42 ; D. 2014. Actu. 1038.

obligations des parties³⁴⁵, impose la mise en place d'une caractérisation des clauses résolutoires abusives. L'article L. 442-6 I. 2 du Code de commerce, issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 précise qu' « *Ainsi, on ne la retiendra, lorsqu'elle apparaît entre professionnels, qu'à la condition qu'ait été vérifié, outre l'élément objectif résultant d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, l'élément subjectif : c'est-à-dire qu'elle fut imposée ou qu'il y ait eu tentative de l'imposer à l'autre* »³⁴⁶. La détermination des caractéristiques de la clause résolutoire abusive a permis au juge d'acquiescer de nouvelles prérogatives voire de nouveaux pouvoirs. L'intérêt de cette détermination est de lutter efficacement contre ces clauses résolutoires dites abusives.

Il faut savoir que depuis la loi sur la protection et l'information des consommateurs, à propos des produits et de services du 10 janvier 1978, la lutte contre ces clauses a connu une grande évolution. Le juge dispose à présent du pouvoir de sanctionner une clause abusive en matière de droit de consommation. Ce droit l'a en quelque sorte obligé à trouver une bonne définition, et surtout à bien caractériser une clause abusive, cette caractérisation pouvait être étendue aux autres contrats de droit civil et commercial.

246. Critère de la loi.- L'article L132-1 du code de consommation a énoncé certains critères d'une clause abusive. La nouveauté est que le juge dispose du pouvoir d'apprécier le caractère de ces clauses, même si ces dernières ne constituent pas une clause abusive au regard du décret en application de l'article L132-1 du code de consommation.

Ce dernier se base sur les critères de cet article pour définir si une clause résolutoire est réputée abusive ou pas, il les apprécie à partir des critères légaux.

L'article L132-1 du code de la consommation précise que « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

³⁴⁵ R. BOFFA, « Juste cause et injuste clause », D. 2015, p. 335.

³⁴⁶ F. BICHERON, « N'abusons pas de la clause abusive », Gaz. Pal, 2015, p. 24.

Par cette définition des clauses, faite par l'article L132-1 du code de la consommation, on peut déterminer les caractères d'une clause résolutoire abusive.

Cette définition ne concerne donc pas les clauses insérées dans un contrat après négociation entre les contractants.

La loi précise que le juge a le pouvoir d'appréciation du caractère abusif d'une clause résolutoire, en prenant en compte les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu.

247. L'appréciation judiciaire.- Même si la clause insérée a été négociée avant la signature du contrat, cela n'empêche pas celle-ci –c'est-à-dire la clause- de comporter un caractère abusif, car même si elle est négociée, rien ne peut assurer l'inexistence d'un déséquilibre entre les parties, par rapport à la puissance économique de l'une des parties, qui pourrait profiter de la faiblesse de l'autre, de sa situation économique un peu désastreuse, pour lui imposer une clause résolutoire dans la convention.

« La notion de "déséquilibre significatif" au détriment du consommateur doit être appréciée à travers une analyse des règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties, afin d'évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur »³⁴⁷.

Force est de constater qu'en tenant compte de ces situations, le juge doit apprécier le caractère abusif d'une clause résolutoire en examinant le contenu de celle-ci, et non seulement, la raison pour laquelle elle a été insérée dans le contrat.

« La substitution des termes de "déséquilibre significatif" à ceux "d'avantage excessif" employés par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 n'est pas en revanche de nature à modifier la définition de la clause abusive. C'est en effet, en octroyant un avantage jugé disproportionné par rapport à ce que le juge estimera raisonnable que le professionnel déséquilibre le contrat à son profit »³⁴⁸.

Partant de ce raisonnement, une clause résolutoire abusive est une clause qui déséquilibre un contrat d'une façon très importante à l'avantage d'une seule partie.

³⁴⁷ CJCE, 14 mars 2013, Mohamed Aziz, aff. C-415/11, RTD eur. 2013. Chron. 559, obs. Aubert de Vincelles

³⁴⁸ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 57.

248. Exemple.- Par exemple, si les contractants décident d'insérer une clause dans un contrat qui stipule, qu'une partie peut être sanctionnée en cas d'inexécution de ses obligations, mais que ces sanctions ne touchent qu'une seule partie, donc si l'autre partie n'exécute pas les siennes, les sanctions ne seront pas les mêmes, autrement dit, la clause résolutoire n'a aucun effet dans ce cas-là. La victime du manquement, désireuse de rompre le contrat, doit passer par la procédure habituelle, c'est-à-dire, la résolution judiciaire, dans le cas contraire, alors que pour l'autre, la rupture va être prononcée unilatéralement et de plein droit du fait de l'existence de cette clause résolutoire, qui sanctionne à sens unique.

Les rapports de force dans ce genre de clause ne sont pas les mêmes, que dans les clauses résolutoires " normales ", ceci peut donc provoquer un déséquilibre entre les parties.

On trouve ce genre de clause plus dans les contrats du droit de la consommation où, le plus souvent, le consommateur ou le non professionnel est sanctionné pour l'inexécution d'une de ses obligations alors que les manquements du professionnel ne sont pas visés par la clause résolutoire. La clause résolutoire doit avoir un aspect de réciprocité, elle ne doit en aucun cas toucher une partie plus que l'autre, ou tout simplement une partie et pas l'autre. L'avantage que confère la clause résolutoire doit être le même pour les deux parties, sans favoriser l'une sur l'autre, ce qui par conséquent ne doit pas créer un déséquilibre.

249. Le rôle du juge.- Le rôle du juge est clair et précis, et son intérêt est incontestable : il s'assure et veille à ce que les clauses ne présentent aucun avantage pour une partie, et négligent les intérêts de l'autre.

Le but étant de garantir l'inexistence d'un déséquilibre, le contrôle judiciaire demeure indispensable.

L'appréciation judiciaire des critères d'une clause résolutoire abusive ne reste pas une mince affaire, dans ce domaine le législateur a tenu à ce qu'on donne au juge toute la liberté : c'est bien le juge qui portera un jugement sur les bénéfices que tire chaque partie du contrat et qui décidera en l'occurrence si la clause crée ou pas un déséquilibre.

Dans les cas où une partie rédige un contrat sans prendre en compte les règles **édictees** par la loi, et d'une manière à ce qu'il soit plus avantageux pour lui, il est clair que la clause résolutoire présente un caractère abusif, et son comportement peut traduire un abus, car la clause a pour but de déroger aux règles édictees par la loi et la jurisprudence pour, la rupture du contrat.

250. Précision.- Ce qu'il faut savoir c'est que « *Lorsque [une] prérogative unilatéralement stipulée [dans le contrat] n'est pas un droit au sens strict du terme, mais plutôt un avantage ou une faveur, il arrive alors que la symétrie soit impossible à mettre en place ou qu'elle n'ait pas de sens, notamment parce qu'elle ne présente aucun intérêt pour le non-professionnel ou consommateur [...]. La qualification de clauses abusive sera ainsi écartée à chaque fois que la stipulation unilatérale d'une prérogative au profit du professionnel est, par ailleurs, pondérée par une clause qui aménage une contrepartie, de nature différente, en faveur de son cocontractant* »³⁴⁹.

D'un autre côté, si une clause insérée dans le contrat donne au professionnel un pouvoir unilatéral, elle peut être considérée comme étant abusive, sauf si le contrat offre aussi au consommateur la possibilité de se délier à tout moment³⁵⁰.

La Cour de cassation dans son arrêt du 20 mars 2013 avait qualifié de clauses abusives, celles dites de « *Laisser croire* »³⁵¹, ces clauses peuvent pousser le consommateur à l'erreur concernant ces droits³⁵².

2 - LA SANCTION JUDICIAIRE DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE ABUSIVE

251. Un sanction méritée.- « *Si la chasse aux clauses abusives intègre le droit commun, c'est à la condition qu'elles n'aient pas été librement négociées. Et c'est à cette condition seulement qu'il serait admissible que la prohibition des clauses abusives intègre le droit commun pour que soit sauvegardé le principe de la liberté contractuelle* »³⁵³ et ainsi sanctionner la partie responsable, en effet, si la clause résolutoire

³⁴⁹ PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, thèse, Paris II, 2013, n° 422.

³⁵⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Clauses abusives* », Dalloz, 2014, n° 42. V. en ce sens; Cass. 1^{ère} Civ., 28 mai 2009, n° 08-15.802, Bull. civ., I, n° 110 ; RDC 2009. 1430, note Fenouillet; Cass. 1^{ère} Civ., 8 janvier 2009, n° 06-17.630; CCC 2009. Comm. 85, obs. Raymond ; RTD com. 2009, p. 418, obs. Legeais

³⁵¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, op. cit., n° 43.

³⁵² Cass. 1^{ère} Civ., 20 mars 2013, n° 12-14.432, Bull. civ., I, n° 53 ; D. 2013. AJ 832 ; Dalloz actualité, 3 avril 2013, obs. Delpech, qui juge, dans un contrat de réparation automobile qu'une clause ambiguë a pour effet de laisser croire au consommateur que l'utilisation de pièces non d'origine emporte en toute hypothèse exclusion de la garantie conventionnelle.

³⁵³ R. BOFFA, « *Juste cause et injuste clause* », D. 2015, p. 335.

est avérée abusive, le créancier s'expose à des sanctions qui restent sous l'appréciation exclusive du juge³⁵⁴.

« *En droit de la consommation [par exemple], la notion de "clauses abusives" est contrôlée par la Cour de cassation. Mais s'il en est ainsi, c'est parce que les contrats sont pour la plupart standardisés et que les clauses types sont récurrentes et connues* »³⁵⁵, et le texte du projet de réforme touchera en principe tous les types de contrat³⁵⁶.

Pour que le juge récupère son pouvoir de sanction, il doit comme nous l'avons déjà démontré, déterminer si la clause résolutoire est réputée abusive ou pas. Si la réponse est négative, le juge ne dispose d'aucun pouvoir de l'annuler.

En revanche s'il s'avère que la clause est abusive, le juge dispose d'un panel de sanctions, qui sont beaucoup moins importantes que les sanctions en cas de rupture unilatérale abusive.

Bien que la question des sanctions en cas de clauses résolutoires abusives, n'avait fait l'objet d'aucun texte de loi ni de décrets, elle reste de la compétence exclusive du juge, qui peut dans certains cas- plus spécialement concernant les contrats en droit de la consommation- ordonner la suppression de la clause résolutoire **(a)** ou bien tout simplement l'annuler **(b)**.

a - LA SUPPRESSION DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE EN DROIT DE LA CONSOMMATION

252. Une suppression réservée.- Dans l'article L421-6 du code de la consommation, on peut trouver clairement que les associations de protection des consommateurs ont la possibilité d'obtenir du juge « *La suppression des clauses résolutoires abusives dans les modèles de conventions habituellement proposées par les professionnels aux consommateurs* »³⁵⁷.

³⁵⁴ En ce sens, R. BOFFA, « Juste cause et injuste clause », op. cit, n° 23.

³⁵⁵ F. BICHERON, « N'abusons pas de la clause abusive », Gaz. Pal, 2015, p. 24.

³⁵⁶ v. en ce sens . Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les clause abusives: on attendait Grouchy... », Dr et patr., oct. 2014, p. 59.

³⁵⁷ Loi N°88-14 du 5 janvier 1988, loi relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs JCP 1988. III, 61052.

La Cour de cassation dans une affaire du 6 janvier 1994 affirme que ces associations ont la possibilité d'entamer une action en justice, et d'intervenir dans le cas de l'existence d'un contentieux entre un professionnel et un non professionnel ou un consommateur, ce pouvoir –d'intervention- a pour but la dissuasion de l'utilisation ou de l'emploi de la clause résolutoire abusive des professionnels dans les contrats de consommation.

Il est clair que le législateur tient à ce que, toutes les clauses abusives soient attaquées, par souci de lutter contre les clauses résolutoires, qui privilégient une partie vis-à-vis de l'autre : « Désormais les documents le plus souvent proposés aux consommateurs, sont appelés à être exempts de telles clauses. L'intervention des associations de consommateurs est d'autant plus efficace qu'il faut admettre, conformément à la lettre et à l'esprit du texte, que leur action peut être dirigée contre les rédacteurs des contrats eux-mêmes, et non seulement contre le professionnel qui les utilise »³⁵⁸.

253. Une inefficacité.- Force est de constater que, même si le législateur a tenu à assurer la protection des consommateurs contre des clauses résolutoires abusives, il n'en est pas moins vrai que la procédure judiciaire reste le moyen le plus efficace, car la décision ne produit d'effet qu'entre les parties. Si un consommateur a saisi le juge pour une affaire de clause abusive, la décision de justice ne concerne que les parties au procès, autrement dit le professionnel peut très bien utiliser la même clause mais avec un autre consommateur ou non professionnel, sans que celui-ci [le professionnel] ne soit condamné une seconde fois, à moins que ces associations ne traquent ce professionnel, aucun autre moyen n'existe pour le forcer à ne plus utiliser ladite clause, il continuera par conséquent à employer ces clauses dans ses contrats.

l'Ordonnance du 10 février 2016 ne contient malheureusement pas de disposition spéciale qui concernerait les clauses abusives.

254. Conclusion.- Il faut préciser que même si le professionnel modifie la clause, cela ne le met pas à l'abri d'une nouvelle assignation en justice, il suffit que cette modification manque de clarté ou de précision pour qu'elle soit à nouveau considérée comme étant abusive.

Il n'existe aucun texte de loi pour sanctionner une clause qui a fait l'objet d'une suspension, cela laisserait entendre que le consommateur, au lieu de demander la suppression d'une clause, dispose aussi d'une possibilité d'en demander l'annulation.

³⁵⁸ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 62.

b - L'ANNULATION DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE

255. Une sanction satisfaisante.- Dans son arrêt du 16 juillet 1987 et du 14 mai 1991, la première chambre civile de la Cour de cassation affirme que le juge dispose d'un pouvoir d'apprécier si la clause résolutoire est réputée abusive ou pas, et en même temps, de décider de sa nullité³⁵⁹ en application de la loi de 1978.

La Cour a réaffirmé sa position dans l'affaire du 26 mai 1993, où elle précise que dans un souci de protection des parties, contre les clauses résolutoires abusives, le juge dispose du pouvoir de définir, et de qualifier une clause d'abusives, et éventuellement de l'annuler. En effet, « *Les clauses abusives sont réputées non écrites. Mais le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses* »³⁶⁰.

Le professeur Alain BENABANT précise que pour caractériser une clause d'abusives, le juge doit se référer aux termes de l'article L132-1 du code de consommation³⁶¹ qui stipule que : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

Il nous semble donc judicieux de préciser que la loi du 1^{er} février 1995 et la loi n°95-96 relatives aux clauses abusives, ne disposent d'aucun article dans lequel, elles accordent au juge un pouvoir de qualification et d'annulation des clauses résolutoires abusives, mais en même temps, que ces lois ne l'interdisent en aucun cas. Elles n'empêchent nullement le juge d'exercer ce pouvoir, il a donc une autorisation indirecte de définir le caractère abusif d'une clause et par conséquent, de la sanctionner en vertu de l'article L132-1 du code de la consommation.

« *Il faut également tenir compte de l'article 4 du décret n°93-314 du 10 mars 1993, qui paraît reconnaître le pouvoir du juge de déclarer une clause*

³⁵⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 16 juillet 1987 .D.1988, 49, note J.CALAIS-AULOY ; D. 1988, 1; Cass. 1^{ère} Civ., 14 mai 1991.D. 1991, 449, note GHESTIN Rép. Def 1991, 1^{ère} partie art 35142, p. 1268.

³⁶⁰ Fiches d'orientation Dalloz, Clause abusive, Dalloz, Mai 2013.

³⁶¹ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 64.

abusives, en précisant qu'il peut demander l'avis de la commission des clauses abusives »³⁶².

256. La condition.- Pour être sanctionnée, la loi exige une action en justice, ce qui rend le consommateur un peu hésitant à l'idée d'entamer une procédure judiciaire, pour une clause résolutoire abusive, vu que le coût et la lenteur de la procédure auront peut-être raison de lui, l'enjeu du litige est beaucoup moins important que le coût éventuel de la procédure, il est dès lors plus avantageux pour le consommateur d'entamer une procédure en résolution, qu'une demande en annulation d'une clause résolutoire.

257. L'effet de l'annulation.- D'une façon générale, le juge s'il constate que la clause résolutoire utilisée dans un contrat est abusive, et sanctionne son auteur par son annulation, celle-ci ne produira aucun effet sur le contrat et ce dernier doit être exécuté d'une façon tout à fait normale.

En cas de contestation ou de litige entre les parties, l'auteur de la clause résolutoire abusive, n'encourt aucune sanction, hormis le maintien du contrat, et l'annulation de la clause en question, il ne peut être condamné à verser des dommages et intérêts à l'autre partie, ou encore, à anéantir le contrat à son tort. Dans le cas contraire, si la clause résolutoire n'est pas réputée abusive, le juge ne peut que constater la rupture de plein droit du contrat sans qu'il puisse intervenir pour l'annuler ou la supprimer.

B - LA VÉRIFICATION DE LA VALIDITÉ DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE

258. Un rôle limité.- *« L'insertion d'une clause résolutoire expresse dans le contrat permet au créancier d'éviter de recourir au juge pour prononcer sa résolution. Celui-ci ne dispose plus en effet d'aucune marge d'appréciation lorsqu'il statue, parce qu'il doit se borner à constater la résolution du contrat. Ce sont donc les parties seules qui fixent la mesure de l'inexécution du contrat permettant de sanctionner le comportement du débiteur »*³⁶³.

Cette liberté de décision peut amener une partie à abuser de la faiblesse de l'autre ou de sa confiance, le législateur a donc tenu à mettre en place des

³⁶² A. BENABANT, *Droit des obligations*, 13e édition, LGDJ, 2012, p. 83; dans ce sens MALAURIE et AYNES, p. 332, MAZEAU et CHABAS, p.791.

³⁶³ J. GHESTIN et autres : *traité de droit civil, les effets du contrat*, 3^{ème} éd, LGDJ, Paris, 2001, p. 642.

conditions de validité et, de cette façon, le juge ainsi assure et protège les droits des parties.

Le contrôle judiciaire de la validité de la clause résolutoire, a donc pour but de protéger la partie faible au contrat, d'éviter tout abus et d'assurer les intérêts des contractants. Le juge vérifie avant tout, que le manquement reproché au débiteur est bien précisé dans le contenu de la clause résolutoire³⁶⁴ qui par la suite réifiera la validité de ladite clause.

Ce contrôle de validité de la clause résolutoire est avant tout, un contrôle formel de la clause, puisqu'il concerne la façon selon laquelle la clause résolutoire a été rédigée **(1)** et surtout le contrôle du respect des conditions de sa mise en œuvre **(2)**.

1 - UNE LIBERTÉ DE RÉDACTION RÉSIDUELLE

259. Un contrôle dans la formulation.- L'article 1102 de l'Ordonnance du 10 février 2016 précise que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ».

Une fois que les parties ont décidé d'insérer une clause résolutoire, le juge ne peut en aucun cas intervenir, cela veut dire que le juge doit respecter la volonté des parties.

Les parties disposent d'une liberté dans la rédaction de la clause résolutoire, si la clause ne crée pas un déséquilibre, elle ne peut être considérée comme étant abusive³⁶⁵.

La liberté des parties dans le choix de la rédaction de la clause reste toutefois contrôlée par le juge, afin d'éviter tout débordement ou abus, par conséquent, la clause doit être claire et exprimée de façon non équivoque³⁶⁶. Les parties, en effet, doivent exprimer leur volonté de faire échec à l'application de l'article 1184 du code civil, d'une façon très claire et qui ne

³⁶⁴ V. J-B. SEUBE, RDC 2011, p. 173; voir aussi Cass. 3^{ème} Civ., 15 septembre 2010, n° 09-10339, la Cour précise que « La résiliation de plein droit d'un bail commercial par application de la clause résolutoire implique un manquement aux obligations expressément visées dans ce bail ».

³⁶⁵ Comme nous l'avons déjà développé dans le développement précédent.

³⁶⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 15 novembre 1986, n° 84-15705, Bull. Civ., I, n° 279, RTD Civ. 1987, p. 313. obs. J. MESTRE « la clause résolutoire de plein droit qui permet aux parties de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation des juges, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges recourent leur pouvoir d'appréciation » Cass. 3^{ème} Civ., 12 octobre 1994, n° 92-13211 Bull. civ., III, n° 178.

laisse planer aucun doute sur **leurs intentions**, dans le cas contraire, le juge récupère son pouvoir d'appréciation.

260. Une rédaction claire.- Dans la rédaction de la clause, le juge s'assure que les intentions du créancier sont très claires et bien définies, et qu' aucun doute ou aucune possibilité de malentendu ne puisse apparaître, même si dans la clause, il n'a pas été mentionné que la rupture du contrat s'effectuera de " plein droit ", le plus important est que l'action du créancier soit bien précisée, faute de quoi, la clause n'aura aucun effet.

La Cour précise aussi que « *La clause résolutoire de plein droit qui permet aux parties de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation des juges, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges retrouvent leurs pouvoirs d'appréciation* »³⁶⁷. Cela sous-entend que le juge en exerçant son contrôle ne peut en aucun cas écarter une clause résolutoire claire et précise.

L'intervention du juge et son contrôle de la rédaction de la clause, s'opèrent par souci d'équité, le juge ne doit tolérer aucune clause ambiguë, qui ne mentionne pas clairement les intentions du créancier en cas de manquement. Ce contrôle garantit une sorte de protection des parties faibles au contrat, et permet d'éviter par conséquent, tout abus éventuel d'un contractant au détriment de l'autre.

Afin qu'il soit efficace, le contrôle judiciaire doit s'opérer systématiquement sur les mots utilisés pour sa rédaction.

D'une façon plus simple, le contrôle de rédaction de la clause constitue un des moyens par lequel, le juge retrouve son pouvoir d'appréciation de la résolution.

2 - L'ASSURANCE DU RESPECT DES CONDITIONS D'APPLICATION

261. Présentation.- « *Le droit positif français préfère imposer au créancier le devoir de faire respecter son droit plutôt d'imposer au débiteur l'initiative du règlement de sa dette* »³⁶⁸.

Il est clair que laisser le pouvoir de rupture des contrats par la clause résolutoire aux mains des parties, comporte des risques réels d'abus et d'injustice.

³⁶⁷ Obs. J. MESTRE, RTD Civ. 1987, p.314.

³⁶⁸ Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, p. 241.

Sans l'intervention d'une tierce personne – c'est-à-dire le juge –, les litiges entre les parties dureront toujours, chaque partie campant sur sa position, par conséquent, le plus fort est toujours le plus souvent avantagé dans ce genre de situation.

L'intervention d'une autorité compétente possédant des moyens de contrainte et de dissuasion, trancherait les litiges d'une façon plus juste et équitable.

De ce fait, le juge, pour assurer les intérêts des deux parties et éviter toute infraction et abus d'une partie envers l'autre, doit d'emblée s'assurer du respect de la mise en demeure **(a)**.

Le respect d'un délai de préavis raisonnable est aussi une obligation, la question reste toutefois très épineuse, la doctrine ainsi que la jurisprudence, reste divisées sur ce point, et émettent plusieurs réserves **(b)**.

a - LE RESPECT DE LA MISE EN DEMEURE : UNE QUESTION D'ÉTHIQUE

262. Une condition essentielle.- La question du respect de la mise en demeure préalable, constitue une épine dans les pieds de la doctrine et de la jurisprudence.

Le contrôle judiciaire serait efficace, dans les cas où les parties ont exigé au préalable dans le contrat, la nécessité de respecter une mise en demeure pour faire jouer la clause résolutoire.

Dans cette situation, la question de savoir si le juge doit opérer un contrôle concernant la mise en demeure ne se pose pas.

Son rôle se résume alors seulement au contrôle de l'existence et au respect de la mise en demeure elle-même, mais aussi au « *Respect de la forme prescrite. Si le créancier s'en écarte au détriment du débiteur* »³⁶⁹, il risque une sanction judiciaire et l'annulation du jeu de la clause résolutoire ; le créancier, en effet, doit respecter à la lettre les conditions de mise en demeure insérées dans le contrat, il ne peut pas seulement se contenter d'une assignation³⁷⁰, de même il ne peut pas adresser une simple lettre recommandée avec accusé de réception, au lieu du commandement requis³⁷¹

³⁶⁹ Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit, p. 242.

³⁷⁰ Cass. Com, 17 mars 1994, JCP 1992, I, 3608.

³⁷¹ Cass. 1^{ère} Civ., 15 juin 1994, JCP 1195, I, 3828.

dans le contrat ; à défaut, la clause résolutoire n'aura aucun effet sur la continuité du contrat, car la mise en demeure restera invalide.

263. L'exception jurisprudentielle.- La 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 février 1982 précise que, si le créancier respecte la procédure prévue dans le contrat en utilisant une formulation équivalente, la mise en demeure produira ses effets d'une façon tout à fait normale³⁷².

« *Pragmatique et sensible à une analyse téléologique, le juge est semble-t-il, avant tout préoccupé par la protection due au débiteur et par la réalité de l'atteinte dont il prétend être victime* »³⁷³.

D'un autre côté, le juge ne se contente pas du respect de la mise en demeure et du respect de la procédure prévue dans le contrat, il va aussi contrôler les mentions figurant dans la lettre de mise en demeure.

Le créancier doit dans la mise en demeure faire rappeler à son débiteur défaillant, l'existence de la clause résolutoire dans le contrat qui lui permet de rompre le contrat unilatéralement. Si ces termes ne sont pas respectés, il doit par la même occasion « *Indiquer exactement et de façon précise les manquements reprochés auxquels il doit être remédié* »³⁷⁴.

« *La clause résolutoire remplit [en présence de la mise en demeure] sa fonction comminatoire : le débiteur est informé de sa défaillance [et], du refus du créancier de la tolérer plus longtemps* »³⁷⁵.

264. Le rôle du juge.- Il s'agit aussi de savoir si le juge doit vérifier le respect de la mise en demeure et d'infliger d'éventuelles sanctions dans le cas où l'obligation de mise en demeure n'est pas stipulée dans le contrat, pour faire jouer la clause résolutoire ? La question est un peu compliquée, logiquement, le juge dans ce cas doit seulement vérifier l'inexistence de l'obligation de mise en demeure, et ne peut en aucun cas sanctionner le créancier pour le non-respect d'une démarche qui ne lui est pas obligatoire.

265. Conclusion.- Mais par souci d'équité, la mise en demeure doit être obligatoire pour la mise en œuvre de la clause résolutoire, même si le contrat ne la stipule pas clairement, elle doit être tacite, sans qu'elle figure dans le contrat, on doit la respecter. Et le contrôle doit s'opérer de la même façon que si elle est obligatoire.

³⁷² Cass. 3^{ème} Civ., 16 février 1982, Bull. III, n° 48.

³⁷³ Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ., 2004, p. 242.

³⁷⁴ Cass. 3^{ème} Civ., 28 novembre 1968, Bull. civ., III, n° 498.

³⁷⁵ Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit, p. 242.

Si les contractants ne l'ont pas prévue et veulent une rupture rapide et simple sans perdre de temps, pour des raisons d'efficacité économique du contrat, le législateur doit faire en sorte que la mise en demeure soit toujours une condition de la rupture du contrat par la clause résolutoire.

La seule chose dont le juge ne doit pas se mêler, est la durée du préavis. Le juge opérera un contrôle son respect.

Si les parties se sont mises d'accord sur la durée du préavis préalablement dans le contrat, le juge ne peut en aucun cas intervenir et le changer.

b -LE RESPECT D'UN DÉLAI DE PRÉAVIS RAISONNABLE

266. Un délai raisonnable.- Le contrôle du délai de préavis s'opère de deux manières : En premier lieu, et comme nous l'avons dit précédemment, dans le cas où les parties ont défini préalablement la durée du préavis, le juge effectue juste un contrôle sur l'existence et le respect du préavis et non pas de sa durée.

Le créancier doit, dans sa mise en demeure, préciser le délai qu'il accorde à son débiteur pour lui donner une chance, et dans l'espoir que ce dernier exécutera ses obligations.

La Cour de cassation a en effet précisé dans son arrêt du 31 octobre 1989 que pour être réputée valable, la mise en demeure doit comporter le délai imparti au contractant défaillant pour lui permettre d'exercer ses obligations et de remédier à son manquement.

Dans un second lieu, le juge est face à une situation où les contractants n'ont pas prévu de durée pour le préavis dans le contrat, en cas de mise en œuvre de la clause résolutoire.

267. Un rôle primordial du juge.- Le rôle du juge est donc plus important que dans le premier cas, non seulement il contrôlera le respect du délai de préavis lui-même mais aussi le fait que ce délai soit raisonnable. L'intérêt d'une intervention judiciaire dans ce genre de situation est incontestablement très important, pour préserver les intérêts des parties et garantir une certaine protection des parties les plus faibles au contrat.

Le juge doit alors vérifier que le créancier a bel et bien accordé à son débiteur un délai pour se conformer aux obligations, ainsi que la durée du délai accordée.

Il est inconcevable que le préavis soit d'une durée très courte : ce délai doit

être raisonnable et doit permettre vraiment au contractant défaillant de pouvoir trouver une solution aux problèmes et d'y faire face.

Il se peut que l'inexécution soit juste d'une courte durée et qu'elle mérite un peu de temps pour y remédier, le créancier doit en quelque sorte se mettre à la place de son débiteur, et lui accorder un préavis d'une durée assez raisonnable mais sans que celle-ci soit préjudiciable à sa situation.

La question qui se pose, est de savoir si le juge doit sanctionner un préavis d'une durée très courte, si la situation du créancier ne lui permet pas d'attendre longtemps. En d'autres termes : quelle sera l'attitude du juge devant un délai de grâce court mais qui fait face à une situation d'urgence ?

Il est un peu difficile de répondre à la question, le juge doit prendre en compte plusieurs facteurs.

D'une part, vu que le juge est garant des intérêts des parties, il doit en premier lieu se pencher sur la situation du créancier. Si la situation est une situation d'urgence, le délai doit être d'une durée qui lui permette de changer de partenaire, par exemple pour changer de fournisseur, car son activité stagne à cause de l'inexécution de son contractant.

D'autre part, il doit aussi prendre en compte la situation du débiteur, mais le juge ne doit, en aucun cas privilégier une partie au détriment de l'autre : s'il s'avère, par exemple que, même avec une durée très longue, le débiteur ne pourra pas s'exécuter, il est inutile de lui accorder un préavis de plusieurs semaines.

Si au contraire le débiteur a besoin de seulement quelques jours pour se conformer à ses obligations, et que cette durée ne porte pas préjudice à la situation du créancier, ce délai doit être accordé.

En accordant un délai raisonnable, le créancier exprime ainsi sa bonne foi et démontre qu'en aucun cas, il ne cherche à se débarrasser de son partenaire d'une façon irresponsable.

§ 2 - LE CONTRÔLE DE RÉGULARITÉ COMPORTEMENTALE DU CRÉANCIER

268. La nécessité d'un comportement correct.- Si le juge s'intéresse en premier lieu au contrôle de la régularité formelle de la clause résolutoire, c'est parce que le litige en général commence par une contestation sur la manière selon laquelle la clause résolutoire est mise en œuvre.

Ainsi le comportement du créancier lui aussi doit-il être contrôlé par le juge ; ce contrôle comporte en lui-même un avantage qui se résume par la détermination de l'existence réelle d'un manquement, imputable au débiteur, et à la certitude de la bonne foi du créancier dans la mise en œuvre de la clause résolutoire **(A)**.

Il apparaît que le contrôle du fond, n'est qu'une première étape d'un long contrôle judiciaire de la clause résolutoire **(B)**.

A -L'EXIGENCE DE L'IMPUTABILITÉ DU MANQUEMENT

269. Un lien direct.- Pour que le contrat soit rompu par la mise en œuvre de la clause résolutoire, la victime présumée d'une inexécution doit s'assurer que le manquement reproché à son cocontractant est bel et bien celui visé par la clause, c'est-à-dire qu'il lui faut démontrer l'existence du manquement **(1)**. « *La clause résolutoire ne peut sanctionner que les manquements expressément visés par elle* »³⁷⁶, en effet, la clause ne doit être mise en œuvre que si l'inexécution est visée dans le contrat³⁷⁷, le juge ne va pas chercher la preuve mais il va juste constater que le manquement est celui qui doit être sanctionné par la clause résolutoire, ensuite il se penchera sur le fait de savoir si l'inexécution est imputable au débiteur ou pas **(2)**.

³⁷⁶ L. RUET, *Bonne foi du bailleur et mise en œuvre de la clause résolutoire*, Defrénois, 2011, p. 486.

³⁷⁷ V. Cass. 3^{ème} Civ., 15 septembre 2010, D. 2010, p. 2225; V. aussi, Cass. 3^{ème} Civ., 24 mai 2000, Bull. civ., 2000, III, n° 110 ; LPA 2001, n° 91, p. 13, obs. C-H. GALLET, arrêt de revirement par rapport à Cass. soc., 16 déc. 1954, Bull. civ., 1954, IV, n° 818.

1 - LA PREUVE DU MANQUEMENT À L'OBLIGATION CONTRACTUELLE

270. L'existence d'une inexécution.- Si un contentieux éclate entre les cocontractants, le débat devant le juge tournera principalement autour du manquement reproché au débiteur.

Le créancier est dans l'obligation de démontrer lui-même, l'existence du manquement, et bien entendu, d'en apporter la preuve.

Il doit en effet prouver qu'il existe vraiment une inexécution et que celle-ci est visée dans le contrat.

L'obligation de la preuve varie d'un contrat à un autre, et dépend également de la nature de l'obligation.

Par exemple, « *S'il s'agit d'une obligation de résultat, le créancier doit simplement prouver que le résultat escompté n'a pas été atteint* »³⁷⁸.

Dans l'affaire du 16 février 1983, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation, précise que même si le créancier apporte la preuve, que l'objectif n'est pas celui attendu par la conclusion du contrat, le débiteur peut se défendre en affirmant qu'il a respecté ses termes, et qu'à aucun moment il n'a manqué à ses obligations.

Dans le cas où l'obligation a été exécutée dans le délai de la mise en demeure, le créancier peut éventuellement l'affirmer aussi³⁷⁹.

271. La contre preuve.- Si le débiteur conteste et prouve que l'obligation qu'on lui demandait d'exécuter est illicite ou que celle-ci n'est pas précisée dans le contrat³⁸⁰, il peut aussi, comme le précise la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation dans l'affaire du 21 novembre 1990³⁸¹, démontrer que les raisons pour lesquelles il n'a pas pu exécuter son obligation ne sont pas de son ressort, mais que la cause lui est totalement étrangère et incontournable et que , par conséquent, l'inexécution ne lui est pas imputable³⁸².

Le plus difficile pour le créancier est de prouver que le débiteur n'a pas employé tous les moyens dont il dispose pour exécuter ses obligations, ce qui, équivaut à démontrer sa mauvaise foi dans l'exécution du contrat. Il n'en est pas moins que cette situation comporte des exceptions : le

³⁷⁸ Ch. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », Rapport français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droits comparé, BRUYLANT, Bruxelles, LGDJ, 2001, Paris, p. 498.

³⁷⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 16 décembre 1986, D. 5 1988, p.173.

³⁸⁰ Cass. 3^{ème} Civ., 11 mai 1995, Bull. civ., II, n° 115, p.76.

³⁸¹ Bull. civ., III, n° 16, p. 10.

³⁸² Nous reviendrons sur ce point dans le développement suivant

créancier n'est, dans certains cas, pas obligé de rapporter la preuve du manquement de son partenaire, mais c'est au débiteur de démontrer qu'il a bel et bien exécuté ses obligations.

Par exemple, si le créancier met en œuvre la clause résolutoire pour défaut de paiement d'une vente de marchandise, il lui est difficile, voire impossible de prouver qu'il n'a pas été payé.

272. L'enjeu de l'intervention judiciaire.- Le créancier se trouve alors dans une situation un peu difficile et sans l'intervention du juge il ne peut en aucun cas apporter la preuve du manquement. Le juge joue alors un rôle très important et c'est dans ce genre de situation qu'on aperçoit l'avantage de l'intervention du juge dans la rupture du contrat : il comble alors la faiblesse de la loi et le vide juridique dans ces cas bien précis car il est injuste de priver une partie de son droit sous prétexte que le législateur n'a pas pensé et n'a pas abordé, les cas où le créancier est dans l'incapacité et l'impossibilité de prouver l'inexécution. Le juge alors va demander au débiteur de prouver le contraire, c'est-à-dire de prouver qu'il a exécuté son obligation, il doit rapporter la preuve qu'il a bien payé la somme qu'il devait car il lui est plus facile de le démontrer. Il peut montrer par exemple un historique des virements ou son relevé bancaire, prouvant que le chèque a bien été prélevé. Si le paiement est en espèces ce qui est bien sûr très rare, les choses se compliquent davantage, car ni le débiteur ni le créancier ne peuvent en apporter la preuve, le débiteur doit alors en supporter le risque et éventuellement la perte de cette somme.

Dans une affaire de juillet 1977, la Cour de cassation avait constaté la résolution d'un contrat pour défaut de paiement parce que le débiteur n'était pas en mesure de démontrer que le paiement avait bien été effectué. Il est très rare que le juge impose au débiteur de prouver l'exécution : après tout, le juge applique la loi, c'est une situation exceptionnelle et c'est seulement dans des situations pareilles que la charge de preuve est inversée.

Si le débiteur veut faire échouer le jeu de la clause résolutoire, il peut apporter la preuve de l'exécution de l'obligation soit avant soit après réception de la mise en demeure³⁸³.

Du moment que la preuve concerne l'inexécution d'une obligation, il est logique qu'elle soit à la charge du créancier.

³⁸³ Cass. Civ., 20 février 1991, Bull. civ., III, n° 62, p. 36.

2- L'IMPUTABILITÉ DE L'INEXÉCUTION : FAIT GÉNÉRATEUR DE RUPTURE DU CONTRAT

273. Une exigence capitale.- Si le créancier a la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation contractuelle, il va de soi que cette inexécution doit être imputable au débiteur.

L'inexécution constitue le fait générateur de la mise en œuvre de la clause résolutoire, si cette inexécution n'est pas imputable au débiteur, il n'est pas possible de la mettre en œuvre.

On peut se demander si, comme pour la résolution judiciaire, le créancier doit apporter la preuve de l'imputabilité de l'inexécution ou si c'est au débiteur de prouver que cette inexécution est due à une force étrangère et qu'il ne peut en aucun cas y faire face.

Pour que la clause résolutoire produise son effet, l'inexécution doit impérativement être imputable au débiteur. Dans le cas contraire, le créancier ne peut plus rompre le contrat par la clause résolutoire, faute de quoi la rupture sera considérée comme abusive.

Pour se prévaloir, le créancier doit demander la résolution judiciaire du contrat **(a)**.

Le juge intervient donc pour déterminer si une cause étrangère a empêché le débiteur d'accomplir son obligation, il s'intéressera donc à la force majeure **(b)**.

a - L'OBLIGATION DE L'IMPUTABILITÉ DE L'INEXÉCUTION AU DÉBITEUR

274. Une inexécution volontaire.- Si le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'honorer ses obligations à cause d'un événement de force majeure, le créancier est dans l'impossibilité de mettre en œuvre la clause résolutoire pour résilier le contrat.

Dans un arrêt du 22 juin 1989 de la 3^{ème} chambre civile, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui ont refusé la possibilité de rompre un contrat par le jeu de la clause résolutoire, en présence d'un événement de force majeure. En l'espèce, un locataire était victime d'une agression, les malfaiteurs lui ont volé tout son argent, il était dans

l'incapacité de payer la somme que lui réclamait le propriétaire dans le délai imparti.

Le bailleur avait tenté d'appliquer la clause résolutoire, le juge a rejeté sa demande de constater la rupture du contrat, en précisant que la non-exécution de l'obligation n'est en aucun cas imputable au débiteur, car elle est due à un cas de force majeure.

275. La responsabilité du juge.- L'intérêt de l'intervention du juge prend dès alors une importance capitale, elle se résume tout simplement par la détermination des situations, pouvant être considérées comme étant un cas de force majeure.

Un débiteur malhonnête peut en effet, pour empêcher la mise en œuvre de la clause résolutoire, se retrancher derrière un évènement qui ne lui est pas imputable pour justifier son inexécution contractuelle.

Le juge joue un rôle très important dans les situations où les conditions de force majeure font défaut³⁸⁴.

276. Exemple.- Dans une affaire du 20 novembre 1985, la Cour de cassation avait affirmé que la fermeture administrative d'un local ne pouvait être considérée comme étant un cas de force majeure. En l'espèce, un locataire d'un local commercial a fait l'objet d'une fermeture administrative, ce dernier a refusé de payer les loyers qu'il devait, sous prétexte que cet évènement l'avait empêché d'exploiter le fonds de commerce, et par conséquent, il était dans l'incapacité d'exécuter ses obligations.

Le juge avait retenu que cette fermeture ne pouvait en aucun cas rentrer dans le cadre de la force majeure qui pouvait empêcher le jeu de la clause résolutoire. La demande du locataire de ne pas constater la résolution du contrat a été rejetée et le contrat rompu.

Le débiteur pouvait en effet éviter la fermeture administrative de son local s'il s'était conformé à ses obligations administratives ; la cause ne lui était en quelque sorte pas étrangère car il aurait pu éviter la sanction. Le juge a estimé que la cause de son inexécution contractuelle n'était pas un cas de force majeure.

Précédemment, la Cour dans un arrêt du 14 mai 1969 avait pris une décision en ce sens, elle avait affirmé que l'incarcération d'un débiteur ne pouvait pas constituer un cas de force majeure. Selon la Cour la force majeure est une force étrangère à la volonté du contractant qui l'empêchait par conséquent de satisfaire à ses obligations.

³⁸⁴ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 74.

Le débiteur ne pouvait donc pas empêcher la rupture du contrat, en justifiant que son inexécution était due à son incarcération.

Cette incarcération ne constitue pas un fait qui lui est étranger, car il aurait pu l'éviter³⁸⁵.

Ne peut pas aussi, selon la Cour de cassation, être considéré comme étant un cas de force majeure, pouvant faire obstacle à la mise en œuvre de la clause résolutoire, le fait que les meubles garnissant un local, avaient été saisis et vendus³⁸⁶ car cela ne pouvait pas empêcher le commerçant de poursuivre son activité normalement, cet incident pouvant être surmonté.

De même si ce dernier est victime du vol de ses meubles³⁸⁷.

On comprend très bien que seule la force majeure qui réside dans un fait étranger aux contractants, peut empêcher l'application et la mise en œuvre de la clause résolutoire, le juge a la charge de déterminer si l'évènement est bel et bien un fait étranger aux parties. Il assure alors le respect des obligations contractuelles et garantit les intérêts des deux parties.

La clause résolutoire doit conserver son caractère de sanction punitive d'une inexécution contractuelle, imputable au débiteur.

On se demande alors si l'inexécution d'un tiers peut être imputable au débiteur ?

277. L'inexécution du tiers. La réponse comporte deux parties ; elle est positive si le débiteur est responsable du tiers qui n'a pas exécuté l'obligation, car il était convenu que ce dernier ferait le travail en son nom. Un industriel ne peut pas justifier par exemple l'inexécution d'une obligation sous prétexte que son employé n'a pas fait son travail correctement, ou bien un fournisseur ne peut pas également justifier la non livraison d'une commande parce que son livreur était en grève.

La réponse peut aussi être négative si le fait du tiers n'a d'effet exonératoire que, s'il présente les caractères de la force majeure, ce qui suppose un tiers totalement étranger au débiteur de l'obligation³⁸⁸.

L'autre question qui se pose est de savoir si les difficultés d'exécution pouvaient constituer une raison pour faire obstacle à l'application de la clause résolutoire.

³⁸⁵ Cass. 3^{ème} Civ., 14 mai 1969, B, III, n° 187, p. 297.

³⁸⁶ Cass, 27 mai 1963, B, III, n° 251, p. 206.

³⁸⁷ Cass. Civ., 6 novembre 1973, D. 1973, IR 5.

³⁸⁸ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 74.

b - LA FORCE MAJEURE : UN OBSTACLE À LA MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE RÉGULATOIRE

278. L'obstacle à la mise en œuvre.- Un arrêt de la Cour de cassation du 17 février 2010 affirme que la force majeure faisait obstacle à la mise en œuvre de la clause résolutoire ; en l'espèce, elle affirme qu' *«Ayant constaté que la société Gudule justifiait avoir mis en place deux ordres de virement permanent dès le 28 mars 2006 auprès de la banque HSBC et de la banque CIC, que les virements avaient été effectués sans problème par la banque HSBC, le dernier virement effectué par la banque CIC ne l'ayant été que le 4 septembre 2007 en raison d'un incident technique, que l'ordre donné par la société Gudule précisait que le virement devait être effectué le 25 de chaque mois du 25 avril 2006 au 25 août 2007, que l'ordre mentionnant que le virement était effectué sans contrôle du solde impliquait un découvert autorisé, que le problème informatique auquel s'était trouvée confrontée la banque était la seule cause du non-respect du règlement de la dernière mensualité, que cet événement était imprévisible dès lors que l'ordre de virement avait été donné pour le 25 de chaque mois avec une marge suffisante pour permettre au virement d'être crédité sur le compte Carpa du conseil du créancier au plus tard le 1^{er} de chaque mois et qu'aucun incident n'avait eu lieu pendant dix-sept mois, qu'il était irrésistible pour la débitrice en raison de la période estivale et de fin de semaine au cours de laquelle l'incident technique s'était produit empêchant tout paiement par un autre moyen avant le terme fixé pour autant que la société en eût été immédiatement informée, ce qui n'avait pas été le cas, que cet incident était survenu dans le système informatique de la banque totalement extérieur à la débitrice elle-même, la cour d'appel, qui a exactement retenu que cet événement constituait un cas de force majeure pour la débitrice, a pu en déduire que le commandement de quitter les lieux et le procès-verbal de tentative d'expulsion devaient être annulés »*³⁸⁹.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation dans sa décision du 16 avril 1986 a répondu négativement à la question posée dans le développement précédent, à savoir : si les difficultés d'exécution pouvaient constituer une raison pour faire obstacle à l'application de la clause résolutoire. Elle a en effet censuré une Cour d'appel qui a refusé l'application de la clause résolutoire en raison de *« Difficultés sérieuses indépendantes du*

³⁸⁹ Cass. 3^{ème} Civ., 17 février 2010, n° 08-20943.

comportement du locataire qui l'a empêché d'exécuter son obligation alors que seul un évènement revêtant un caractère de force majeure était de nature à justifier sa décision »³⁹⁰.

Il est clair que la force majeure constitue une raison pour laquelle une clause ne peut pas être appliquée.

279. La règle de loi.- L'article 1147 du code civil et l'article 1148 du même code précisent que la responsabilité contractuelle d'un contractant est écartée en présence de la force majeure, on ne peut donc pas lui reprocher un éventuel préjudice que son manquement aurait provoqué, et « *La jurisprudence étend à la clause résolutoire la règle de l'article 1147, pourtant formellement limitée à la responsabilité, et subordonne son exercice à l'existence d'une inexécution qui soit " imputable " au débiteur* »³⁹¹, elle a en effet, dans plusieurs arrêts, admis que les effets de la clause résolutoire ne pouvaient être produits, si l'inexécution n'était pas imputable au débiteur, et due à un cas de force majeure³⁹². Cela se justifie par l'interprétation stricte du contrat que le juge doit faire, et le principe de l'exécution de bonne foi du contrat.³⁹³

Il est « *Inconcevable que le débiteur puisse revendiquer l'exonération de sa responsabilité en considération d'un évènement qui lui serait personnellement imputable* »³⁹⁴.

280. La difficulté d'exécution.- Même si l'inexécution est due à un évènement étranger au contractant, elle doit être une raison de la rupture du contrat, car elle reste toujours un manquement contractuel. Il serait plus logique que les contrats soient, dans tous les cas, être anéantis, en cas de manquement, sans prendre en compte l'origine du manquement et les raisons qui ont poussé une partie à ne pas exécuter son obligation.

281. La reprise du pouvoir d'appréciation.- La rupture passerait alors d'une rupture de plein droit à une rupture judiciaire, selon les règles de l'article 1184 du code civil.

On comprend pourquoi les juges n'admettent pas la force majeure dans la mise en œuvre de la clause résolutoire car cela leur permet de retrouver les pouvoirs d'appréciation de l'opportunité de la résolution « *Sans doute faut-il*

³⁹⁰ Cass. 3^{ème} Civ., 16 avril 1986, Bull. civ., III, n° 41, p.32. RTD Civ. 1987, p. 316, obs. J.MESTRE.

³⁹¹ S. CARVAL, « Force majeure et clause résolutoire », RDC 2010, p. 847.

³⁹² Cass. 3^{ème} Civ., 13 juin 2007, n° 06-13661, Bull. civ., 2007, III, n° 106; Cass. 3^{ème} Civ., 24 Juin 1971, n° 70-12017, Bull. civ., 1971, III, n° 404; Cass. 3^{ème} civ., 12 janvier 1968, n° 65-12044, Bull. civ., 1968, III, n° 19.

³⁹³ V. J. FLOUR, J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, t 3, Sirey, 2009, n° 259

³⁹⁴ J. FLOUR, J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, op. cit., n° 211.

y voir l'idée que, aux yeux des magistrats et à la différence de la résolution judiciaire qu'ils prononcent et donc contrôlent pleinement, la clause résolutoire de plein droit est une sorte de pénalité privée, dont l'aspect fortement sanctionnateur ne saurait s'accorder qu'avec un comportement répréhensible du débiteur »³⁹⁵.

On pense que le fait de rompre un contrat par le biais de la clause résolutoire en cas de force majeure ne saurait être équitable, la clause résolutoire qui constitue une peine privée de l'inexécution contractuelle, doit sanctionner uniquement les faits qui relèvent de la seule volonté du débiteur, il ne serait pas juste de condamner une personne pour une chose qu'il n'a pas faite, Pareillement on ne peut pas condamner un créancier pour une inexécution qui ne lui est pas imputable surtout si ce dernier exerçait ses obligations d'une façon irréprochable avant la survenue de l'évènement. Remettre le sort du contrat entre les mains des juges constitue la meilleure façon d'assurer les intérêts des parties.

B - LE CONTRÔLE DE LA BONNE FOI DANS LA PRATIQUE CONTRACTUELLE

282. La loyauté dans le contrat.- Pour POTHIER « *S'obliger à faire quelque chose, c'est s'obliger à le faire utilement* »³⁹⁶.

L'article 1103 de l'ordonnance du 10 février 2016 précise de son côté que « *Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* ».

Si la clause résolutoire permet l'anéantissement d'un contrat de plein droit, en cas de défaillance imputable au partenaire, il va de soi que l'exécution du contrat et l'exercice des droits acquis par la volonté contractuelle doivent se faire d'une façon loyale.

« *Le devoir de loyauté [donc] impose aux parties un minimum de solidarité consistant à ne pas tirer un profit égoïste du contrat et à ne pas sacrifier les intérêts de son contractant* »³⁹⁷.

³⁹⁵ J. MESTRE, RTD Civ, 1987, p. 317.

³⁹⁶ De la vente, Paris 1825, n°202.

³⁹⁷ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, p. 163.

On ne peut admettre qu'un acheteur, déçu par son choix et qui regrette d'avoir acquis une chose, désire rendre la marchandise en se justifiant par de petits problèmes que pouvait contenir la chose achetée.

283. Qui contrôler ?- La question que nous pouvons poser, est de savoir si le juge contrôle la bonne foi du débiteur ou celle du créancier ou des deux en même temps ?

Logiquement, le contrôle doit de se concentrer sur le titulaire du droit de rupture contractuelle, par le jeu de la clause résolutoire, mais il nous semble important de savoir si la partie qui conteste la rupture du contrat a elle aussi agi d'une façon loyale et n'est pas de mauvaise foi.

Le contrôle de la bonne foi du créancier **(1)** porte sur sa tolérance envers son débiteur défaillant, en lui permettant d'exécuter ses obligations sans y faire obstacle et sur son respect de la procédure de mise en œuvre de la clause résolutoire.

L'exigence de la bonne foi reste alors la priorité du juge, la Cour de cassation précise de son côté que « *Si les clauses résolutoires s'imposent au juge, leur application reste subordonnée aux exigences de la bonne foi* ». ³⁹⁸ Mais le juge doit aussi contrôler *La bonne foi du débiteur* **(2)** et peut selon le cas lui octroyer un délai de grâce **(3)**.

1 - LA BONNE FOI DU CRÉANCIER

284. Présentation.- « *La clause résolutoire n'est pas invoquée de bonne foi lorsque [par exemple] le bailleur crée "un contexte de confusion"* ». ³⁹⁹

La bonne foi du créancier, reste l'exigence capitale pour la validation de la mise en œuvre de la clause résolutoire.

Selon Monsieur Laurent RUET, « *Une cour d'appel ne peut déclarer acquise la clause résolutoire et constater la résiliation du bail sans rechercher si la*

³⁹⁸ Cass. Civ., 7 octobre 1953, Bull. civ., III, n° 290, p. 205; Dans le même sens, Cass. 1^{ère} Civ., 14 mars 1956, Bull. civ, I, n° 133, p. 107.

³⁹⁹ J-D. BARBIER, *Chronique de jurisprudence de droit des baux commerciaux*, Gaz. Pal, 2015, P. 32.

clause résolutoire n'avait pas été mise en œuvre de mauvaise foi »⁴⁰⁰; la Cour de cassation a effectivement censuré une Cour d'appel au motif que cette dernière n'a pas cherché si le créancier a mis en œuvre la clause résolutoire de bonne foi.⁴⁰¹

Dans un autre arrêt de la 3^{ème} chambre civile, la haute juridiction précise « *On ne peut invoquer l'application d'une clause résolutoire que si l'on est de bonne foi* »⁴⁰². Les tribunaux cherchent, en contrôlant la bonne foi, à réduire les effets punitifs de la clause résolutoire, pour ainsi s'assurer que le titulaire de ce droit a agi de façon tout à fait loyale, son choix de rompre le contrat est un choix unique et inévitable, le maintien des liens contractuels est impossible, tout cela, dans le but de préserver les intérêts des parties.

Le juge ne cherche en aucun cas à priver le créancier de son droit de rompre le contrat de plein droit, mais plutôt à le décharger de toute accusation.

Pour déterminer si le créancier est de mauvaise foi, il faut avant tout connaître les aspects de la bonne foi du créancier **(a)** ainsi que son comportement. **(b)**

a - LES ASPECTS DE LA BONNE FOI DU CRÉANCIER

285. Définition.- « *La mauvaise foi du créancier paralyse le jeu de la clause résolutoire parce qu'il l'invoque alors que l'inexécution lui est en tout ou en partie imputable* »⁴⁰³.

Toujours est-il qu'il faut savoir faire la différence entre un créancier qui agit de bonne foi et celui qui ne l'est pas.

Selon PICOD, être de bonne foi se résume par le fait de « *S'abstenir de toute inexécution volontaire de ses obligations* »⁴⁰⁴.

L'auteur pense à l'abstention, pour définir les actes de bonne foi, d'autres auteurs pensent, qu'être de bonne foi consiste à être solidaire avec son

⁴⁰⁰ L. RUET, « Bonne foi du bailleur et mise en œuvre de la clause résolutoire », Defrénois, 2011, p. 486.

⁴⁰¹ Cass. 3^{ème} Civ., 10 November 2010 (cassation), n° 09-15937 : Bull. civ., 2010, III.

⁴⁰² Cass. 3^{ème} Civ., 07 juillet 2015, n° 14-20497. la haute juridiction avait aussi censuré une Cour d'appel pour avoir statué « *Sans rechercher comme il lui était demandé, si la clause résolutoire n'avait pas été mise en œuvre de mauvaise foi* » Cass. 3^{ème} Civ., 23 juin 2015, n° 14-12606, Sté Sport Dépôt Thonon c/ Sté de Tata Musy, F-D (cassation CA Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 17 déc. 2013), M. Terrier, prés. ; M^{me} Salvat, rapp. ; M. Kapella, av. gén. ; SCP Hémerly et Thomas-Raquin et SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, av.

⁴⁰³ Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, p. 242.

⁴⁰⁴ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, p. 26.

cocontractant⁴⁰⁵ :

« Les parties sont tenues d'obligations positives qui les contraignent à prendre en considération l'intérêt de l'autre dans un esprit de coopération »⁴⁰⁶.

C'est-à-dire que, les parties non seulement doivent exécuter leurs obligations de bonne foi, mais aussi qu'une partie ne doit pas mettre des obstacles à son cocontractant dans le but de provoquer une inexécution et rompre le contrat par la suite.

286. Exemple.- La partie qui provoque l'inexécution peut être, par exemple, le bailleur qui provoque des infiltrations d'eau et par conséquent exige du preneur de faire les réparations, alors qu'il est responsable de ces infiltrations, et invoque l'exception d'inexécution ; le locataire qui refuse de payer le loyer, le bailleur entamerait une procédure de rupture du contrat, alors qu'à la base, il est lui-même à l'origine de l'inexécution du locataire⁴⁰⁷.

Dans un autre arrêt du 19 juin 1990, la Cour d'appel de Paris avait précisé que les contractants ne doivent pas empêcher l'autre partie d'exécuter ses obligations ni de provoquer l'inexécution de son partenaire ; en l'espèce, un bailleur avait refusé de délivrer des quittances de loyer à son locataire, à défaut de quittances, ce dernier ne pouvait plus justifier qu'il avait payé son loyer, et, par conséquent il ne pouvait plus percevoir les allocations logement auxquelles il avait droit, cette allocation lui permettait entre autres de payer son loyer ; n'ayant plus droit à l'allocation logement, à cause de son incapacité à présenter des quittances de loyer, il n'était plus en mesure de payer son loyer, le bailleur avait donc décidé de mettre en œuvre la clause résolutoire en vue de rompre le bail.

Le juge ayant refusé de constater la résolution du contrat, la Cour a affirmé que « Dans cet acte de justice privée que constitue la mise en œuvre de la clause résolutoire, le créancier a le devoir de faciliter à son cocontractant l'exécution de ses obligations, faute de quoi il y aurait manquement au principe selon lequel les conventions s'exécutent de bonne foi »⁴⁰⁸.

On peut cependant dire qu'« Il n'est pas toutefois exigé du créancier une attitude particulière qui témoigne de sa bonne foi, mais plus simplement qu'il s'abstienne d'un comportement déloyal lequel empêche la clause de

⁴⁰⁵ V,R DEMOGUE, *Traité des obligations en générale*, Rousseau, t 6, 1931, p. 9.

⁴⁰⁶ M. BACACHE, *Traite de droit civil, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica., 2012, p. 664.

⁴⁰⁷ Cass. 3^{ème} Civ., 27 mai 1987, RTD Civ. 1988, p. 121, obs. J. MESTRE.

⁴⁰⁸ C.A Paris, 19 juin 1990, D.S 1991, p. 515, note Y. PICOD, RTD Civ, 1992, p. 92.

produire effet. Dans la majorité des décisions de justice, la bonne foi se réduit à l'absence de mauvaise foi »⁴⁰⁹.

b - L'EXIGENCE DE LA BONNE FOI DU CRÉANCIER DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE

287. Une condition essentielle.- Dans tous les rapports contractuels, la bonne foi est une exigence capitale, les parties se doivent d'être loyales l'une envers l'autre. Cependant, la bonne foi du créancier dans la mise en œuvre de la clause résolutoire se vérifie par sa tolérance vis-à-vis de son débiteur défaillant (**α**) et de son attitude (**β**).

α - LA TOLÉRANCE DU CRÉANCIER VIS-À-VIS DU DÉBITEUR DÉFAILLANT

288. L'évaluation.- La tolérance du créancier vis-à-vis de son débiteur se mesure par le degré d'acceptation, des efforts d'exécution que pourrait lui proposer son cocontractant.

Vu la situation un peu difficile et précaire du débiteur, le créancier qui refuse toute exécution soit totale soit partielle, qui ne correspondrait pas à l'exécution exacte précisée dans le contrat, peut être considéré comme étant non solidaire avec son partenaire, donc susceptible d'être de mauvaise foi.

« Le créancier ne peut, en effet, rejeter une offre qui manifestement devrait lui donner toute satisfaction sous le seul prétexte qu'elle ne correspond pas exactement à ce qui était prévu au contrat »⁴¹⁰.

La Cour d'appel de Pau a présenté un raisonnement qui va dans ce sens : elle affirme en effet, que dans certaines situations, l'exécution exacte du contrat peut être inutile pour le créancier, une solution alternative peut satisfaire ses exigences sans que celle-ci ne soient mentionnée dans le contrat, en revanche l'application des termes exacts du contrat peut s'avérer préjudiciable pour le débiteur, par conséquent l'exigence du créancier d'exécuter le contrat à la lettre peut être considérée comme étant abusive.

⁴⁰⁹ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 190.

⁴¹⁰ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, p. 167.

289. Exemple.- En l'espèce, une compagnie pétrolière avait fait un prêt à usage de cuves à une autre société, le contrat stipulait qu'arrivées au terme du contrat, les cuves devaient être restituées en nature à la compagnie.

Sauf que pour éviter des frais supplémentaires de défonçage du sol pour extraire les cuves ainsi que la remise en état du sol, la société avait proposé de restituer des cuves neuves du même type en nature ou en argent, la compagnie avait refusé, la Cour avait jugé que l'attitude de cette dernière était déloyale et ses exigences infondées⁴¹¹.

Dans une autre affaire, du 22 février 1968, la Cour de cassation avait censuré une Cour d'appel qui avait jugé bien fondée la demande d'un propriétaire, qui voulait que son locataire continue à payer son loyer jusqu'à l'échéance du contrat du bail, alors que son locataire avait été muté dans une autre ville, ce dernier avait proposé de libérer l'appartement avant la fin du bail et en même temps il avait trouvé un autre locataire, en revanche le bailleur avait décliné toutes les offres du locataire et demandait à ce que celui-ci continue à exécuter son obligation, et à payer les loyers jusqu'à l'expiration du contrat.

Sa demande a été donc rejetée, la Cour estimait que son comportement était de mauvaise foi⁴¹². Son acte est peut être considéré comme un abus de droit.

La Cour de cassation avait reprochée à la Cour d'appel de Dijon de ne pas avoir recherché si l'exercice du droit du créancier « *Reposait sur des motifs légitimes ou si son refus de mettre fin au bail avait été, au contraire, dicté par le désir de nuire à son cocontractant* »⁴¹³.

290. Conclusion.- La Cour d'appel de Pau et la Cour de cassation estiment que si l'exécution des obligations comme prévue dans le contrat, pouvait être inutile pour le créancier, et en même temps préjudiciable pour le débiteur, et si le créancier insistait pour que le contrat soit exécuté littéralement, son intention de nuire était présumée.

Le professeur SIMLER affirme qu' « *On ne perçoit pas la raison d'autoriser l'une des parties à s'en tenir obstinément à la lettre de l'article 1134 alinéa 1, si elle ne justifie d'aucun intérêt et si elle viole ainsi l'alinéa 3 du même article* »⁴¹⁴.

Force est de constater que dans ce genre de situation si le débiteur dispose

⁴¹¹ C.A Pau, 15 décembre 1973, JCP 1973, II 17584.

⁴¹² Cass. 3^{ème} Civ., 22 février 1968, p.607, note PH. N, JCP 1969, II, 15735.

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ Y. PICOD op. cit, p. 168.

d'une preuve que son créancier a voulu lui nuire, le juge appliquera forcément les dispositions de la jurisprudence.

« La tendance de la jurisprudence est alors de présumer qu'il y a intention de nuire à partir du moment où l'exécution intégrale du contrat est inutile. Or, il n'est pas nécessaire de rappeler que la mauvaise foi ne se présume pas et que, par conséquent c'est au débiteur d'établir de façon circonstanciée l'intention de nuire du créancier »⁴¹⁵.

β - L'ATTITUDE DU CRÉANCIER LUI-MÊME

291. Des manœuvres évoquant la fraude du créancier.-

L'attitude du créancier est la première chose que le juge doit contrôler, pour déterminer si le créancier a agi de bonne ou mauvaise foi.

Si le créancier est le titulaire du droit de résiliation du contrat sans l'intervention du juge, l'exercice de ce droit doit se faire de façon loyale et sans abus.

Il est clair qu'un créancier qui a rompu un contrat de plein droit sans mise en demeure, a agi d'une façon déloyale.

Sa mauvaise foi s'identifie dans la manière dont est faite la mise en demeure.

Est donc de mauvaise foi, un créancier qui délivre sa mise en demeure dans des circonstances qui ne permettent pas au débiteur d'en prendre connaissance, le juge refusera par conséquent, de constater la résiliation du contrat et annulera le jeu de la clause résolutoire⁴¹⁶.

Peut être considéré aussi comme de mauvaise foi, un créancier qui réclame à son débiteur une somme supérieure à celle qu'il doit lui régler, sans lui donner aucune explication au sujet de cette augmentation, et qui, par conséquent, lui crée un handicap considérable qui l'empêche d'accomplir son obligation⁴¹⁷.

De même pour le créancier qui met en demeure son débiteur, et le somme d'exécuter son obligation en lui accordant un délai tel qu'il sait pertinemment que son partenaire ne pourra jamais satisfaire à ses obligations dans le délai

⁴¹⁵ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, p. 169.

⁴¹⁶ Cass. 3^{ème} Civ., 15 December 1976, Bull. civ., III, n° 465, p. 354, RTD Civ. 1977, p. 340, obs. G.CORNU.

⁴¹⁷ Cass. Com., 7 janvier 1963, B, III, n° 16, p.14.

qui lui est accordé, soit parce que celui-ci est trop court, soit parce que dans cette période, l'activité du débiteur est paralysée momentanément par un cas de force majeure, si par exemple, ou alors si le débiteur doit effectuer des travaux mais que la période du délai ne lui permet pas de les effectuer, parce que les entreprises sont fermées⁴¹⁸ ou parce que l'acheminement de la marchandise prend beaucoup de temps.

Bien d'autres situations peuvent amener le juge à récupérer son pouvoir d'appréciation, car il est clair que le créancier agit d'une façon déloyale, est de mauvaise.

292 . L'attitude du créancier vis-à-vis du manquement.- Si le juge s'intéresse au comportement du titulaire du droit, dans la mise en œuvre de la clause résolutoire, rien n'empêche qu'il puisse examiner aussi l'attitude du créancier vis-à-vis d'un manquement reproché au débiteur.

Autrement dit, si le créancier a longtemps toléré le manquement de son débiteur et qu'il change d'attitude brusquement, il peut par conséquent mettre en jeu la clause résolutoire.

La question qui se pose est de savoir pourquoi le créancier qui ne s'est jamais plaint de l'inexécution ou du retard dans l'exécution, change soudainement sa position ?

La réponse est logique, soit le créancier lui-même n'était pas en mesure d'exécuter ses obligations par conséquent la situation l'arrange, soit il en tire un bénéfice même en présence de l'inexécution de son cocontractant, mais à partir du moment où l'inexécution gêne le créancier, celui ci décide alors, par le biais de la clause résolutoire, d'anéantir les liens qui l'unissent avec l'autre partie.

Cette situation ou plutôt l'attitude du créancier, est sans aucun doute de mauvaise foi.

293. L'importance du rôle du juge.- Selon les règles de loi régissant la séparation contractuelle, par la mise en œuvre de la clause résolutoire, il est tout à fait légal que le créancier agisse de plein droit, et personne ne peut le contester, mais le juge veille à ce que le créancier n'abuse pas de son droit et ne profite pas de la situation de faiblesse ou de précarité de son cocontractant. L'intervention du juge reste alors le seul moyen de préserver les intérêts de chacune des parties et d'éviter par conséquent tout éventuel abus.

⁴¹⁸ Cass. 3^{ème} Civ., 29 juin 1976, D. 1976. IR, p. 286; en ce sens, Com., 19.07.66, Bull, n° 367.

Face à la faiblesse et à l'insuffisance de la loi, le rôle du juge serait alors de compléter la loi et de combler le vide législatif, car le législateur n'a pas abordé ce genre de situation.

Peut être considéré comme de mauvaise foi dans ce cas « *Le crédientier qui, après longtemps avoir toléré le non-paiement de la rente viagère, change brusquement d'attitude, créant ainsi pour le débirentier une situation imprévisible, l'empêchant ainsi de se mettre en règle selon les délais prévus* »⁴¹⁹.

A travers l'exigence de bonne foi, « *C'est l'incohérence préjudiciable de son comportement qui est stigmatisée ; le créancier est dans l'impossibilité de se prévaloir de la clause résolutoire parce qu'il l'invoque de façon contraire aux attentes légitimes de son cocontractant* »⁴²⁰.

C'est ainsi que la Cour de cassation, dans son arrêt du 7 janvier 1963, avait rejeté le constat de rupture d'un contrat de bail pour le motif que le bailleur avait toléré le non-paiement du loyer du locataire pour une durée de douze années⁴²¹ ; la Cour estime que ce comportement est déloyal et affirme explicitement que le délai pour mettre en jeu la clause résolutoire doit être raisonnable.

Ainsi l'on peut considérer le banquier qui, après avoir toléré le non-paiement des intérêts de son emprunteur depuis plus de six années durant change brusquement d'attitude et demande alors à ce dernier le paiement des intérêts dus ainsi que les pénalités de retard⁴²².

« *Au-delà de l'appréciation morale des comportements, la bonne foi dans l'acception ici retenue, est surtout le moyen d'empêcher le jeu d'une clause qui, si elle était appliquée, entraînerait des conséquences patrimoniales injustes, quand bien même le créancier ne ferait qu'exiger l'exécution d'obligation volontairement et librement contractée. L'équilibre des intérêts prend à nouveau le pas sur le psychisme des parties, l'impatience du créancier ou la déception du débiteur* »⁴²³.

⁴¹⁹ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 192 en ce sens Cass. 3^{ème} Civ., 8 avril 1987, Bull. III, n° 88 p. 53.

⁴²⁰ Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, p. 247.

⁴²¹ Com, 7 janvier 1963, Bull. III, n° 16.

⁴²² Cass. 1^{ère} Civ., janvier 1995. D.1995, p. 389 note C. JAMIN, p. 230.

⁴²³ Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, p. 248.

2 - LA BONNE FOI DU DÉBITEUR : OBLIGATION OU SIMPLE CONSTATATION

294. Une question d'imputabilité.- « *La mise en œuvre d'une clause résolutoire n'est pas dépendante de la bonne foi du débirentier* »⁴²⁴. Il est fort logique que dans le jeu de la clause résolutoire, l'inexécution d'une obligation contractuelle visée par la clause entraîne immédiatement l'anéantissement du contrat.

Encore faut-il savoir si l'inexécution est imputable au débiteur ou non ; dans le cas où cette inexécution est non imputable, la question ne se pose même pas.

Si l'inexécution est imputable au débiteur, ne serait-il pas plus juste et équitable de vérifier si la partie défaillante a essayé d'éviter la survenance de cette inexécution contractuelle, autrement dit s'il y a eu un effort de fait ? Légalement parlant, et au regard de la loi, et si on se fie au texte du code civil, la bonne foi du débiteur est sans aucune incidence sur le jeu de la clause.

Même si l'inexécution est du fait du débiteur, il nous semble plus juste et plus équitable de lui accorder au moins une deuxième chance.

La jurisprudence s'est néanmoins intéressée à la bonne foi du débiteur pour prononcer la rupture du contrat ou plus précisément la rupture par le biais de la clause résolutoire.

En effet « *La bonne foi du débiteur appelle une analyse moins nuancée. Ne pas déclarer acquise la clause résolutoire au seul motif que le débiteur a manqué à ses obligations de bonne foi est bien une manifestation incontestable et systématique d'une appréciation en opportunité* »⁴²⁵.

295. La bonne foi : un obstacle à la clause résolutoire.- L'efficacité et le sérieux du débiteur dans l'exécution de ses obligations, « *L'effort accompli* »⁴²⁶, ainsi que sa " *bonne volonté* " dans le vouloir de trouver une solution à son inexécution, devrait être un obstacle à la mise en œuvre de la clause résolutoire. « *Le juge regarde avec soin tous ces critères et toutes les*

⁴²⁴ Y. DAGORNE-LABBE, Commentaire de l'arrêt : Cass. 3^{ème} Civ., 24 septembre 2003, Defrénois, 30 janvier 2004 n° 2, p. 139.

⁴²⁵ Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, p. 248.

⁴²⁶ Cass. 3^{ème} Civ., 5 février 1997, loyers et copropriété 1997, n°62.

situations pour « gripper le mécanisme a priori automatique de la clause résolutoire »⁴²⁷.

Il est néanmoins nécessaire de préciser que la Cour de cassation a longtemps ignoré la bonne foi dans l'application de la clause résolutoire.

296. L'insuffisance de la bonne foi.- On considère celui qui n'exécute pas ses obligations comme étant de mauvaise foi⁴²⁸ et c'est en partant de ce principe que la Cour de cassation ne s'est pas intéressée à la bonne foi du débiteur, car sa mauvaise foi est sous-entendue et n'est pas une condition de rupture, car la clause résolutoire visant une inexécution contractuelle, « *Peu importe que le débiteur ait agi par, négligence, imprudence ou incompétence. Dans tous ces cas, il commet un manquement à ses obligations, sanctionné par la clause résolutoire* »⁴²⁹.

Par ailleurs, un contractant même s'il n'a pas exécuté ou n'exécute pas ses obligations peut être de bonne foi, du moment qu'il essaye d'exécuter, sa volonté d'exécution prouve que cette inexécution est involontaire.

Il faut préciser que la bonne foi n'a qu'un rôle très limité, car dans certains cas, même si le débiteur agit de bonne foi et a exécuté précédemment ses obligations d'une façon loyale, cela n'empêche pas qu'il soit sanctionné par la clause résolutoire.

Selon Monsieur PAULIN, la bonne foi dans l'exécution de l'obligation « *Ne joue pas le rôle d'exonératoire* »⁴³⁰.

Un autre auteur pense aussi que la bonne foi du débiteur dans l'exécution de ses obligations ne peut en aucun cas, constituer une excuse ni une justification⁴³¹ de son inexécution et ne peut pas lui permettre d'échapper à la sanction.

Comme nous l'avons déjà précisé, même si l'inexécution d'une obligation constitue un manquement grave qui doit être sanctionné par la rupture des liens contractuels, les juges doivent prendre en compte la bonne foi du débiteur, car s'il a exécuté ses obligations d'une manière correcte, il se peut qu'il ait été contraint à l'inexécution, et qu'en lui accordant un délai il pourrait très bien y remédier.

297. Une contradiction jurisprudentielle. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 22 juillet 1986, la haute juridiction a censuré un jugement

⁴²⁷ Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, p. 248.

⁴²⁸ R. VOVIN, *La Bonne foi. Notion et rôle actuel en droit privé français*, LGDJ, 1939, p.165.

⁴²⁹ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 85.

⁴³⁰ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit, p. 86.

⁴³¹ R. VOVIN, *La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français*, op. cit, p. 165.

rendu par une Cour d'appel pour la résiliation d'une vente au motif que le paiement des arrérages n'était pas équivalent aux sommes dues, la Cour précise que les juges devaient chercher « *S'il n'y avait pas eu, en égard aux circonstances de la clause, exécution de bonne foi par les débirentiers de leurs obligations de nature à faire obstacle au jeu de la clause résolutoire* »⁴³².

Concrètement, la première chambre civile de la Cour de cassation demande aux juges de prendre en compte la bonne foi du contractant défaillant.

D'un autre côté, la Cour de cassation avait aussi censuré un arrêt au motif qu'il avait violé les termes de l'article 1134 du code civil. En réalité, l'arrêt admettait la résolution d'un bail commercial au motif que le preneur n'avait pas justifié sa souscription à une assurance pour les risques locatifs dans le délai imparti.

En l'espèce, même si l'inexécution sanctionnable par la clause résolutoire, a bien été constatée, le juge a apprécié, néanmoins la bonne foi du débiteur, « *Ce sont là des tempéraments très exceptionnels, dans tous ces cas, en effet, le débiteur n'avait vraiment pas rempli ses obligations. Néanmoins, il avait fait preuve de diligence. La mise à l'écart de la clause résolutoire doit être cantonnée à ce genre de situation* ».⁴³³

Toujours est-il que la position de la Cour de cassation au sujet de la bonne foi du débiteur est un peu mitigée, car elle est revenue, quelques années plus tard, affirmer que la bonne foi du débiteur ne devait pas constituer un rempart au jeu de la clause, ni une excuse pour l'écarter.

« *On ne conçoit pas, en effet, que la clause résolutoire ne puisse être appliquée et que le débiteur subisse néanmoins une condamnation à des dommages et intérêts. D'autre part, porter un jugement sur la conduite du débiteur afin de l'exonérer de sa responsabilité en cas d'inexécution est en opposition avec les obligations de résultat, où seul compte le défaut d'accomplissement de la prestation* »⁴³⁴.

C'est sur ce raisonnement que la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 10 mars 1993 a cassé, pour violation de l'article 1134 du code civil, l'arrêt d'une Cour d'appel au motif que le débiteur était de bonne foi et avait agi d'une façon loyale, écartant ainsi l'application de la clause résolutoire⁴³⁵.

⁴³² Cass. 1^{ère} Civ., 22 juillet 1986, Bull, I, n° 223; RTD Civ, 1988, p. 121, obs. J. MESTRE.

⁴³³ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ. 1989, p. 79.

⁴³⁴ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 87.

⁴³⁵ Cass. 3^{ème} Civ., 10 mars 1993, D.1993, p.357.

La position de la Cour est désormais claire et cette position a été suivie par l'ensemble de la doctrine.

298. Conclusion.- La position de la jurisprudence ainsi que la doctrine sont claires et sans appel.

Il est logique que cette option ne touche pas à toutes les situations. Dans certains cas et selon les circonstances, la bonne foi du débiteur doit être prise en compte pour neutraliser le jeu de la clause résolutoire, il est tout à fait logique de préciser que, si la bonne foi peut entraver le mécanisme de la clause résolutoire, celle-ci ne doit concerner que les inexécutions temporaires où le débiteur pourra exécuter ses obligations ultérieurement, sans sommation et dans les plus brefs délais ; dans le cas contraire, il serait inconcevable qu'un cocontractant défaillant, qui n'exécute pas ses obligations et qui ne pourra pas les exécuter, échappe à sa responsabilité au seul motif qu'il est de bonne foi, le juge est garant des intérêts des deux parties, pas seulement d'une seule.

On pense qu'il est logique que la bonne foi ne doive pas annuler l'application de la clause résolutoire, mais permet au débiteur, s'il a exécuté ses obligations d'une façon loyale et s'il est de bonne foi, d'obtenir un délai pendant lequel il s'exécutera.

Il est avant tout nécessaire que le juge s'intéresse aux situations au cas par cas, la bonne foi devant avoir une place dans le jeu de la clause résolutoire.

3 - LA POSSIBILITÉ D'OBTENIR DU DÉLAI DE GRÂCE

299. Une deuxième chance.- La clause résolutoire reste le moyen le plus rapide pour un créancier, de se libérer d'un cocontractant qui n'exécute pas ses obligations, sans passer par un juge, dans le but d'obtenir la résolution du contrat.

Néanmoins, le créancier est tenu de respecter certaines conditions, faute de quoi sa démarche serait irrecevable.

Dans certains cas, le créancier se voit handicapé par la loi qui le prive momentanément, ou définitivement, de son droit de rompre le contrat de plein droit.

Même dans le cas où l'inexécution est avérée, le juge peut faire obstacle à ce droit – qui, normalement, est indiscutable-, en octroyant un délai de

grâce au débiteur pour exécuter son obligation, tout en prenant compte de ses circonstances.

Il faut avant tout connaître le domaine des délais de grâce en matière de la clause résolutoire **(a)** ainsi que son régime **(b)** .

a - « LE DOMAINE » DES DÉLAIS DE GRÂCE

300. Une entrave au jeu de la clause résolutoire.- Plusieurs textes paralysent l'application de la clause résolutoire, en donnant la possibilité au débiteur d'obtenir un délai de grâce, pour exécuter ses obligations. L'article 25 du décret n°53-960 du 30 septembre 1953, modifié par la loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 à titre exemple autorise l'octroi d'un délai de grâce dans le bail commercial, dans le bail d'habitation, l'article 24 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989, constitue aussi un obstacle au jeu de la clause résolutoire, car cette loi donne la possibilité au créancier d'obtenir un délai de grâce⁴³⁶.

Il est nécessaire de préciser que depuis l'entrée en vigueur de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 aux procédures d'exécution⁴³⁷, l'octroi de délai de grâce reste réservé au cas relatif où la loi le prévoit.

Le débiteur aura la possibilité de demander au juge de lui accorder un délai de grâce, conformément à l'article 1244 du code civil.

La majorité de la doctrine n'est pas favorable à ce que le débiteur obtienne un délai de grâce dans l'existence d'une clause résolutoire, la décision ne revenant pas au juge, étant donné que ce dernier doit respecter la volonté des parties.

Les doyens CARBONNIER et JESTAZ par exemple, estiment que le fait qu'un contractant ait conclu un contrat et, de plus, qu'il soit d'accord à l'insertion d'une clause résolutoire, prouve que ce dernier a accepté explicitement que cette convention pourrait être rompue dans le cas d'une inexécution de sa

⁴³⁶ En ce sens dans le contrat de vente d'immeuble à construire : article L261-13 C.C.H dans le contrat de crédit : article L313-12 du code de la consommation.

⁴³⁷ JCP 1991, éd N.III, 64891, décret n° 92-755, du 31 juillet 1992, JCP, 1992, ED, N, D2. 65652.

part, ce qui suppose par conséquent que le contractant défaillant renonce à son droit d'obtenir un délai de grâce prévu par l'article 1244 du code civil⁴³⁸.

301. Le refus de la jurisprudence.- Toujours est-il que plusieurs arrêts refusent d'octroyer un délai de grâce, en présence d'une clause résolutoire dans un contrat, car la jurisprudence estime que, le débiteur défaillant a déjà eu un délai de grâce, avec le délai imparti par la mise en demeure, mais le débiteur n'a pas exécuté son obligation⁴³⁹.

Par conséquent, la question de l'octroi d'un délai de grâce reste indiscutable.

302. Une doctrine favorable.- D'autres auteurs en revanche, affirment le contraire.

Selon le professeur CIMAMONTI, le délai de grâce peut être octroyé en se basant sur « *Une extension de la règle de l'article 1656 code civil* »⁴⁴⁰. Ainsi l'on peut comprendre d'après cet auteur qu'il est toujours possible pour le débiteur de bénéficier d'un délai supplémentaire que pourra octroyer le juge. L'article 1244 du code civil, précise que « ... *Compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues.*

Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments ».

Partant de ce principe, il est tout à fait possible de bénéficier d'un délai de grâce même en présence d'une clause résolutoire.

Le juge dans son intervention joue un rôle très important dans la protection des intérêts des parties, et garantit l'équité dans la rupture du contrat. Il ne doit pas s'immiscer dans la volonté des parties sauf en cas de litige entre eux, la clause résolutoire devant aussi s'imposer au juge.

⁴³⁸ Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, n° 200, p. 170; en ce sens J. CARBONNIER, *RTD Civ.* 1953, p. 712.

⁴³⁹ Cass. 3^{ème} Civ., 27 mars 1991, *Bull. civ.*, I, n° 120, p. 59 ; Cass. 3^{ème} Civ., 4 juin 1986, *RTD Civ.* 1987.

⁴⁴⁰ S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*. ANRT Lille, 1990.

303. Un délai de grâce contestable.- Si la mise en demeure est obligatoire, et que le juge s'assure du respect de celle-ci, il serait injuste et inéquitable pour le créancier d'octroyer au débiteur un délai supplémentaire pour exécuter ses obligations, car il en a déjà eu un, et cela ne lui a pas permis de s'exécuter.

Si les contractants ont délibérément inséré une clause résolutoire pour faire face à une situation qui demande de l'urgence dans la rupture du dit contrat, il ne faut pas imposer au créancier de mettre en demeure le débiteur, et en même temps d'octroyer au contractant défaillant un autre délai, car il est dans l'intérêt du créancier de rompre le contrat rapidement, l'intérêt de la clause résolutoire étant la rapidité de la rupture du contrat, et d'éviter aux parties une procédure longue et coûteuse.

Il est donc inconcevable de priver le créancier de son droit du bénéfice et de l'intérêt de la clause résolutoire, car l'intervention du juge et l'octroi d'un délai de grâce paralysent les effets de la clause résolutoire, une fois l'inexécution commise le contractant défaillant aura une sommation pour s'exécuter, par le biais de la mise en demeure et dans ce cas. Dans le cas où le débiteur n'exécute toujours pas ses obligations, il doit subir la sanction de la rupture du contrat car il doit assumer ses actes et ne devra pas obtenir d'autres faveurs ni avantages.

b - « LE RÉGIME » DE DÉLAI DE GRÂCE

304. Les conditions.- Il est clair que dans certaines situations, le débiteur défaillant peut obtenir un délai de grâce octroyé par le juge. Il espère ainsi réduire et paralyser les effets de la clause résolutoire.

« Pour obtenir des délais paralysant les effets de la clause, le débiteur doit saisir le juge avant d'avoir commis l'inexécution, c'est-à-dire avant l'expiration du délai imparti par la mise en demeure »⁴⁴¹.

Autrement dit, si le débiteur estime qu'il n'est pas en mesure d'exécuter son obligation, à cause d'un délai insuffisant ou pour un cas de force majeure, il peut demander un délai de grâce au juge.

⁴⁴¹Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1998, p. 203.

Concrètement, le contractant défaillant ne demande pas un délai, mais espère d'une manière ou d'une autre, prolonger le délai imparti précédemment.

Dans ce cas, on peut approuver la possibilité pour un débiteur, d'obtenir un délai. En revanche, il ne peut et ne doit l'obtenir que s'il saisit le juge après l'expiration du premier délai.

La loi du 6 juillet 1989 dans son article 24, précise que le juge ne peut accorder au débiteur le délai de grâce qu'après la date précise dans la mise en demeure ; à partir de cette date, la résolution est acquise automatiquement, car l'inexécution est avérée.

Le juge n'est pas tenu de statuer sur la question de l'octroi du délai de grâce avant l'expiration du délai précisé dans la mise en demeure.

L'article 24 alinéa 2 précise que « *Le juge, saisi par le locataire avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa précédent, peut accorder des délais de paiement...* ».

Cependant, l'article 1244-1 du code civil régit les conditions de l'octroi du délai de grâce. Néanmoins la Cour de cassation précise dans son arrêt du 10 juin 1963 que le juge dispose d'un pouvoir souverain d'accorder un délai⁴⁴².

Le juge agit en tenant compte de la situation du débiteur, comme le souligne l'article 1244-1 du code civil. Il est stipulé que le juge doit prendre en compte la « *Situation économique* » du débiteur tout en préservant les intérêts du créancier.

Selon Monsieur PICOD, seule la mauvaise foi du débiteur pourrait amener le juge à ne pas lui octroyer un délai de grâce⁴⁴³, cela sous-entend qu'il n'existe pas de conditions contraignantes pour bénéficier d'un délai de grâce.

305. Exception.- Dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 21 janvier 1953, la Cour précise aussi que le juge a la possibilité d'octroyer un délai de grâce même si le débiteur n'est pas dans une situation « *Qui ne lui permet pas de se libérer immédiatement* »⁴⁴⁴.

En réalité les critères de la loi n'étant pas très précis et très vagues, on comprendrait très bien l'intérêt de l'intervention du juge dans ce genre de situation.

L'appréciation reste une exclusivité pour le juge. Logiquement le fait d'avoir un délai supplémentaire, donnerait au débiteur une autre occasion pour

⁴⁴² Cass. Civ., 10 juin 1963, Bull, I, n° 284, p. 237.

⁴⁴³ Y. PICOD. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit, p. 61.

⁴⁴⁴ Cass. Com., 21 janvier 1993, D 1953, 197 cf.

exécuter ses obligations, ce qui lui permettrait d'échapper à l'anéantissement du contrat.

Bien entendu, un défaut d'exécution entrainerait l'acquisition du droit à mettre en jeu la clause résolutoire pour le créancier. Par conséquent, le contrat serait rompu immédiatement et le débiteur n'aurait aucune chance d'obtenir un autre délai.

Toujours est-il que « *Le libéralisme des conditions d'octroi du délai et la rigueur des effets de son expiration conduisent à s'interroger sur son éventuelle prorogation, dans la limite de la durée impartie par la loi* »⁴⁴⁵.

306. L'impossibilité d'avoir d'un délai supplémentaire.- Selon la Cour de cassation, dans son arrêt du 14 février 1961, le juge ne peut pas octroyer des délais supplémentaires au débiteur pour s'exécuter, pour une durée supérieure à ce que la loi l'autorise⁴⁴⁶.

La Cour de cassation précise que la prorogation du délai de grâce dépend dans de tels cas, à de nouvelles circonstances qui n'existaient pas auparavant⁴⁴⁷.

Malgré cela, le débiteur ne peut échapper à la rupture du contrat par le simple fait qu'il demande au juge un autre délai avant l'expiration du 1^{er}, estimant que le délai qui lui a été impartie, ne lui a pas permis pas d'exécuter son obligation. En revanche, en cas de force majeure, cela reste possible, comme le souligne la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 16 avril 1986⁴⁴⁸.

307. Situation exceptionnelle.- En effet une Cour d'appel avait accordé à un locataire d'un bail commercial un délai parce que des circonstances indépendantes de sa volonté l'ont empêché d'exécuter ses obligations.

La Cour de cassation a censuré la décision en précisant qu'en dehors de la force majeure, le juge ne peut accorder au débiteur un autre délai.

⁴⁴⁵ Ch. PAULIN, op. cit, p.205,

⁴⁴⁶ Cass Civ., 14 février 1961, Bull. civ., I, n° 84, p. 77.

⁴⁴⁷ Cass. 3^{ème} Civ., 16 mai 1984, op.cit

⁴⁴⁸ Cass. 3^{ème} Civ., 16 avril 1986, revus des loyers 1987, p. 94.

Conclusion du chapitre

308. La clause résolutoire.- Il est clair que la clause résolutoire est admise en droit français des contrats, elle a pour objet d'alléger les conditions de rupture du contrat en cas d'inexécution et, par conséquent, l'aménagement du recours préalable au juge, comme l'oblige l'article 1184 du code civil. Le juge opère cependant, un contrôle afin d'éviter tout abus. Ce contrôle ne doit pas être perçu comme une atteinte à un droit, mais plutôt comme une volonté de protéger, il ne doit en aucun cas être exclu. Dans le cas où un abus est constaté ou une inexécution dommageable constatée, le rôle du juge est de définir la sanction équitable et adaptée à chaque situation.

Conclusion du titre I

309. synthèse.- En présence d'aménagement de la rupture dans le contrat, il semblerait que les parties tiennent à ce que le juge soit écarté du jeu de la rupture contractuelle. Mais dans la pratique le juge a toujours sa place, ne serait ce que pour faire appliquer les obligations, que la rupture a créées. Cependant, en présence de contestation sérieuse de la partie qui subit la rupture du contrat, le juge récupère tout son pouvoir d'appréciation. Le juge qui devait juste constater la rupture du contrat, est devenu la partie qui prononce la résolution du contrat. Quoi qu'il en soit, le juge ne doit pas être évincé de la rupture du contrat ; en sa qualité de tiers impartial au contrat, il est la garantie d'une justice contractuelle équitable, et une assurance pour préserver les intérêts des parties.

Conclusion de la partie I

310. L'intervention.- L'intervention du juge dans la rupture du contrat est autorisée directement ou indirectement par le législateur. L'article 1184 du code civil, en effet, fait du recours au juge une condition pour rompre un contrat ; la loi octroie au juge un large pouvoir, et l'autorise

ainsi, dans différentes étapes de la vie du contrat, à intervenir. Le législateur a posé des conditions pour la rupture du contrat et a confié au juge le soin de contrôler le bon respect de ces dernières.

Le flou législatif, et l'insuffisance de la loi autorisent indirectement le juge à intervenir dans le contrat, car lui seul peut compléter la loi, et apporter des définitions claires des concepts. Son appréciation constitue la garantie d'une justice contractuelle équitable, son rôle étant de protéger les intérêts des parties au contrat, et de rechercher un juste équilibre entre le manquement de la partie défaillante et la sanction qui doit lui être infligée, tout en essayant d'indemniser la victime de l'inexécution, en réparant au mieux le préjudice subi.

PARTIE II - LA PROPORTIONNALITÉ RECHERCHÉE ENTRE LE MANQUEMENT CONTRACTUEL ET LES MESURES JUDICIAIRES

311. Un large panel.- « *Le droit est une science profondément humaine et (...) notre droit des obligations repose sur des principes qui sont dépourvus parfois de rationalité, économique notamment; il est fondé sur des principes qui sont dotés d'une charge symbolique, morale, spirituelle*». ⁴⁴⁹

L'intérêt de l'intervention du juge dans le rupture du contrat passe par la détermination de la sanction la plus juste et la plus équitable. Elle consiste en la satisfaction des attentes de chacun des contractants ; une satisfaction qui sera atteinte par la sanction la plus adaptée à chaque situation.

L'intervention du juge dans la rupture du contrat doit avoir deux buts : d'une part, il s'agit de résoudre le contentieux contractuel de la manière la plus judicieuse, la plus équitable et juste pour les parties. D'autre part, satisfaire le créancier, car c'est la partie victime de l'inexécution (**titre 1**).

Le juge est le garant d'une sanction juste en cas de manquement contractuel et cela passe par la mise en place d'une hiérarchisation des sanctions, à son sommet, l'exécution du contrat, dans le cas où son l'exécution est devenu impossible. Le juge dispose d'autres moyens et des solutions alternatives susceptibles de satisfaire les attentes de la partie au contrat victime de l'inexécution (**titre 2**) .

TITRE 1- LA SATISFACTION DU CRÉANCIER VICTIME DE L'INEXÉCUTION

⁴⁴⁹ D. MAZEAUD, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? », chronique de D. MAZEAUD et Y-M. LAITHIER, RDC, 2012, p.681.

312. La particularité.- La différence entre le droit français des contrats et les autres droits étrangers est qu'en France, l'exécution et le maintien du contrat est la priorité ; quoi qu'il arrive, tout doit être mis en œuvre pour que le contrat soit maintenu car « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » (CC, Art. 1134).

La doctrine française donne à la force obligatoire du contrat une très grande importance.

La règle des sanctions de l'inexécution contractuelle dans le droit positif française, est fondée sur une hiérarchie de sanctions au service de l'exécution en nature du contrat. Cela s'explique - comme nous l'avons déjà dit - par l'importance donnée à la force obligatoire du contrat. Le juge doit avant tout, puiser dans toutes ses réserves pour maintenir les liens contractuels et éviter ainsi la rupture du contrat (**chapitre 1**).

Le contractant défaillant de son côté, doit avant tout, être forcé à fournir la prestation qu'on attend de lui, ce qui garantirait ainsi le respect de l'engagement contractuel, à condition que cette exécution soit encore possible.

Dans le cas contraire, le débiteur doit être condamné à fournir une équivalence à l'exécution principale. Le juge optera pour une solution intermédiaire à l'exécution pure et dure de l'obligation (**chapitre2**).

CHAPITRE 1 - L'ÉVITEMENT DE LA RUPTURE DU CONTRAT PAR LE JUGE

313. La priorité.- Le régime de l'exécution forcée des obligations à toujours été mis en avant, afin que le maintien des liens contractuels soit toujours la priorité des juges, en usant de tous les moyens pour garantir l'exécution du contrat et assurer la fourniture de la prestation attendue par le débiteur (**section 1**).

L'intervention du juge peut donner lieu à d'autres mesures qui pourraient être efficaces dans le cas d'une inexécution tardive ou mieux encore, imparfaite ou incomplète. En effet, le juge procédera alors à une refaçon du

contrat qui constitue l'ultime recours pour sauver les liens contractuels et le contrat (**section 2**).

SECTION 1- UN DERNIER RECOURS POUR LE MAINTIEN DU CONTRAT

314. Les alternatives.- Le fait de donner au juge un rôle important est une garantie du maintien des liens contractuels et du respect de la force obligatoire du contrat. Car, on est sûr que le juge usera de tous les moyens pour cela, « *On assiste, à l'heure actuelle, à un essor considérable des condamnations non pécuniaires en matière contractuelle* ». ⁴⁵⁰

Le juge dispose d'un panel de sanctions qui vont pour la plupart dans la direction de l'exécution du contrat et cela d'une façon directe ou indirecte. Car, il peut accorder un délai de grâce au débiteur. Ce délai est une deuxième chance pour exécuter ses obligations, dans le cas où l'exécution est toujours possible (**§1**).

Si le débiteur est victime d'un événement qui l'a mis dans l'impossibilité provisoire de s'exécuter et dans le cas où ce débiteur est de bonne foi, le juge peut tout simplement suspendre le contrat, pour permettre au contractant de régler sa situation et par conséquent de reprendre l'exécution du contrat (**§2**).

§ 1 - UN DÉLAI SUPPLÉMENTAIRE POUR S'EXÉCUTER

315. Présentation.- Dans le but de privilégier l'exécution du contrat et de respecter sa force obligatoire, le juge peut et cela même en cours d'instance de rupture du contrat, accorder au débiteur un délai supplémentaire pour lui permettre de s'exécuter, ce qu'on appelle un délai de grâce (**A**). Ce pouvoir du juge a été admis expressément par l'article 1184 du code civil, mais quelle place occupe vraiment le délai de grâce (**B**) ?

⁴⁵⁰ M. FONTAINE, G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Etude de droit comparé, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p.205.

A - LA POSSIBILITÉ D'OCTROYER UN DÉLAI DE GRÂCE

316. Un pouvoir légal.- Dans son alinéa 3, l'article 1184 reconnaît au juge cette possibilité d'octroyer au contractant défaillant un délai de grâce, qui lui permettrait éventuellement d'exécuter des obligations. L'article 1228 de l'ordonnance du 10 février 2016, précise aussi 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 en effet, octroie au débiteur un délai afin d'éviter momentanément la résolution du contrat et maintient les liens contractuels. Ce qu'il faut savoir c'est que, cette autorisation de lui accorder un délai, peut être perçue comme une atteinte à la loi du contrat, incompatible avec les règles du droit commun.⁴⁵¹

« *L'autorisation donnée aux tribunaux de pouvoir, dans ce cas, accorder un délai, ne porte pas atteinte au principe déjà consacré, que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites,(...). C'est une exception, si l'on veut, à l'article 1134, qui stipule que la convention légale doit-être une loi pour les parties contractantes ; mais les articles 1134 et 1184 subsistant ensemble, tous les contrats seront formés sous l'empire de ces deux dispositions, dont l'une tempère la rigueur de l'autre* »⁴⁵².

317. Précision.- Comme le précise le rapport du tribun FAVART, « *Le délai qu'il est permis aux juges d'accorder au débiteur pour exécuter l'acte avant que la résolution soit acquise est fondé sur l'humanité* ».⁴⁵³

La raison pour octroyer ce délai est purement humaine envers le contractant défaillant. Selon le tribun Favart, il est accordé aux juges « *Un droit précieux, puisqu'il tend à venir au secours de celui que des circonstances malheureuses ont empêché de remplir à jour fixe les engagements qu'il a*

⁴⁵¹ V. en ce sens E. LEPELTIER, op. cit, p. 287; M-E. PANCRAZITIAN, *La protection juridique du lien contractuel*, op. cit., p. 307.

⁴⁵² Observations du tribun Favart lors des travaux préparatoires du code civil et dans son rapport aux tribunaux, P. A. FENET, recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t XIII, op. cit, p. 327.

⁴⁵³ V. le rapport du tribun Favart, op. cit, p. 327 ; V. aussi D. BERTHIAU, le principe d'égalité et le droit civil des contrats, Préf. J-L. SOURIOUX, Paris, LGDJ , 1999, n° 612, p. 325.

contractés ». ⁴⁵⁴ Par conséquent, quand le juge octroie un délai de grâce au débiteur « *Il en résulte un report d'échéance, donc une suspension des poursuites et même une certaine modification des termes du contrat, justifiée par cette idée qu'il faut accorder un sursis au débiteur et laisser au contrat toutes ses chances d'être ultérieurement exécuté* ». ⁴⁵⁵

318. La base légale.- L'article 1184 du code civil dans son alinéa 3, constitue alors un " adoucissement " ⁴⁵⁶ aux dispositions, selon lesquelles toute inexécution doit être sanctionnée par la résolution du contrat en faveur du créancier. BIGOT DE PREAMENEU considère que le pouvoir du juge à accorder un délai de grâce au débiteur, entre dans le cadre de " l'équité". Pour lui, il est question de « *Constater l'inexécution, en vérifier les causes, les distinguer de celles d'un simple retard; et dans l'examen de ces causes, il peut en être de si favorables que le juge se trouve forcé par l'équité à accorder un délai* ». ⁴⁵⁷

Pour résumer, dans le seul but d'éviter la résolution, le juge accorde un délai de grâce pour le débiteur, soit pour lui permette d'exécuter ses obligations, soit parce que le juge estime qu'une cause étrangère au débiteur, l'a empêché temporairement de remplir sa part du contrat.

La Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion d'affirmer que le juge doit accorder un délai de grâce au débiteur, en prenant en compte toutes les circonstances et doit statuer pour chaque cas, d'une façon souveraine ⁴⁵⁸.

319. Les conditions.- L'article 1184 du code civil et l'article 1228 de l'ordonnance de 2016 précisent qu'il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. Cela, sans donner aucune précision sur les circonstances qui peuvent donner lieu à l'octroi d'un délai de grâce au débiteur. Il revient donc au juge de définir les circonstances qui peuvent donner lieu à l'octroi d'un délai de grâce.

Les circonstances peuvent conduire le juge à accorder un délai de grâce au débiteur. Il va de soi que le juge peut refuser ce délai s'il estime que le contractant est de mauvaise foi, peu importe les raisons pour lesquelles il ne s'est pas exécuté. La sanction serait alors sans appel et le contrat sera résolu. « *En donnant au juge le pouvoir d'accorder au défendeur dans*

⁴⁵⁴ Ibid.

⁴⁵⁵ V. J. DEPREZ, *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, op. cit., p. 50.

⁴⁵⁶ P-A. FENET, « Recueil complet des travaux préparatoires du code civil », t XIII, op. cit, p. 424.

⁴⁵⁷ FENET, op.cit , t XIII, p. 244.

⁴⁵⁸ V. Cass Req., 14 avril 1884, S. 1890, 1, p. 434; Cass. Soc. , 12 avril 1956, D.1956, somm., p. 110; Cass. 1^{ère} Civ., 20 janvier 1964, Bull. civ., I, n° 36, p. 25.

*l'action en résolution un délai de grâce pour lui permettre de s'exécuter, le législateur avait dans l'esprit qu'il fallait venir au secours de celui qui a été empêché d'exécuter ses engagements. Un délai de grâce (...) perdrait en grande partie sa légitimité - si ce n'est toute sa légitimité -, s'il était accordé à un débiteur ayant manqué délibérément à l'exécution de ses obligations».*⁴⁵⁹

320. L'inutilité.- L'octroi d'un délai de grâce n'a aucune utilité et ne doit pas être accordé, dans le cas où l'inexécution est totale et définitive; circonstance que le juge doit prendre en compte avant de décider. D'un autre côté, s'il s'avère que le débiteur a eu juste un empêchement momentané, le délai de grâce peut être accordé. En effet, monsieur CASSIN précise qu' « *Il est fait fréquemment usage de ce pouvoir lorsque la faute du débiteur n'a pas rendu impossible une exécution conservant encore un intérêt réel pour le créancier* ». ⁴⁶⁰

Si le délai prévu dans le contrat pour l'exécution des obligations a été dépassé, l'exécution n'a aucun intérêt. De même, dans les contrats où une clause de confidentialité est insérée, si l'autre partie divulgue par exemple le secret de fabrication, l'octroi d'un délai de grâce ne changera rien. Car le manquement ne peut être réparé par une exécution puisque l'inexécution est " irréversible".

321. L'inutilité.- Une grande partie de la doctrine et à leur tête PANCRAZI-TIAN,⁴⁶¹ précise qu'il est inutile d'accorder un délai de grâce en cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire, car elle constitue une inexécution " irréversible " et " définitive ". Force est de constater qu'en « *(...) Cas de violation d'une obligation de ne pas faire, constituant la seule obligation du débiteur, il n'y a pas place pour un délai; le juge doit prononcer la résolution* ». ⁴⁶²

En présence d'une clause de non-concurrence, il est tout à fait possible que le juge donne un délai au contractant défaillant pour qu'il cesse d'exercer sa concurrence.

322. La perte du pouvoir.- Il faut savoir que dans certain cas, le juge perd tout simplement son pouvoir souverain d'octroyer un délai de grâce au

⁴⁵⁹ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, Thèse, Lille II, ANRT, 2007, p. 153.

⁴⁶⁰ V. R. CASSIN, « Réflexion sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », op. cit. n° 9, p. 174-175.

⁴⁶¹ M-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Thèse Aix En Provence, PUAM, 1969, p. 318 et suiv.

⁴⁶² M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2^{ème} éd. par P. ESMEIN, op. cit. , p. 576.

débiteur. Ce fut le cas dans les ventes d'immeubles; l'article 1655 du code civil en effet, affirme que si « *Le vendeur est en danger de perdre la chose et le prix, la résolution de la vente doit être prononcée, ce qui laisse entendre que le juge ne peut pas décider s'il peut octroyer ou non un délai de grâce au débiteur* ».

323. Justification.- Cette disposition trouve très largement sa justification dans l'idée que la protection du débiteur ne doit pas se faire au détriment du créancier, déjà lésé par l'inexécution. Aussi, le juge doit-il, plus généralement, refuser l'octroi d'un délai de grâce au débiteur, chaque fois qu'un tel délai compromettrait les intérêts du créancier demandeur de la résolution?

324. L'avis de jurisprudence. C'est dans ce sens que la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait statué ; dans son arrêt du 20 février 1973, elle affirme qu'accorder un délai de grâce « *Ne pourrait que mettre en péril les intérêts du créancier sans profit aucun pour les débiteurs* ». ⁴⁶³

Mais les cas où le juge se voit dépourvu de son pouvoir souverain d'octroyer ou pas un délai de grâce, restent très minimes et ne peuvent en aucun cas être considérés comme pouvant être un obstacle à la liberté des juges.

325. Un délai exceptionnel.- Ce qu'il faut tout de même savoir, c'est que le juge peut accorder au débiteur un délai supplémentaire qui lui permettrait éventuellement de s'exécuter. Cela, mettrait la demande de résolution du contrat en suspens. Mais, dans la plupart des cas, pour ne pas dire dans tous les cas où le juge est saisi d'une demande de résolution, ce dernier précise que le contrat sera automatiquement rompu et de plein droit si la partie défaillante n'a pas exécuté ses obligations, une fois que la durée du délai de grâce a expiré. Par cet acte, le juge, même s'il donne un petit avantage au débiteur, offre aussi au créancier une sorte de compensation. Cela lui évite un autre recours au juge, si son partenaire n'avait toujours pas exécuté le contrat ; ⁴⁶⁴ il éviterait en effet, au créancier de « *Supporter les conséquences de la nouvelle défaillance de son débiteur et les pertes de temps que suppose l'introduction d'une nouvelle action en justice* ». ⁴⁶⁵

⁴⁶³ Cass. 3^{ème} Civ., 20 février 1973, Bull. civ., III, n° 147, p. 106.

⁴⁶⁴ V. par exemple, Cass. Req., 17 novembre 1930, DH 1930, p. 605; Cass. com., 16 février 1967, JCP G. 1967, II, 15079.

⁴⁶⁵ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, Thèse, Lille II, ANRT, 2007, p. 155.

326. Spécificité.- Beaucoup d'auteurs considèrent que, même si le jugement ne précise pas que le contrat doit être résolu automatiquement après expiration du délai de grâce, le créancier n'a pas besoin de recourir au juge pour prononcer la résolution du contrat, le fait que le débiteur n'a pas exécuté son obligation au terme du délai accordé, donne le droit au créancier de rompre le contrat unilatéralement et de plein droit.⁴⁶⁶

B - LE DÉLAI DE GRÂCE DANS LE CODE CIVIL

327. Le pouvoir souverain du juge.- Dans les contrats de vente par exemple, si l'acheteur n'a pas payé la somme qu'il a été obligée de verser et s'il fait objet d'une poursuite en paiement par son partenaire, le juge dispose du pouvoir souverain d'accorder à la partie défaillante un délai supplémentaire pour s'exécuter⁴⁶⁷ ou bien d'annuler la vente.

328. La nature de l'obligation.- L'article 1244-1 alinéa 1 du code civil, affirme que « *Le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues* », comme nous l'avons déjà précisé, le juge peut accorder un délai de grâce au débiteur pour lui permettre d'exécuter son obligation quelle que soit la nature de l'obligation : obligation de donner, de faire ou même de ne pas faire mais sous certaines conditions⁴⁶⁸. Par ailleurs, ce délai de grâce ne touche pas que l'obligation de somme d'argent.

Les articles 1184 et 1244 du code civil, s'ils se rapprochent beaucoup quant au délai de grâce⁴⁶⁹, diffèrent sur bon nombre de points.⁴⁷⁰

Les contextes dans lesquels s'appliquent les règles relatives aux délais prévus dans l'article 1184 et 1244 du code civil, sont complètement différents.

⁴⁶⁶ en ce sens PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t VI, 2^{ème} éd, par P. ESMEIN, op. cit., n° 429, p. 576.

⁴⁶⁷ Ch. GAVALA, *Le délai de grâce judiciaire de l'article 1244 et s du code civil ...*, *Droit et patrimoine*, 1997, Doctr., p. 62 et suiv.

⁴⁶⁸ J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçon de droit civil*, t II, vol 1, Obligation, théories générale, op. cit, n° 910, p. 1001.

⁴⁶⁹ R. CASSIN, « Réflexion sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », op. cit., p. 175.

⁴⁷⁰ V. J. CARBONNIER, RTD Civ, 1956, p. 553; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD Civ, 1994, p. 225, qui souligne qu'il est donné au juge " un pouvoir modérateur étonnant, celui d'accorder un délai qui échappe aux restrictions du délai de grâce de l'article 1244-1" du code civil.

329. La différence dans le principe.- L'article 1184 du code civil donne au juge un pouvoir d'accorder au débiteur un délai de grâce. Ce qui lui donnera un temps supplémentaire pour s'exécuter et cela au cours de l'instance en résolution, ce qui équivaut en quelque sorte à une suspension de l'action en résolution. Le législateur pensait par conséquent à sauvegarder les liens contractuels⁴⁷¹.

L'article 1224-1 du code civil, quant à lui, donne au juge le pouvoir de modifier le contrat. En d'autres termes, il autorise le débiteur à s'exécuter mais dans des modalités complètement différentes. L'article prévoit en effet, « *Que le juge peut (...) échelonner le paiement des sommes dues* » alors qu'à la base, il devait payer la somme au comptant.

Par ailleurs, les conditions et surtout les circonstances sur lesquelles se base le juge, pour accorder ou pas le délai de grâce au débiteur pour exécuter ses obligations, sont différentes. Pour l'article 1244-1 en effet, le juge avant de décider d'accorder le délai de grâce, doit avant tout prendre en considération la situation du débiteur et les attentes du créancier. « *Dans la mesure où l'obligation du débiteur consiste à payer au créancier la somme due, le texte vise alors très clairement à protéger le débiteur qui se trouve, au jour de l'exigibilité de la créance, dans l'impossibilité matérielle de verser à son créancier la totalité de la somme due*». ⁴⁷² C'est dans ce cas, très précisément, que l'on veut protéger le débiteur en état de " détresse économique" contrairement à l'article 1184 du code civil qui ne prend pas en compte la situation économique du contractant défaillant.

330. Cas particulier.- En revanche, en matière de vente et dans le cas où le vendeur saisit le juge afin de résoudre le contrat, pour non paiement de la marchandise, les difficultés économiques et financières du débiteur constituent une des raisons pour lesquelles le juge peut lui accorder un délai de grâce pour s'exécuter. Il suspend alors le processus de rupture de contrat.

331. Précision doctrinale.- Le professeur MESTRE affirme que l'article 1184 alinéa 3 « *Se démarque de l'article 1244 en ce que, notamment, il invite à tenir compte des difficultés d'exécution de la convention plutôt que de la détresse économique du débiteur* ». ⁴⁷³

⁴⁷¹ V. J. CARBONNIER, RTD Civ, 1956, p.553.

⁴⁷² Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, Thèse, Lille II, ANRT, 2007, p.157.

⁴⁷³ V. J. MESTRE, obs. sous Cass. 1^{ère}Civ., 19 décembre 1984, RTD Civ, 1986, p. 107.

Il faut noter, à ce propos, que « *Même si la notion de bonne foi reste en la matière sous-entendue, ce n'est qu'accessoirement que les juges prendront en considération " la situation du débiteur " et " les besoins du créancier* ». ⁴⁷⁴

332. Limites.- On comprend très bien que, si l'octroi du délai de grâce en application de l'article 1244 du code civil, est beaucoup plus restreint, en revanche, il est beaucoup plus large, en application de l'article 1184 du même code, à condition que le débiteur soit de bonne foi.

Le délai de grâce que le juge accorde sur la base de l'article 1184 du code civil dans son alinéa 3, n'a pas de limite. Le juge peut accorder quelques jours ou même quelques mois, s'il estime que le délai accordé permettrait au débiteur de s'exécuter. Car, il dispose d'une grande liberté. Cela garantit le maintien des liens contractuels. ⁴⁷⁵ Alors que pour le délai de grâce octroyé en application de l'article 1244-1 du même code, il ne peut, en aucun cas, dépasser les deux ans, donc la liberté du magistrat dans ce cas, est limitée, c'est lui qui décide mais on lui impose des limites.

La Cour de cassation avait posé des limites au juge dans son octroi des délais de grâce, en application de l'article 1184 alinéa 3 du code civil. En effet, le juge ne peut pas accorder plusieurs délais de grâce au même débiteur et pour la même inexécution. ⁴⁷⁶

333. L'impossibilité de cumul.- Que cela soit en application de l'article 1184 alinéa 3 ou en application de l'article 1244-1 du code civil et quelle que soit la durée de ce délai de grâce, il ne peut pas être accordé plusieurs délais au contractant défaillant. Toutefois, le contrat peut être suspendu, si un cas de force majeure survient. ⁴⁷⁷

L'interdiction d'accorder plusieurs délais de grâce a été précisée par le législateur dans l'article 1655 du code civil dans lequel il affirme que « *Le délai passé sans que l'acquéreur ait payé, la résolution de la vente sera prononcée* »

334. L'exception.- En se basant sur l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 8 janvier 1929, le professeur SOUSTELLE affirme qu'il est tout à fait possible, pour le juge, d'accorder deux délais de grâce. Le raisonnement de l'auteur est très simple : si le juge applique l'article 1244-1

⁴⁷⁴ V. Ph. SOUSTELLE, *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, thèse précitée, p. 297.

⁴⁷⁵ J. CARBONNIER, RTD Civ, 1956, p. 553.

⁴⁷⁶ V. Cass. 1^{ère} Civ., 19 décembre 1984, Bull. civ., I, n° 343, p. 291; RTD Civ, 1986, p. 107, obs. J. MESTRE; Gaz. Pal. 1985-2, Pan de jurisp, p. 212, note GRIMALDI.

⁴⁷⁷ V. Cass. 1^{ère} Civ., 19 décembre 1984, op. cit ; Cass. 3^{ème} Civ., 16 avril 1986, Bull. civ., III, n° 41, p. 32.

du code civil et accorde un délai au débiteur pour s'exécuter, mais que le créancier a fait une demande de résolution du contrat, le juge peut octroyer un autre délai de grâce mais cette fois sur la base de l'article 1184 alinéa 3 du même code.⁴⁷⁸

335. Conclusion.- Par souci de protéger les liens contractuels et de garantir l'exécution du contrat, le juge a toute la liberté d'accorder un délai de grâce au débiteur, même s'il constate que l'inexécution est grave et totale, si le contractant défaillant est de bonne foi. Le juge ne doit pas accorder de prérogatives au débiteur au détriment du créancier, car s'il doit avantager une partie, ça doit être le créancier, car l'autre partie est défaillante, en d'autres termes en infraction.

En effet « *Chaque fois qu'il accorde un tel délai, le juge manifeste sa volonté de préserver le lien contractuel. Il en est de même lorsqu'il a décidé la suspension du contrat plutôt que sa résolution.* »⁴⁷⁹

§ 2 - LA SUSPENSION DU CONTRAT

336. Possibilité.- L'article 1218 de l'ordonnance du 10 février 2016, précise que « Si l'inexécution n'est pas irrémédiable, le contrat peut être suspendu ».

Il est tout à fait possible pour le juge, saisi d'une demande de résolution du contrat, de le suspendre au lieu de le rompre. Cela quand il constate que l'inexécution n'est que momentanée. La jurisprudence a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de confirmer cette possibilité. Elle a précisé en effet, dans son arrêt du 13 février 1872, que le juge doit, à la place de rompre le contrat, le suspendre si l'inexécution est pour une durée définie et provisoire⁴⁸⁰.

337. La circonstance.- La jurisprudence de l'époque s'est basée sur le fait que l'inexécution avait pour cause la force majeure⁴⁸¹ et que cette inexécution n'est pas définitive; vu que cette période était une période de

⁴⁷⁸ Ph. SOUSTELLE, *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, thèse précitée, n° 411, p. 300.

⁴⁷⁹ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, op. cit, p. 159.

⁴⁸⁰ Cass. Req., 13 février 1872, DP 1872, I, p. 287; dans le même sens. Cass. Civ., 15 février 1888, DP 1888, I, p. 203; Cass. Req., 12 décembre 1922, DP 1924, I, p. 186.

⁴⁸¹ V. J. TREILLARD, *De la suspension des contrats, dans la tendance à la stabilité de rapport contractuel*, étude de droit privé sous la direction de P. DURAND, Paris, LGDJ, 1960, p. 59 et suivant.

guerre.

Dans un arrêt plus récent, la haute juridiction réaffirme qu'en cas d'impossibilité momentanée d'exécuter une obligation, le créancier n'est pas libéré, cette exécution étant seulement suspendue, jusqu'au moment où l'impossibilité vient à cesser.⁴⁸²

Elle réaffirme sa position dans l'arrêt du 2 février 1994, dans lequel elle précise que « *L'incendie du fonds de commerce ne constitue pas un cas de force majeure autorisant la rupture du contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme, lorsque la fermeture de l'établissement est prévue pour le seul temps nécessaire aux travaux de remise en état des lieux* »⁴⁸³.

338. Utilité.- L'intérêt de la suspension est la dispense des deux parties d'exécuter leurs obligations pour une durée bien définie par le juge. Alors que le délai de grâce est en quelque sorte une prérogative dont seul le débiteur va bénéficier⁴⁸⁴.

Le doyen CARBONIER affirme que « *Le délai que l'article 1184, al 3, permet au juge d'accorder un délai de grâce, n'est pas équivalent à une suspension du contrat synallagmatique, [mais] c'est une faveur faite au débiteur en défaut, qui évite ainsi la résolution* »⁴⁸⁵.

Cela sous-entend que le contrat doit être exécuté, tout de suite après que l'obstacle qui a provoqué l'impossibilité temporaire d'exécution, a disparu.

La suspension du contrat en effet, permet de manière opportune d'éviter l'anéantissement du contrat chaque fois que l'obstacle à son exécution n'est que provisoire, car le débiteur va bientôt être en mesure de satisfaire à l'exécution de ses obligations⁴⁸⁶.

339. La distinction.- Par conséquent, la suspension se distingue de la résolution, par la possibilité d'exécuter le contrat dans le futur et de maintenir ainsi les liens contractuels. Le professeur SARRAUTE précise que la suspension n'est qu'une « *Résolution temporaire se plaçant au cours de l'existence d'un contrat successif (celui-ci n'étant nullement atteint dans ses effets antérieurs et postérieurs à la période de suspension* »⁴⁸⁷.

⁴⁸² Cass. 1^{ère} Civ., 24 février 1981, Bull. civ., I, n° 65, p. 53; D. 1982, p. 479, note D. MARTIN.

⁴⁸³ Cass. Soc., 2 février 1994, Bull. civ., V, n° 37.

⁴⁸⁴ V. J. GHESTIN, Ch. JMIN et M. BILLIAU, Les effets du contrat, 3^{ème} éd, op. cit, p. 480.

⁴⁸⁵ J. CARBONIER, *Droit civil : Les Obligations*, 22^{ème} éd, T 4, PUF, 2000, p. 355 .

⁴⁸⁶ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, op. cit, p. 161.

⁴⁸⁷ SARRAUTE, « Suspension et résolution du contrat », Rev. crit. de légis. et de jur., 1924, p 594.

340. Difficulté.- Un seul problème se pose pour la suspension, ce sont les contrats à exécution successive : les contrats de location par exemple, si le propriétaire décide d'entreprendre des réparations importantes et nécessaires, ils peuvent empêcher le locataire de jouir des lieux temporairement.

Si le débiteur se trouve dans l'impossibilité provisoire d'exécuter son contrat, il peut en demander la suspension pour faire échec à une éventuelle demande de résolution. Vu que la suspension du contrat ne constitue en aucun cas un droit, sa demande peut ne pas aboutir. Sauf si les parties aient prévu expressément dans le contrat la possibilité de suspendre la convention.⁴⁸⁸

341. Pouvoir du juge.- Si le juge estime que le prononcé de la suspension se justifie par sa finalité, il dispose du pouvoir souverain dans la décision d'une telle mesure et d'apprécier ainsi, si la suspension de la convention peut atteindre son but.

Comme nous le savons déjà, la mesure de suspension du contrat a pour but le maintien des liens contractuels, dans le cas d'une impossibilité temporaire d'exécution. Le juge s'assure alors que l'événement qui a provoqué cette impossibilité provisoire d'exécution, disparaîtra dans un délai très bref. Il pourra alors reprendre l'exécution du contrat. Sa suspension est la solution la plus envisageable afin le maintenir.

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation, quant à l'incidence de la force majeure dans la continuité du contrat, il décide ainsi, si la force majeure constitue un empêchement temporaire ou définitif, de l'exécution du contrat.

342. Poursuite du contrat.- Bien évidemment, il est clair que le juge s'assure qu'après l'extinction du délai de suspension, l'exécution reste toujours satisfaisante pour le créancier.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Comme le prévoit l'article L 113-3 du code des assurances : « La prime est payable au domicile de l'assureur ou du mandataire désigné par lui à cet effet. Toutefois, la prime peut être payable au domicile de l'assuré ou à tout autre lieu convenu dans les cas et conditions limitativement fixés par décret en Conseil d'Etat. A défaut de paiement d'une prime, ou d'une fraction de prime, dans les dix jours de son échéance, et indépendamment du droit pour l'assureur de poursuivre l'exécution du contrat en justice, la garantie ne peut être suspendue que trente jours après la mise en demeure de l'assuré. Au cas où la prime annuelle a été fractionnée, la suspension de la garantie, intervenue en cas de non-paiement d'une des fractions de prime, produit ses effets jusqu'à l'expiration de la période annuelle considérée. La prime ou fraction de prime est portable dans tous les cas, après la mise en demeure de l'assuré ».

⁴⁸⁹ J. TREILLARD, *De la suspension des contrats*, op. cit., p. 65 et suite.

*« S'appuyant sur une stipulation du contrat prévoyant un délai de rigueur pour l'exécution des obligations, ou prenant en compte la nature de la prestation due, les juges peuvent en effet estimer qu'une exécution tardive serait dépourvue de toute utilité pour le créancier. C'est alors la résolution du contrat et non pas sa suspension qui doit logiquement être décidée. En revanche lorsqu'il apparaît au juge qu'une exécution tardive peut encore avoir lieu de manière utile pour le créancier, il optera pour sa suspension».*⁴⁹⁰

Comme le précise monsieur TREILLARD, il existe comme une orientation des juges *« A choisir instinctivement la solution qui sauvegarde le lien contractuel " au point où il "accorde presque toujours la suspension sollicitée».*⁴⁹¹

343. Conclusion.- L'intérêt de l'intervention du juge dans la rupture du contrat, se résume comme à chaque fois, au maintien du contrat autant que possible. Cela se vérifie par le fait que le juge accorde la suspension du contrat, à la place de la résolution et même s'il n'existe aucune possibilité pour le maintenir, le rôle du juge est toutefois, d'assurer que la rupture ait des effets très limités sur les deux parties.

SECTION 2 - LA RÉFACTION DU CONTRAT

344. Présentation .- *« Ce qui est dit est dit! ce qui dit est dû »*⁴⁹²
En principe le contrat est réputé intangible et le respect de la parole donnée est sacré, une grande partie de la doctrine, en effet, réfute l'idée d'une quelconque intervention judiciaire pour la réfaction du contrat. Avec l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016, il est désormais possible de réduire le prix dans le but de maintenir le contrat. L'article 1213, stipule que *« 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.»*

⁴⁹⁰ Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, op. cit, p. 162.

⁴⁹¹ TREILLARD, *De la suspension des contrats*, op. cit, p. 71-72.

⁴⁹² D. MAZEAUD, Rapport Français, « La révision du contrat », petites affiches, p. 553.

En revanche, la jurisprudence et en particulier la Cour de cassation a depuis fort longtemps réaffirmé son attachement au principe d'intangibilité du contrat.

Dans un arrêt du 7 décembre 2004, la première chambre civile de la Cour de cassation, réaffirme la décision d'une Cour d'appel qui a refusé le changement du prix de cession, pour un cessionnaire des parts d'un office notarial. Elle affirme que « *Les cessions d'office ministériels constituent des contrats "sui generis" intéressant l'ordre public, lequel exige que le prix des offices représente leur valeur exacte, il appartient au juge du fonds d'apprécier souverainement s'il y'a exagération dans le prix et dans quelle mesure la réduction doit être opérée* ». Elle a auparavant précisé dans un arrêt du 29 janvier 2003, que l'inexécution partielle d'une obligation de délivrer, dans un contrat de vente, ne peut en aucun cas donner lieu à une réfaction judiciaire du prix, initialement précisé dans le contrat.⁴⁹³ La volonté de maintenir le contrat et de faire respecter la parole donnée, peut donner lieu à certaines exceptions. L'intervention du juge pour réviser le contrat est un moyen pour sauver les liens contractuels et par conséquent, la continuité du contrat.

345. Solidarité contractuelle.- Une partie de la doctrine estime que la réfaction du contrat entre dans le domaine de la " solidarité " contractuelle, car toute inexécution contractuelle ne doit pas forcément conduire à une rupture du contrat (**§1**).

Les remèdes au manquement contractuel doivent être envisagés d'une façon à maintenir le contrat. L'inexécution, même si elle est avérée, ne doit pas forcément conduire à la rupture du contrat. Ne serait-il pas plus raisonnable de changer, voire de supprimer des clauses du contrat au lieu de rompre ce dernier ?

Il est clair que le juge doit prendre en compte l'intérêt du créancier victime de l'inexécution. C'est dans cette perspective que, seul le juge doit bénéficier du pouvoir de réfaction du contrat. Car, cela résoudrait plusieurs problèmes liés à l'inexécution contractuelle (**§2**).

⁴⁹³ Defrénois, 2003, 844, obs. E. SAVAUX.

§ 1 LA RÉFACTION DU CONTRAT, UNE ÉVOLUTION CONTRACTUELLE

346. Définition.- Il existe plusieurs définitions de la réfaction judiciaire du contrat. La réfaction est l' « *Estimation de l'ouvrage d'un travail en fonction des circonstances ou d'une modification des prêts, la réévaluation, la fixation d'un nouveau prix* ». ⁴⁹⁴ Monsieur ALTER définit la réfaction comme une « Véritable technique de réajustement du prix en fonction de la délivrance parfaitement assumée" et constitue " un moyen idéal d'adapter les prestations réciproques » ⁴⁹⁵. La réfaction a longtemps été assimilée à plusieurs notions; telles que l'adaptation, l'évaluation, la revalorisation, l'ajustement et l'indexation. Toutes ont pour but de remédier à l'inexécution contractuelle.

Le professeur NANA précise que « *Quand la réfaction consiste comme c'est presque toujours le cas en une modification du prix de la ou des choses vendues, les résolutions partielles, réfections ou dommages et intérêts ne diffèrent plus que par une vue de l'esprit.* » ⁴⁹⁶

Il faut avant tout comprendre que la réfaction ne veut pas dire la modification, d'après monsieur GHOZI, la modification se définit comme « *L'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer en cours d'exécution un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie en maintenant le rapport contractuel* » ⁴⁹⁷. Mais cette définition ne semble pas faire de la réfaction et de la modification deux concepts pratiquement identiques.

On peut dire que « *La réfaction est la sanction par laquelle, l'un des contractants où le juge, change en cours d'exécution du contrat un élément principal ou accessoire de la convention. À l'origine d'un déséquilibre, le rapport contractuel continuant d'exister* ». ⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ G. CORNOU, Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, PUF, 2004. V. réfaction.

⁴⁹⁵ M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse Grenoble, LGDJ, 1972, p. 337.

⁴⁹⁶ G-J. NANA, *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, thèse Paris, LGDJ, p.102.

⁴⁹⁷ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties : étude de droit civil français*, préf, D. TALLON, LGDJ, 1980, Paris, Bibl. dr. Privé. T. 166.

⁴⁹⁸ K. ASUNCION DE LA PLANES, *La réfaction du contrat*, LGDJ, p. 4.

347. Effet.- La réfaction judiciaire du contrat a donc pour effet, de changer un ou plusieurs dispositifs, dans le but de continuer l'exécution du contrat ou supprimer un ou plusieurs dispositifs existant dans le contrat.

Il ne faut pas confondre entre la réfaction et la modification; au sens exact, la réfaction ne modifie pas le contrat complètement, mais opère une sorte de correction. Concrètement, dans la pratique contractuelle, la réfaction du contrat est toujours judiciaire. En revanche, elle peut aussi être un acte unilatéral, cela peut intervenir, dans certains cas, dans le but de régler un litige contractuel. Par exemple, dans le cas où l'acquéreur d'une marchandise reçoit un produit de qualité qui ne correspond pas à la qualité demandée, mais d'une qualité inférieure, l'acheteur va réduire le prix unilatéralement, sans contestation du vendeur, le contrat continue à exister, il y a donc un accord tacite.

Le principe d'intangibilité du contrat interdit à l'une ou l'autre des parties de modifier le contrat de son propre chef, car le contrat est la loi des parties. Il doit être respecté et exécuté de bonne foi, mais il existe toutefois des exceptions à ce principe d'intangibilité.

Il existe deux façons de modifier un contrat, autrement dit, il existe deux types de réfaction : la première est la réfaction conventionnelle ou contractuelle, la deuxième est la réfaction judiciaire, c'est-à-dire faite par le juge.

348. Réfaction par les parties.- Concernant la réfaction conventionnelle, les parties décident d'introduire une clause de modification dans le contrat pour un changement de circonstances par exemple et si les conditions sont réunies, les parties sont dans l'obligation de le modifier. Même dans le cas où les parties n'ont pas pensé à insérer une clause de révision ou d'indexation dans le contrat, les parties sont libres de rajouter, de supprimer ou d'en modifier des clauses. Il suffit juste que la volonté des parties soit respectée, car on ne peut pas obliger quelqu'un à faire ce qu'il n'a pas envie de faire.

Les parties se mettent d'accord pour en modifier certains dispositif du contrat initial, par exemple en modifier le prix suite à un défaut de fabrication ou de livraison. Il n'est en aucun cas question d'annuler le premier contrat et d'en créer un nouveau.

La réfaction ou « *La modification[du contrat] peut-être autorisée par une disposition légale. En effet certaines lois [admettent] expressément la modification de contrat en cours d'exécution loi sur la révision des loyers, loi*

sur la révision des salaires et d'autres s'appliquent immédiatement au contrat en cours , c'est le cas des lois monétaires »⁴⁹⁹ .

349. Réfaction judiciaire.- Dans le cas d'une procédure judiciaire, le juge peut effectuer une réfaction du contrat, si celui-ci estime que la résolution judiciaire n'est pas la solution adaptée au contentieux contractuel posé. La réfaction judiciaire du contrat, a pour rôle unique de préserver les liens contractuels et d'assurer l'exécution des obligations. En effet, dans un contrat de vente par exemple, si l'acheteur constate le jour de la livraison un défaut dans la marchandise reçue, sans que ce défaut n'empêche la continuité de son activité, le juge saisi de l'affaire proposera une réfaction du contrat, c'est-à-dire un changement de prix au lieu de le résoudre, car la solution arrange les deux parties.

Il est clair que la réfaction judiciaire du contrat ne concerne pas le contrat lui-même, mais uniquement le litige porté devant le juge. C'est-à-dire que si un acheteur reçoit une marchandise de qualité médiocre, alors qu'il a payé pour une marchandise de bonne qualité, la réfaction du prix proposée par le juge concerne uniquement la marchandise reçue. Il n'est pas question que le prix s'applique sur les transactions à venir, c'est-à-dire que si le débiteur livre la qualité et la quantité demandées à son créancier, le prix pratiqué sera le prix initial prévu dans le contrat. Dans le cas contraire, si l'une des parties ne veut pas payer le prix, cela équivaut à une inexécution contractuelle et la sanction sera la résolution du contrat le cas échéant, suivie de dommages et intérêts.

Il est à souligner que la réfaction judiciaire du contrat ne touche pas uniquement les contrats de vente. Tous les contrats de commerce peuvent faire l'objet d'une réfaction, en cas d'inexécution partielle ou imparfaite. Dans un contrat de construction ou de services par exemple, si la prestation fournie n'est pas celle convenue dans le contrat, il est logique que la rémunération due, ne puisse pas être celle entendue dans le contrat. Une réfaction s'impose pour ne pas rompre les liens contractuels. L'intérêt de solliciter une réfaction judiciaire du contrat, au lieu d'une réfaction conventionnelle, c'est que le juge veille toujours à protéger les parties et surtout leurs intérêts. En effet, il proposera toujours un prix qui sera proportionnel aux imperfections signalées, sans privilégier une partie plutôt que l'autre.

⁴⁹⁹ <https://defense-du-consommateur.ooreka.fr/astuce/voir/474829/refaction> (consulté la dernière fois le 05/05/2016)

Il ne s'agit pas d'une sanction, mais plutôt d'un moyen pour continuer à exécuter le contrat.

§ 2 - LE RÉGIME DE LA RÉFACTION DU CONTRAT

350. Utilité .- Outre la volonté de maintenir le contrat, l'intervention du juge aura pour rôle de rééquilibrer ce dernier « *Le juge du contrat n'est plus le spectateur passif de la querelle, prisonnier d'un prétendu principe de l'autonomie de la volonté, qui lui impose de respecter les termes de la convention et lui interdit de modifier le contrat, fût-ce, pour rétablir entre les parties, un équilibre injustement rompu* », ⁵⁰⁰

Il est regrettable que l'ordonnance du 10 février 2016 n'ait pas abordée la réfaction du contrat. Afin de bien comprendre le régime de la réfaction judiciaire de celui-ci , il faut avant tout définir sa nature (**A**).

Il faut savoir que le but de la réfaction qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle est de maintenir le contrat, mais aussi la recherche une justice contractuelle (**B**).

A - LA NATURE DE LA RÉFACTION JUDICIAIRE DU CONTRAT

351. Caractéristique.- La nature de la réfaction judiciaire du contrat doit être appréhendée sous deux aspects :

- _ En premier lieu, la réfaction est un remède à l'exécution contractuelle, c'est donc une solution pour le maintien du contrat. (**1**).
- _ En deuxième lieu, la réfaction du contrat constitue une sanction pour la partie défaillante du contrat (**2**).

1- LA RÉFACTION JUDICIAIRE DU CONTRAT, UN REMÈDE À L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

⁵⁰⁰ Etude offerte à Jacques GHESTIN, le contrat au début XXI ème siècle, LJDG, 2001, p. 981.

352. Le rôle.- La révision du contrat, effectuée par le juge, constitue en premier lieu un remède à une inexécution du contrat; afin de préserver les liens contractuels et ainsi de protéger les parties dans une situation difficile, occasionnée par un bouleversement survenu lors de l'exécution du contrat. Cette révision concerne en particulier le débiteur ; le juge joue un rôle très important, et l'intérêt de son intervention ne se résume pas seulement à la modification du contrat, mais aussi à la détermination des conditions de la demande de réfaction du contrat. Mais s'il est clair que la réfaction s'opère dans l'intérêt du débiteur, qu'en est t-il du créancier ? Avant tout, c'est lui la victime de l'inexécution et non pas le débiteur. Le fait de laisser au juge la liberté totale de décision et de manœuvre est une sorte de garantie d'une justice équitable et d'une résolution juste du problème. Le juge prendra en compte avant tout les attentes du créancier et protéger ses intérêts. Il ne peut et ne doit pas imposer une clause ou en changer une si celle-ci ne correspond pas aux attentes du créancier.

353. Conditions.- Avant toute décision de révision du contrat, le juge doit contrôler la situation professionnelle du créancier; il n'est pas possible de demander une réfaction du contrat si le débiteur n'est pas en mesure d'exécuter ses obligations, c'est-à-dire que le juge contrôle l'inexécution de la partie défaillante ; si l'inexécution est totale et définitive, il est inutile de modifier le contrat car le débiteur ne pourra en aucun cas s'exécuter. En revanche, si sa situation économique est difficile, mais qu'une simple modification du prix de la vente par exemple lui permettrait de faire face à cette situation, la réfaction prendra toute son utilité.

Par ailleurs, le juge, et avant tout, doit aussi prendre en compte la situation du créancier : si la révision des clauses du contrat pourrait porter préjudice au créancier, victime de l'inexécution, le juge ne peut prononcer la réfaction du contrat; les intérêts de ce dernier doivent avant tout passer avant ceux du débiteur, la partie défaillante du contrat.

354. Conclusion.- Quoi qu'il en soit, la réfaction judiciaire du contrat reste toujours un remède en cas d'inexécution. Elle constitue un moyen pour préserver les liens contractuels et la continuité du contrat. Le juge est dans l'obligation de privilégier l'exécution du contrat par tous les moyens quitte à

s'immiscer dans le contrat et à le modifier, car son but est le maintien de la convention, en essayant de la rééquilibrer.

2 - LA RÉFACTION JUDICIAIRE DU CONTRAT COMME SANCTION

355. Un moyen de dissuasion.- « Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et aux obligations légalement convenues entre les parties »⁵⁰¹. Toutefois, les juges du fond s'octroient un pouvoir de sanction dans les cas où des prérogatives contractuelles sont mises en œuvre d'une façon déloyale par l'une des parties ; même si les jurisprudences ne cautionnent pas vraiment ce genre d'intervention, il n'est pas impossible que les juges sanctionnent une partie au contrat, pour la mise en œuvre déloyale d'une clause de résolution ou clause pénale ; les juges ont, en effet dans plusieurs cas, paralysé les effets de ces clauses ou même, ils les ont complètement et simplement annulées⁵⁰².

La chambre commerciale de la cour de cassation, dans son arrêt du 3 novembre 1992, avait condamné une société pétrolière parce que cette dernière ne voulait pas prendre en compte les difficultés économiques rencontrées par l'un de ses contractants, en l'occurrence le distributeur ; la Cour l'a donc sanctionné au motif qu'elle l'avait empêché « *De pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté (le contrat) de bonne foi* ». ⁵⁰³La cour a ainsi condamné une partie pour avoir refusé de renégocier un contrat pour que l'autre partie puisse faire face à la concurrence.

La Cour de cassation n'hésite pas à mettre en avant l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil, qui oblige les parties à renégocier un contrat déséquilibré par un changement de circonstances survenu au cours de son exécution.

⁵⁰¹ Cass. Com., 10 juill 2007, n° 06-14 .768, rldc 2008/46, n° 2840, Note Ph. DELEBECQUE, JCP 2007, II, n° 10154, note D. HAUTCIEFF, 2007, p. 2839, Note Ph. STOFFEL-MUNCK.

⁵⁰² V. par exemple Cass. 1^{ère} Civ., 14 mars 1956, Bull. civ., I, n°133.

⁵⁰³ Défrénois, 1993, 1377, obs. J. MESTRE.

La réfaction judiciaire du contrat a donc pour but de sanctionner les irrégularités survenues au moment de la conclusion même du contrat, on dira alors qu'elle sanctionne l'utilisation déloyale des prérogatives contractuelles qui pouvaient conduire à des clauses abusives ; les sanctions interviennent alors pour des irrégularités constatées au moment de la conclusion du contrat

356. Une sanction au moment de la conclusion du contrat.- Le juge peut opérer une réfaction afin de contrôler les conditions de validité du contrat ou de l'insertion d'une clause ou de sa validité, il est donc préférable de sanctionner les parties défaillantes par la réfaction du contrat au lieu de l'anéantir, ce genre de sanction est de nos jours entré dans les « mœurs » contractuelles.

La chambre sociale de la Cour de cassation avait décidé dans un arrêt que « *Le juge en présence d'une clause de non concurrence insérée dans un contrat de travail, (...à indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise, peut lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité, conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* »⁵⁰⁴. La Cour de cassation⁵⁰⁵ a aussi annulé une clause d'exclusivité dans un contrat de distribution au motif que celle-ci dépasse dans le temps, la durée décennale imposée par la loi du 14 octobre 1943. Les juges n'ont pas hésité à sanctionner des clauses de non concurrence insérées dans le contrat. Ces clauses considérées comme illicites⁵⁰⁶, se trouvent souvent dans les contrats de travail. Les juges ne cautionnent pas les agissement des entreprises qui cherchent à imposer à leurs salariés, des clauses très larges. Les juges doivent, dans tous les cas, sanctionner toute clause qui avantage une partie au détriment de l'autre. Le rôle du juge consistera à protéger les intérêts des parties et en particulier ceux de la partie faible au contrat. Le contrôle et la révision du contrat ont donc pour but « *La recherche de la stabilité des rapports contractuels* »⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Cass. Soc., 18 septembre 2002, RDC 2003, p. 151, obs. Ch. RADÉ. Pour une critique de cette jurisprudence, V. J. PÉLISSIER, A. SUPPIOT, A. JEAMMAUD, op.cit, n° 267. Pour des études d'ensemble sur cette question, v. entre autres, O. GOUT, op. cit, spéc. n° 650 et s ; R. VATINET, « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », Droit social, 1998, p. 534 et s.

⁵⁰⁵ Sur cette jurisprudence, V. O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999., n° 645 et s.

⁵⁰⁶ v. sur ce point , O. GOUT, note préc., spéc. n° 7 ; J. MESTRE et B. FAGES, obs. préc., in RTD Civ. 2004, p.89; Ch. RADÉ, obs. préc.

⁵⁰⁷ O. GOUT, note préc. n° 7.

357. L'objet .- La réfaction est donc une sanction de l'insertion d'une clause qui avantage une partie par rapport à l'autre par sa position de partie forte au contrat, « *Le juge ne doit plus être uniquement, comme il était auparavant, l'agent de destruction du contrat irrégulier, mais aussi celui de sa réhabilitation* »⁵⁰⁸.

Toutefois, la réfaction judiciaire du contrat est une sanction à l'exécution même du contrat⁵⁰⁹.

Si une partie n'exécute son obligation que d'une façon partielle ou imparfaite, l'intervention du juge et sa réfaction seraient une sanction pour la partie défaillante.

358. Exemple .- Si par exemple un vendeur a livré une marchandise mais que celle-ci est défectueuse ou de mauvaise qualité, la sanction portera sur une réduction du prix et, selon la faute commise par le vendeur, sur la réfaction pour sanctionner la partie défaillante dans l'exécution de son obligation « *Cette forme de révision judiciaire du contrat, prononcée en cas d'irrégularités affectant son exécution, se présente sous forme d'une opportunité alternative à la résolution du contrat inexécuté, dans la mesure où elle évite l'éventuelle disparition d'un contrat qui, en dépit de son exécution imparfaite ou incomplète, n'est pas pour autant privé d'utilité économique pour son créancier et permet donc d'assurer sa pérennité au prix de la restauration judiciaire de son équilibre* »⁵¹⁰.

B - UNE RÉFACTION DU CONTRAT POUR UNE MEILLEURE JUSTICE CONTRACTUELLE

359. L'intérêt.- L'article 1134 du code civil dans son alinéa 1, précise que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Les parties doivent donc respecter les engagements, et exécuter les obligations de bonne foi.

⁵⁰⁸ Idid.

⁵⁰⁹ V. Ch. ALBIGES, « Le développement discret de la réfaction du contrat », Mél. Cabrillac, Litec, 1999, p. 3 et s.

⁵¹⁰ D. MAZEAUD, petites affiches, 2005, p. 567.

Le juge de son côté, est dans l'obligation de respecter le contrat, et de le faire respecter par les parties.

Mais dans certains cas, le juge est amené à réviser le contrat pour atteindre une meilleure justice contractuelle. Cela se fera par une réfaction judiciaire des clauses du contrat déjà existantes **(1)**.

L'intervention du juge dans le contrat passe aussi par le rajout d'obligations dans le contrat non prévues par les parties **(2)**.

1- UNE RÉFACTION JUDICIAIRE DES CLAUSES DÉJÀ EXISTANTES

360. Illustration.- L'intervention du juge, pour la modification des clauses déjà existantes dans le contrat, se fait essentiellement au moment de sa saisine d'une demande de rupture du contrat. Les tribunaux annuleront les clauses litigieuses dans le but du maintien du contrat ; cette évolution permet alors une bonne exécution des conventions. « *Le maintien du contrat, sa bonne fin, apparaissent en effet comme des priorités sociales et la dénonciation de celui-ci pour l'illégalité d'une de ses clauses, comme une sanction inadéquate.* »⁵¹¹. Il est clair qu'il est primordial de maintenir le contrat quoiqu'il en soit, cela est le but principal du juge, ainsi que de combattre les clauses à fin de rétablir l'équilibre contractuel. « *Une intuition se fait jour selon laquelle la clause réputée non écrite, tout en assurant le maintien d'un contrat amputé d'une clause illicite, pourrait correspondre à un procédé de sanction original. La clause réputée non écrite attire la jurisprudence ; elle intrigue quelques auteurs.* »⁵¹²

361. Champ d'application.- La réfaction judiciaire du contrat concerne donc les clauses réputées non écrites, « *La jurisprudence est venue généraliser le recours à certains mécanismes de maintien de la relation contractuelle, au-delà des cadres étroits dans lesquels le législateur avait pu les enfermer* »⁵¹³. Cependant la loi a toujours sanctionné ce genre de clause, les juges n'hésitent pas à les annuler, et ces clauses sont alors censées n'avoir jamais existé" « *censées n'avoir jamais existé* »⁵¹⁴

⁵¹¹ S. GAUDEMONT, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Recherches juridiques, Economica, 2006.

⁵¹² *ibid.*

⁵¹³ *ibid.*

⁵¹⁴ Cass. 3^{ème} Civ., 9 mars 1988, n° 86-17869, Bull. civ., III, n° 54.

362. Définition.- L'article 41 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 précise qu' « *Est réputée non écrite toute clause (...) Qui autorise le bailleur à percevoir des amendes en cas d'infraction aux clauses d'un contrat de location d'un règlement intérieur à l'immeuble* ». L'intervention du juge a donc pour but de dissiper les ambiguïtés, notamment l'insertion du terme "amende" qui pouvait être assimilé à une clause pénale. En quelque sorte, le juge, en procédant à la réfection du contrat, ne fait qu'appliquer la loi aux termes de l'article 41. Il ne fait que corriger des erreurs d'interprétation. La réfection des contrats en général et les clauses en particulier se fait principalement par l'application de ce qu'on appelle le "réputé non écrit". Sont considérés « *Non écrites les stipulations qui ont pour effet d'exclure ou de limiter la garantie définie par ces clauses types.*»⁵¹⁵

363. Réputée non écrite .- Toutefois, dans les années 50, les juges du fond ont réputé non écrit « *La clause insérée dans une promesse unilatérale de vente et prévoyant le paiement par l'acheteur éventuel d'une somme déterminée à titre de dédit, doit être réputée non écrite comme étant inconciliable avec l'énonciation primordiale de l'acte réservant au dit acheteur la faculté d'acquiescer, et comme ayant pour conséquence, si elle recevait application, de faire produire à la promesse unilatérale de vente les mêmes effets juridiques qu'à la promesse synallagmatique.* »⁵¹⁶, mais dans les années 90 cette technique a été utilisée plus souvent par les juges du fond.

« *Plus grand encore avait été le pas franchi, dès avant 1991, consistant pour le juge à déclarer une clause non écrite, en dehors cette fois-ci de toute consécration de ce procédé de sanction par la loi, sur le fondement de l'absence de cause. Ont ainsi été réputées non écrites les clauses des contrats d'assurance de responsabilité civile qui limitent la garantie de l'assurance à une durée inférieure à celle de la responsabilité de l'assuré*⁵¹⁷. Par la suite, a été déclarée non écrite la clause contenue dans les dispositions générales de la société Chronopost et selon laquelle le transporteur fixe au prix du transport la réparation due en cas de non-respect des délais »⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 22 mai 1991, n° 89-18604, Bull. civ., I, n° 161.

⁵¹⁶ C.A Orléans, 5 janvier 1949.

⁵¹⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 19 décembre 1990, n° 88-12863, Bull. civ., I, n° 303.

⁵¹⁸ Cass. Com., 22 octobre 1996, n° 93-18632, Bull. civ. IV, n° 261.

Cependant dans la pratique contractuelle « *Plus généralement, certaines clauses sont aujourd'hui déclarées non écrites, par la Cour de cassation ou les juridictions du fond, parce qu'elles contredisent la portée de l'engagement pris par l'une des parties* ». ⁵¹⁹ Dans un autre arrêt quelques années plus tard, la même chambre avait précisé qu' « *Aucune des stipulations qui délimitent dans le temps la garantie de l'assureur n'a finalement trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation.* » ⁵²⁰ Le 17 mai 2013 la chambre civile de la Cour de cassation avait aussi sanctionné une clause par le même principe ; elle affirme que « *Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants. Sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance.* » ⁵²¹

La réfaction du contrat par l'annulation d'une clause n'a pas pour but que la sanction; le "réputée non écrite" même si il est considéré comme une sanction, son rôle est la protection du contrat. La volonté de le préserver n'est en aucun cas une atteinte à l'autonomie de la volonté « *S'il se trouve que certaines stipulations entravent la réalisation de l'objectif poursuivi, c'est finalement servir l'autonomie de la volonté que de les écarter en les déclarant non écrites.* » ⁵²²

364. L'étendu .- Toujours est-il que la réfaction judiciaire du contrat concerne aussi le montant des clauses prévoyant l'octroi d'une somme d'argent à l'une des parties dans le cas où l'autre n'exécute pas ses obligations et notamment la clause pénale, qui est la stipulation « *Par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». (CC. art 1226)

Cependant l'article 1231 du Code civil permet au juge de modifier le montant de la clause pénale, mais « *Lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie* ».

⁵¹⁹ S. GAUDERMONT., *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Recherches juridiques, Economica, 2006. « *Le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période (...); la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en œuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie ; (...) cette stipulation doit en conséquence être réputée non écrite* », Cass. 1^{ère} Civ., 19 décembre 1990, n° 88-12863, Bull. civ., I, n° 303.

⁵²⁰ S. GAUDEMONT, *La clause réputée non écrite*, op. cit.

⁵²¹ Ch. Mixte., 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927.

⁵²² S. GAUDEMONT, *La clause réputée non écrite*, op. cit.

L'article 1152 dans son alinéa 2 précise que « *Le juge peut même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite* ». L'article 1231 précise que « *Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ». En revanche, si les parties prévoient de réduire la somme proportionnellement à la gravité de l'inexécution, cela mettra des limites au pouvoir d'intervention du juge dans le contrat.

2 - UNE RÉFACTION JUDICIAIRE DU CONTRAT RAJOUTANT DES OBLIGATIONS

365. Présentation. - Comme déjà précisé, la force obligatoire fait du contrat un ensemble intangible ; tout changement ou rajout ne doit en principe être opéré qu'avec l'accord des parties ; le juge n'est donc pas en mesure de modifier ou d'ajouter des obligations dans le contrat. Mais dans la pratique, les tribunaux n'ont pas hésité à rajouter des obligations dans le contrat initialement inexistantes, même si cela ne reflète pas exactement la volonté des parties. En revanche dans certains contrats il existe une sorte de "flou" qui pouvait être la conséquence de l'existence d'une clause ambiguë, ou alors l'existence d'une contradiction entre deux ou plusieurs clauses. Cette porte laissée en quelque sorte ouverte par les parties, permet au juge d'intervenir dans le contrat ; cette possibilité ou plutôt ce pouvoir d'intervention est prévu par les articles 1156 et 1164 du Code civil⁵²³.

366. Les règles.- La jurisprudence a posé des règles à ce pouvoir ainsi que des limites ; la Cour de cassation a en effet, toujours effectuée un contrôle sur les décisions des juges du fond, elle contrôle effectivement la

⁵²³ « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » (CC, art. 1156) ; « Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés. » (CC, art. 1164).

nécessité d'une relecture des clauses et elle doit aussi vérifier si le contrat garde toujours son but et sa finalité. Mais l'existence d'un contrôle de la cour de cassation n'a pas pour autant laissé les juges donner une interprétation qui fait surgir une ou plusieurs nouvelles obligations.

L'intervention du juge qui se solde par la création d'une nouvelle obligation est en quelque sorte un accord sous-entendu ou informulé entre les parties, pour une autre partie complètement étrangère au contrat, cet exemple remonte à un arrêt de la Cour de cassation de 1932 dans lequel la haute juridiction octroie des indemnités à la famille d'un voyageur, alors même que cela n'a pas été prévu dans le contrat.

367. Illustration.- En l'espèce, un homme tombe du train et décède ; la responsabilité du transporteur n'a pas été engagée. Pourtant, la Cour de cassation, du fait que le passager avait un titre de transport valable, précise que la famille de la personne décédée a droit à une indemnité. La haute juridiction affirme que *« attendu, qu'en vertu d'un contrat de transport, la compagnie des chemins de fer assume envers la personne transportée, l'obligation de la conduire saine et sauve à destination: qu'en cas d'accident mortel survenant en cours d'exécution du contrat, le droit d'obtenir réparation du préjudice est ouvert, en vertu de l'article 1147 du code civil, pour le conjoint et les enfants de la victime en faveur de qui celui-ci a stipulé, sans qu'il y ait besoin de le faire expressément »*.⁵²⁴ Ce fut la première fois que la Cour de cassation octroie des indemnités à un tiers, alors que cela n'a pas été précisé dans le contrat. Mais cette modalité informulée a été bien critiquée. Toujours est-il que *« Assurément rares sont les voyageurs qui prennent leur billet de train en songeant à la perspective d'un accident; et encore plus rares sont certainement ceux qui, envisageant que l'accident pourrait être mortel, ont l'intention de stipuler au profit de leurs proches »*.⁵²⁵ Cependant, *« Le transporteur ne souhaite évidemment pas cette aggravation de ses obligations ; quant au voyageur, qui se trouve devant le guichetier, il est exceptionnel qu'il songe en ce moment à ses proches »*.⁵²⁶

368. L'intérêt.- La réfaction judiciaire du contrat intervient souvent dans un but d'équité. En effet, *« Dans les mots, les tribunaux feignent toujours de rechercher la volonté des parties. Dans la réalité, ils se fondent sur l'équité ;*

⁵²⁴ Cass. Civ., 6 décembre 1932.

⁵²⁵ L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », Droit et patrimoine, 1998, n° 58.

⁵²⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÉS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^{ème} éd, Defrénois, 2011.

*et ce, au mépris parfois de ce qui a été le plus probablement voulu. »⁵²⁷ . Les juges interviennent et créent de nouvelles obligations en se basant sur le principe de l'équité entre les parties ; la Cour de cassation a par exemple créé une obligation de sécurité qui n'était pas prévue dans le contrat, et cela en matière de transport de personnes. Le professeur TERRÉ, et autres auteurs, précise que « *Bien qu'on justifie souvent cette solution par l'intention des parties, c'est le souci d'équité qui a commandé la décision des magistrats. Ceux-ci ont cherché à affranchir le voyageur de la charge d'une preuve souvent impossible à apporter, lorsqu'il est victime d'un accident dont il ne peut que difficilement contrôler les causes. »⁵²⁸ . En se basant sur cette jurisprudence, en cas de préjudice le voyageur peut être indemnisé sans prouver la faute.**

Conclusion du chapitre

369. Le maintien du contrat.- Avant de prononcer toute mesure ou sanction, le juge usera de tout les moyens légaux, pour permettre au contractant défaillant d'exécuter ses obligations. Il en va de même, jusqu'à changer quelque dispositif du contrat, pour que celui-ci devienne plus exécutable.

Dans le cas où l'inexécution persiste, et la partie n'exécute toujours pas ses obligations, le juge adoptera des mesures coercitives, afin d'obliger le débiteur, à respecter ses engagements.

⁵²⁷ J. FLOUR, J-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, I. L'acte juridique*, 11^{ème} éd, Armand Collin, coll. U, 2004.

⁵²⁸ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEAUNETTE, *Droit civil : Les obligations*, 101^{ème} éd, Précis Dalloz.

CHAPITRE 2- L'EXÉCUTION FORCÉE DU CONTRAT

370. Une sanction adéquate.- Traditionnellement, l'exécution forcée en nature se place au sommet de la pyramide des sanctions, cela reflète l'orientation du droit français, qui tient farouchement au respect inconditionnel de la force obligatoire du contrat. En effet, « *Il est couramment admis tant en jurisprudence qu'en doctrine que l'exécution forcée en nature constitue la sanction qu'il convient de prononcer en premier lieu* »⁵²⁹. L'ordonnance du 10 février 2016, ne donne pas une place importante à l'exécution forcée en nature, mais ne la néglige pas non plus. Elle occupe, en effet, une place du dauphin dans l'organisation des remèdes à l'inexécution du contrat. Contrairement au code civil, l'ordonnance de 2016 reconnaît, sans ambiguïté le droit au créancier de choisir l'exécution forcée en nature. La nouveauté dans l'ordonnance, est que celle-ci semble ne pas faire de distinction entre la nature et le type d'obligation⁵³⁰, il semble que les rédacteurs ont suivi l'évolution de la pratique contractuelle, et se sont inspiré des autres projets de réformes du droit des contrats. L'article 105 du projet Terré par exemple, stipule que « *[l]e créancier peut, après mise en demeure, exiger l'exécution forcée d'une obligation chaque fois qu'elle est possible et que son coût n'est pas manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt que le créancier en retire* »⁵³¹.

Cependant, sous réserve que l'exécution de l'obligation soit toujours possible, les contractants sont obligés de fournir les prestations. En effet « *Celui qui s'est librement lié, doit pour ce motif précis, exécuter l'obligation*

⁵²⁹ M. LATINA et G. CHANTEPIE, L'inexécution du contrat : l'exécution forcée en nature, Blog réforme droit des obligations, Dalloz.

⁵³⁰ L'article 1221 de l'ordonnance de 2016, ne distingue pas en les obligations de faire ou de ne pas faire, et les obligations de donner, il semblerait que toutes les obligations sont susceptibles de faire objet d'une condamnation à l'exécution forcée en nature.

⁵³¹ V. aussi, Projet Catala : art. 1152, al. 3, 1154, al. 1^{er}, 1154-1 et 1155, al. 3 ; concernant les projets européens, Principes Landö : art. 9.102 ; DCFR : art. III-3 : 302.

qu'il a contractée »⁵³². Le maintien judiciaire du contrat est donc la priorité des tribunaux (**section1**).

Le juge peut, cependant, se heurter aux obligations de faire ou de ne pas faire, ce que dans le code civil, se règle par des dommages et intérêts. Logiquement, on ne peut pas obliger une personne à faire quelque chose, mais on est de l'avis, que le juge, doit condamner le débiteur à faire ou à ne pas faire une obligation, comme précisée dans l'ordonnance de 2016, où uniquement "l'impossibilité" d'exécution où " coût manifestement déraisonnable " peuvent constituer une limite à la condamnation à l'exécution forcée en nature (**section2**).

SECTION 1 - LE MAINTIEN JUDICIAIRE FORCE DES LIENS CONTRACTUELS

371. Présentation.- « Le créancier bénéficie en principe du droit d'obtenir l'exécution forcée en nature de l'obligation inexécutée »⁵³³, il est en droit de recevoir la prestation attendue par la conclusion du contrat.

« Chacun sait, en effet, qu'en dépit de l'immobilisme à la loi, le droit de l'exécution forcée a sensiblement évolué et nul ne conteste plus aujourd'hui que l'exécution forcée des obligations de faire ou ne pas faire constitue le principe et leur exécution, par équivalent, l'exception »⁵³⁴.

L'essence d'une obligation est que celle-ci soit exécutée telle que stipulé dans le contrat ⁵³⁵. Il est nécessaire de déterminer l'assise de l'exécution forcée en nature (**§1**) afin de bien comprendre l'apport du juge dans ce domaine (**§2**).

⁵³² M. FONTAINE, G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p.35.

⁵³³ J. FLOUR, J-L. AUBERT ; E. SAVAUX, « Le rapport de l'obligation », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 38.

⁵³⁴ D. MAZEAUD, note sous Cass. 3^{ème} Civ., 30 avril 1907, D. 1997, p. 475.

⁵³⁵ J. FLOUR, J-L. AUBERT ; E. SAVAUX, « Le rapport de l'obligation », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, n° 160.

§ 1 - LE FONDEMENT DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

372. La base.- Si on devait lire l'article 1142 du code civil d'une façon stricte, on comprendrait très clairement que le juge ne peut en aucun cas condamner le débiteur à l'exécution forcée en nature quand il s'agit d'une obligation de faire ou ne pas faire : « *Les tribunaux ne peuvent pas condamner principalement et directement le débiteur à faire ou à ne pas faire ; qu'ils n'ont que le droit de le condamner à des dommages et intérêts à défaut d'exécution* »⁵³⁶.

On peut se poser la question de savoir, si l'exécution forcée en nature est un droit pour le créancier ou une volonté du juge ? **(A)**.

Cela nous amène à définir l'assise de l'exécution forcée en nature **(B)**

A - L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE, DROIT DU CRÉANCIER OU VOLONTÉ DU JUGE

373. L'impossibilité de la condamnation.- L'article 1142 du code civil a interdit au juge toute possibilité d'octroyer l'exécution stricto sensu de l'obligation de faire ou de ne pas faire. En revanche, il l'autorise à condamner le contractant défaillant à verser une indemnité financière en compensation de l'inexécution et du préjudice provoqués par son manquement.

Le Doyen CARBONNIER précise que : « *Les obligations de faire ou de ne pas faire présentant un caractère personnel sont seules soumises à la règle de l'article 1142 (...). C'est ainsi que l'artiste qui s'est engagé à faire un portrait ne peut être condamné à achever la toile, mais seulement à payer des dommages et intérêts* »⁵³⁷.

374. Condition à l'impossibilité de la condamnation.- Il est impossible de demander ou d'obliger une personne à s'exécuter si cette obligation comporte un caractère personnel, un savoir faire par exemple ou une science. Autrement dit, cette obligation ne peut être exécutée que par la

⁵³⁶ L. LAROMBIER, *Théorie et pratique des obligations, ou, commentaire des titres III et IV livre du code civil*, tome1, 1862, n° 3, p. 210.

⁵³⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t 4, 9^{ème} éd, Paris, PUF, 1976.

seule volonté de son auteur. On ne peut pas obliger par exemple une personne à écrire un livre ou à composer une chanson⁵³⁸.

375. Désaccord.- Contrairement à tout le monde, Monsieur LAURENT affirme que le juge doit avoir carte blanche, s'agissant de la condamnation à l'exécution forcée en nature, quelle que soit l'obligation inexécutée, qu'elle soit une obligation de donner ou une obligation de faire ou de ne pas faire⁵³⁹.

La jurisprudence ancienne a suivi à la lettre les termes de l'article 1142 du code civil. La chambre de Requêtes de la Cour de cassation a, en effet, censuré un pourvoi de la Cour d'appel de Paris⁵⁴⁰ dans lequel elle a condamné un débiteur à ne pas faire. En l'espèce, la Cour d'appel avait ordonné au propriétaire d'un établissement de le fermer, au motif que le patron n'avait pas respecté une clause de non-concurrence, alors que selon l'article 1142, il ne devait être condamné qu'au versement d'une indemnité pour son manquement à une obligation essentielle du contrat.

La Cour de cassation avait précisé que « *La fermeture de l'établissement en contravention à l'obligation légalement consentie par l'acte du 31 mai, elle ne donne à cette condamnation d'autre sanction que l'avertissement qu'il serait fait droit sur les conclusions nouvelles auxquelles le maintien dudit établissement pourra ultérieurement donner lieu* »⁵⁴¹.

La possibilité de condamner un débiteur à l'exécution forcée en nature, découle de la volonté du juge, mais ça reste tout de même un droit pour le créancier, comme l'a précisé la Cour de cassation à plusieurs reprises⁵⁴².

376. Obligation de payer.- En matière d'obligation de paiement de sommes d'argent, ce type de condamnation équivaut à une condamnation à des dommages et intérêts, seules les modalités de mise en œuvre changent, la finalité reste la même : l'octroi d'une somme d'argent et le montant peut ne pas être le même.

Toujours est-il, qu'en cas de condamnation à l'exécution forcée en nature de payer une somme d'argent, une demande de dommages et intérêts pourra

⁵³⁸ Nous traitons cette question dans le développement suivant.

⁵³⁹ F. LAURENT, *Avant projet de révision du code civil rédigé sur la demande de M. le ministre de la justice*, t 4, Bruxelles, 1884, p.158.

⁵⁴⁰ C. A Paris, 27 avril 1861.

⁵⁴¹ Cass. Rêq., 21 février 1862, Dalloz, 1862. I, p. 185.

⁵⁴² Cass. 1^{ère} Civ., 16 janvier 2007, n° 06-12207, Bull. civ., I, n° 23.

être formulée en compensation à un éventuel préjudice du manquement contractuel⁵⁴³.

377. Un pouvoir pour le juge.- D'après Madame Geneviève VINEY, le juge pourrait « *Librement choisir entre l'indemnité pécuniaire et l'une ou l'autre des mesures [les mesures non-pécuniaires]* » ce qui laisse entendre l'existence d'un « *Pouvoir souverain des juge du fond* »⁵⁴⁴ dans ce domaine. Selon Monsieur Patrick WERY « *La Cour de cassation reconnaît en principe aux juges du fond la faculté de choisir librement entre dommages et intérêts et condamnation non-pécuniaire* »⁵⁴⁵.

378. Un droit pour le créancier.- « *Chacune des parties est tenue d'exécuter exactement et intégralement toutes les obligations dérivant du contrat qui lui sont assignées* »⁵⁴⁶. Mais si on se réfère aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991, il est bien mentionné que le créancier a le " droit ", s'il est victime d'une inexécution, d'obliger son débiteur à exécuter l'obligation prévue dans le contrat.

Il ne faut pas confondre entre avoir le " droit " et " peut " contraindre son débiteur à s'exécuter, cela ne veut pas dire que le créancier obtiendrait la condamnation à l'exécution forcée. Le juge conserve son pouvoir de sanction. Il est primordial de donner au créancier la possibilité d'obtenir la prestation pour laquelle il a conclu un contrat. Mais dans certains cas, le juge jouera le rôle d'un garde-fou : le débiteur peut être dans l'impossibilité absolue d'exécuter ses obligations pour une raison ou pour une autre et le juge décidera alors de la sanction la plus équitable, sans pénaliser le créancier et sans s'acharner non plus sur le débiteur.

Ce genre de situation est comparable à la perte ou à la destruction de la marchandise qu'un livreur devait livrer⁵⁴⁷.

379. Une option pour le créancier.- Si l'exécution forcée en nature n'est pas de plein droit, le créancier peut, s'il le souhaite, demander une réparation au lieu de l'exécution en nature. Il recevra alors des dommages et intérêts. En effet, « *En présence d'une défaillance de son débiteur, le*

⁵⁴³ M. FONTAINE, G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 180.

⁵⁴⁴ G. VINEY, op. cit, n° 43.

⁵⁴⁵ P. WERY, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 214.

⁵⁴⁶ Avant-projet *Gandolfi* de Code européen des contrats, art. 75, Gaz. Pal. 2003, Doc. 240, présentation J-P. GRIDEL.

⁵⁴⁷ Contrairement à la jurisprudence anglaise qui soigne l'inexécution contractuelle par l'octroi de dommages et intérêts quel que soit le type d'obligation inexécutée.

créancier, après mise en demeure, déterminera son choix, entre les différents modes d'exécution directe ou indirecte d'après son intérêt »⁵⁴⁸.

Il est clair qu'aucun auteur n'admet que l'exécution forcée en nature soit un droit absolu et obligatoire. Le créancier victime d'une inexécution peut éventuellement demander au juge de condamner son débiteur à exécuter les obligations prévues dans le contrat, mais la décision revient au juge.

380. Une décision du juge et de la volonté des parties.- Il est nécessaire de laisser le pouvoir d'appréciation au juge. Car il prendra les décisions d'une façon objective et juste, ce qui fait de lui un garant des droits et des intérêts des parties. Son objectivité et son impartialité feront en sorte que la sanction sera plus adaptée et plus juste. Par conséquent, il n'y aura aucune disproportion. Si une partie a conclu un contrat pour des prestations, livraison, partenariat ou autres, cela veut dire qu'elle attend que l'autre partie satisfasse à ses exigences. Il ne veut sûrement pas être dédommagé, il a signé pour une chose, il n'est donc pas juste de lui en fournir une autre. Il nous semble que même si la décision doit revenir au juge, il n'en est pas moins que la volonté du créancier doit être respectée. Le juge doit avant tout condamner le débiteur à s'exécuter quel que soit le type d'obligation. Car, quoi qu'il arrive, ce dernier a pris un engagement, il est tenu de le respecter. Dans le cas où l'exécution de l'obligation est impossible, le créancier recevra alors une compensation, autrement dit des dommages et intérêts.

Il est à préciser que l'ordonnance du 10 février 2016, a fait de l'exécution forcée en nature, un choix entre les mains du créancier, sans donner une précision quant la nature de l'obligation inexécutée, le rôle du juge est donc encore plus important.

B - UN EFFET DIRECT DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

381. L'origine.- « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention*

⁵⁴⁸ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et peine privée*, thèse paris, L. Rodstein, 1947, p. 288.

lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». (CC. art. 1184)

Selon l'article 1221 du projet de réforme du droit du contrat de 2015 « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* »

382. Jurisprudence souple.- « *La partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible* »⁵⁴⁹, la jurisprudence est très directe à ce sujet. En revanche, le principe de l'exécution forcée en nature comporte une certaine souplesse.⁵⁵⁰

383. L'opinion de la doctrine.- « *La force obligatoire du contrat trouve sa manifestation la plus caractéristique dans la création d'obligations, qui, elles aussi, ont à leur tour force contraignante* »⁵⁵¹. La doctrine française est très claire, quant à l'assise de l'exécution forcée en nature. Pour elle, la force obligatoire du contrat est la justification la plus raisonnable à l'assise de l'exécution forcée en nature des obligations.

L'engagement contractuel est donc la source, par excellence, de l'exécution forcée en nature. Selon l'article 97 du projet de loi émis par François Terré, sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix (...) de poursuivre contre l'autre l'exécution forcée en nature* ».

La signature d'un contrat oblige les parties à l'exécuter, sauf cas exceptionnel.

Il est primordial pour un créancier de garantir et d'exécuter la prestation qu'on attend de lui. Il est cependant, inadmissible de se désengager sans raison valable.

Le fondement de l'exécution forcée en nature « *Repose sur une conception subjectiviste et volontariste du contrat dont l'écho semble en décalage avec les tendances dominantes du droit des contrats. Il s'agit, en effet, d'assurer*

⁵⁴⁹ Cass. 3^{ème} Civ., 11 mai 2005, n° 03-21.136, Bull. civ., III, n° 103, JCP G, 2005, II, n° 10152, note S.

BERNHEIM-DEVAUX, RTD Civ, 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES; Cass. 1^{ère} Civ., 16 janvier 2007, n° 06-13.983, Bull. civ. I, n° 19, D. 2007, p. 1119, note O. GOUT, RDC 2007, p. 719, obs. D. MAZEAUD.

⁵⁵⁰ J-B. SEUBE, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 27 novembre 2008, n° 07-11.282, Bull. civ., I, n° 269, RDC 2009, p. 613.

⁵⁵¹ S. PICASSO, « L'exécution forcée des obligations contractuelles - Brève étude comparative des droits français et argentin », RDC 2015, p. 700.

sans partage l'exécution du contrat et de mobiliser le juge pour assurer, par son imperium, le respect d'un engagement »⁵⁵².

384. L'argumentation.- Le contrat est la loi des parties. Il doit s'imposer à elles et au juge. On ne peut en aucun cas remplacer une chose matérielle par une chose immatérielle. Partant de ce principe, il est pratiquement impossible de remplacer une prestation par une somme d'argent, à moins qu'elle ne soit très élevée. Ce qui pénalise gravement le débiteur. L'allocation des dommages et intérêts peut très rarement satisfaire le créancier, qui a signé un contrat pour l'obtention d'une prestation bien précise.

385. Le fondement.- *« L'essor de l'exécution forcée [en effet] repose plus généralement sur le constat de l'infériorité des dommages et intérêts en matière contractuelle, du moins sous l'angle de la responsabilité. On déplore ainsi fréquemment leur inaptitude à permettre la satisfaction du créancier (...) il est injustifié d'attendre des dommages-intérêts, un résultat identique à celui qu'on escompte en cas d'exécution spontanée ou forcée du contrat ».*⁵⁵³

Le fondement de l'exécution forcée est sans aucun doute les articles du code civil. Il est primordial de le noter. *« Il n'existe pas de "bonne" interprétation du contenu de l'article 1134 ou de l'article 1142 du code civil, mais différents arguments, de droit d'équité, de morale, etc., entre lesquels il appartient au juge souverain de trancher pour réaliser le droit, un droit en perpétuel mouvement ».*⁵⁵⁴

386. L'incompatibilité.- Il est difficile d'asseoir l'exécution forcée en nature sur l'article 1142 du code civil. Les juges commencent à lire l'article d'une façon différente; on peut se demander alors, si la Cour de cassation n'a pas commencé progressivement à écarter l'application de l'article 1142, du code civil, pour que l'exécution forcée, soit un droit de principe.

On comprend très bien que l'inexécution d'une obligation contractuelle est au même degré que l'infraction aux lois.

387. Justification.- Selon Monsieur SCHIMDT-SZALEUSKI, le manquement à une obligation mettrait en péril les intérêts du créancier et en même temps troublerait l'ordre juridique. Le rôle du contrat est la régulation des relations entre les personnes physiques ou morales.

⁵⁵² N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature » RDC 2005, p.73.

⁵⁵³ Ibid.

⁵⁵⁴ D. MAINGUY, « L'efficacité de la rétraction de la promesse unilatérale de vente », Rec. Dalloz, 2011, p. 1460.

Les parties se sont engagées sans contrainte et d'une façon libre. Elles doivent par conséquent, honorer leurs engagements, donc, l'exécution forcée en nature est plus qu'un droit, c'est une obligation.

Pour le professeur JEANDIDIER, les parties sont libres dans leur engagement; elles s'obligent à faire quelque chose ou à fournir une prestation. Il est tout à fait naturel ainsi, que dans le cas où une partie n'exécute pas son obligation, qu'elle soit condamnée à l'exécution forcée en nature par rapport à l'article 1132 du code civil. Car le lien entre les deux⁵⁵⁵ est une garantie d'opportunité. Chaque partie étant supposée rationnelle, n'a pu que contracter librement une obligation, qui lui est opportune.

Dans ce schéma, il apparaît que la logique du code de 1804, est d'honorer la parole conventionnellement donnée, en nature.

La primauté de l'exécution forcée en nature s'explique alors, par la liberté dans l'engagement, l'obligation d'honorer cet engagement et par la force obligatoire des conventions, qui sont les lois des parties.

L'assise de l'exécution forcée en nature reste pour nous l'article 1184 du code civil. Le fait que le législateur ait ajouté la précision " lorsqu'il est possible" ne doit en aucun cas, vouloir dire que la condamnation à l'exécution forcée en nature n'est pas la sanction suprême. En revanche, il ne faut pas comprendre aussi que l'exécution forcée en nature doit être prononcée sans conditions⁵⁵⁶.

Cela doit vouloir signifier que, si le débiteur est dans l'impossibilité totale d'exécuter ses obligations, pour un cas de force majeure par exemple, le créancier obtiendra la résolution du contrat et des dommages et intérêts.

La source de l'exécution forcée en nature est bien entendu l'article 1184, qui lui donne la place de sanction prioritaire, en cas de manquement contractuel.

§ 2 - L'APPORT DU JUGE DANS CE DOMAINE

388. Le rôle du juge.- L'intérêt de l'intervention du juge dans le litige contractuel, passe aussi par la détermination de l'obligation exécutable. Ce

⁵⁵⁵ Le lien entre l'exécution forcée en nature et l'article 1132 du code civil .

⁵⁵⁶ É. GARAUD, « De gré ou de force : l'exécution contractuelle en nature Droit positif et projets de réforme », Rev. Lamy, Droit Civil, 2010, n° 70.

n'est pas parce que l'exécution forcée en nature est un droit, qu'il s'applique à toutes les situations.

Le juge est garant de l'exécution contractuelle et assure le respect de l'engagement des parties, l'une envers l'autre. Mais le fait de donner le pouvoir de sanction au juge, ne veut pas forcément dire que le débiteur sera condamné; car le juge va pour un premier temps, déterminer l'obligation exécutable, c'est-à-dire, qu'il détermine les cas où l'exécution forcée en nature, peut être ordonnée **(A)**.

Il n'est pas impossible que le juge procède à une condamnation au cas par cas, à l'exécution forcée en nature des obligations et cela semble être la solution la plus juste **(B)**.

A- LA DÉTERMINATION DE L'OBLIGATION EXÉCUTABLE

389. L'intérêt du pouvoir du juge.- Ce n'est pas par hasard, si le législateur a octroyé un pouvoir souverain au juge en la matière. Car non seulement, il garantit au créancier son droit à l'exécution, mais en même temps, il protège le débiteur de "bonne foi". En effet, dans le cas où l'inexécution est due à un cas de force majeure ou bien tout simplement parce que le débiteur ne peut plus s'exécuter, il est clair que le juge ne va pas le condamner à l'exécution forcée en nature.

Si le pouvoir de sanction était aux mains du créancier, il est possible que celui-ci exige de son débiteur, la prestation due, sans tenir compte de sa situation⁵⁵⁷.

En revanche, le juge doit, par les pouvoirs qui lui sont octroyés, prendre en compte la situation des deux parties et prononcer la sanction la plus juste, pour satisfaire les attentes du créancier, en prenant en compte la situation du débiteur.

La question qui se pose est de savoir si toutes les obligations sont exécutables ?

390. Les cas possibles.- La doctrine a longtemps discuté cette question et la discute toujours.

Tout repose sur l'interprétation de l'article 1142 du code civil, qui affirme que « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et*

⁵⁵⁷ La situation du débiteur.

intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur », ce qui sous entend que seules les obligations de donner, peuvent conduire à une condamnation à l'exécution forcée en nature.

Selon cet article, on ne peut pas contraindre une personne à faire quelque chose ou à ne pas le faire.

Mais « *Il se peut que la lettre, quoique claire, n'exprime pas la vraie pensée du législateur. Si cela est prouvé, certes l'esprit devra être préféré au texte. Mais il faut que cela soit prouvé, car certainement il n'est pas probable que le législateur, tout en parlant clairement, dise le contraire de ce qu'il a voulu dire* »⁵⁵⁸.

On comprend qu'une analyse scientifique, doit être effectuée, afin de comprendre le sens exact du texte⁵⁵⁹ de l'article 1142 du code civil.

391. La contradiction doctrinale.- A vrai dire, la distinction faite par les rédacteurs du code civil, entre l'obligation de faire ou de ne pas faire et les obligations de donner, n'est pas opérée dans la pratique contractuelle.

Par ailleurs, Madame Geneviève VINEY estime que : « *[L'obligation de donner] a été elle-même réduite pratiquement à rien par l'admission du transfert automatique de la propriété par le seul accord des volontés* »⁵⁶⁰.

Monsieur le professeur Denis MAZEAUD a écrit : « *Objection votre honneur ! Aujourd'hui, et depuis des lustres d'ailleurs, il est acquis que l'article 1142 du code civil est désactivé et que le principe de l'exécution forcée en nature s'applique à toutes les obligations contractuelles inexécutées, qu'elles soient de donner, de faire ou de ne pas faire* »⁵⁶¹.

Il nous semble très important de noter l'existence d'une contradiction entre les dires de l'auteur et le législateur. La loi du 13 juillet 1992, sur les procédures civiles d'exécution en effet, dans son article 1^{er} précise que : « *Tout créancier peut dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard* ».⁵⁶²

392. Les obligations touchées selon la jurisprudence.- En revanche, la jurisprudence est très claire sur cette question. Elle part du principe que toutes les obligations qu'elles soient de faire, de ne pas faire ou de donner,

⁵⁵⁸ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t 1, Bruxelles, Paris, 1869, p.346.

⁵⁵⁹ F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique*, 1899, préface, de R. SALEILLES. Paris : LGDJ, 1954.

⁵⁶⁰ M. FONTAINE, G. VINEY (sous la dir. de.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 172.

⁵⁶¹ D. MAZEAUD, Y-M. LAITHIER, « *La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages. Intérêts ou primauté de l'exécution en nature* », RDC 2012, p. 681.

⁵⁶² Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, article 1^{er}. Alinéa abrogée par l'ordonnance n° 2011-1895 du 12-12-2011.

peuvent donner lieu à une condamnation forcée en nature. Cela concerne aussi les obligations de fournir ou de livrer la marchandise vendue⁵⁶³; elle n'applique donc pas l'article 1142 du code civil à la lettre.

Une personne peut être condamnée aussi à l'exécution forcée en nature si, elle refuse de récupérer la chose livrée⁵⁶⁴, la mise à disposition du preneur de la chose louée par le bailleur⁵⁶⁵, de rendre la chose louée après la fin du contrat de location⁵⁶⁶, sans oublier l'obligation de respecter la clause de non-concurrence.⁵⁶⁷ Toutes ses obligations, même si elles rentrent dans la sphère des obligations de faire et de ne pas faire, peuvent faire l'objet d'une condamnation à l'exécution forcée en nature.

394. Le désaccord.- Madame VINEY est complètement en désaccord avec la jurisprudence. Elle affirme que les juges ne doivent pas considérer que toutes les obligations peuvent faire l'objet d'une condamnation à l'exécution forcée en nature⁵⁶⁸. Elle considère que l'article 1142 du code civil, doit être appliqué à la lettre, par les juges.

394. Conclusion.- Il nous semble que les tribunaux doivent avoir toute la liberté dans la décision, sans prendre en compte l'article 1142. Car toutes les obligations mises à part les obligations à caractère personnel, peuvent et doivent faire l'objet d'une condamnation à l'exécution forcée en nature, dans le cas où cela reste possible. C'est ici que le juge joue un rôle très important, il doit déterminer : s'il est toujours possible d'exécuter l'obligation, autrement dit, le juge déterminera si le débiteur ne veut pas tenir ses engagements ou s'il est dans l'impossibilité de le faire pour cause de cas de force majeure par exemple. Il est clair que si le débiteur ne peut pas fournir la prestation qu'on attend de lui, il ne peut pas être condamné à l'exécution forcée en nature. En revanche, si un entrepreneur, par exemple, ne veut pas réparer une installation mal exécutée, parce que les frais seront à sa charge, il doit être condamné à l'exécution forcée en nature quelle que soit la perte qu'il subira. Car il doit en quelque sorte payer pour son manque de sérieux ou sa négligence. Ainsi, qu'elle soit de faire ou de ne pas faire ou de donner, l'obligation doit être exécutée et ne doit pas être remplacée par une somme d'argent.

⁵⁶³ Cass, Rep., 4 août 1947, Gaz. pal, 1947, n° Sommaire 30.

⁵⁶⁴ Cass. Com., 16 juin 1963, Bull, civ., III, n° 316.

⁵⁶⁵ Cass. Com., 23 Mai 1964, Bull, civ., III, n° 260.

⁵⁶⁶ Cass. 1^{ère} Com., 20 juin 1953, JCP 1953, II. 7677.

⁵⁶⁷ Cass. Com., 3 décembre 1985, Bull. civ., IV, n° 286, p. 244.

⁵⁶⁸ M. FONTAINE, G. VINEY (sous la dir. de.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p.176.

B - UNE EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE AU CAS PAR CAS

395. Une décision qui doit revenir au juge.- « *L'exécution forcée du contrat (...) soulève aujourd'hui (...) une polémique enflammée au sein de la doctrine française* »⁵⁶⁹. La condamnation à l'exécution forcée en nature en cas de manquement aux obligations contractuelles, ne doit pas se fonder sur la nature de l'obligation inexécutée, ni sur l'article 1142 du code civil, d'où l'intérêt de laisser au juge le pouvoir de sanctions, en cas d'inexécution contractuelle. Le juge ne doit pas prendre en compte les règles de l'article 1142, mais plutôt, s'interroger sur la possibilité d'exécuter l'obligation. Il s'agit de savoir si le débiteur est toujours en mesure d'exécuter ses obligations et surtout si la condamnation à l'exécution forcée en nature, atteindra son objectif, sans se demander si l'obligation est de donner ou de faire et ne pas faire. La condamnation doit vraiment sanctionner le débiteur défaillant et réparer les préjudices que l'inexécution a provoqués au créancier.

L'article 1221 de l'ordonnance de 2016, précise que « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* ». Cette disposition ne donne aucune précision quant à la nature de l'obligation; ce qui sous-entend que tout débiteur d'une obligation est susceptible d'être condamnée à l'exécution forcée en nature⁵⁷⁰.

396. Avantage.- Le fait de donner au juge le pouvoir de sanction garanti, non seulement la fonction de réparation du préjudice, mais aussi la fonction de dissuasion. Quoi qu'il en soit, le juge doit, dans la limite du possible,

⁵⁶⁹ S. PICASSO, « L'exécution forcée des obligations contractuelles - Brève étude comparative des droits français et argentin », RDC 2015, p. 700.

⁵⁷⁰ M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal, 2015, p. 37.

garantir l'exécution des obligations contractuelles. Selon Monsieur OUERDANE AUBERT DE VINCELLES, la sanction doit revêtir les deux fonctions pour qu'elle soit efficace.⁵⁷¹

397. Une sanction satisfaisante.- Pour la majorité de la doctrine française, l'exécution forcée en nature reste la sanction la plus adaptée à l'inexécution des obligations. Car, elle apportera l'entière satisfaction pour le créancier victime de l'inexécution. Ce dernier a conclu le contrat dans un but bien précis et pour obtenir une prestation ou un service. Dans le cas contraire, le contrat n'a pas lieu d'exister.

L'exécution forcée en nature permettrait donc aux parties d'obtenir exactement ce qu'elles attendaient du contrat, lors de sa conclusion.

398. La preuve d'efficacité.- La raison pour laquelle l'exécution forcée en nature reste la sanction la plus adaptée à l'inexécution contractuelle, est la difficulté, voire l'impossibilité, d'évaluer le préjudice. Car, dans le cas contraire, la sanction pourrait être préjudiciable au créancier ou au débiteur.

399. Le devoir du juge.- Le juge doit étudier les situations au cas par cas. Examiner si l'exécution est toujours envisageable et satisfaisante pour le créancier. Si l'exécution n'est plus possible, le juge doit s'intéresser au fait de trouver une sanction qui réduirait le dommage au minimum⁵⁷². Cela protégerait en même temps les intérêts du créancier et ceux du débiteur. Le créancier par conséquent, ne doit pas exagérer dans sa situation et ne doit pas provoquer d'autres pertes, afin que son préjudice soit beaucoup plus important, soit pour obtenir des dommages et intérêts plus considérables ou bien pour punir son débiteur défaillant.

Quoi qu'il en soit, la condamnation à l'exécution forcée en nature, doit donc dépendre des circonstances et des autres données concernant la situation des deux parties. Le juge se doit de les prendre en compte dans sa décision. Dans certains cas en effet, l'exécution forcée en nature peut ne pas être la sanction la plus efficace ni la plus adaptée.

400. Illustration.- Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 24 juin 1971, la haute juridiction avait considéré que la condamnation à des dommages et intérêts, était plus juste pour les deux parties et que la condamnation à l'exécution forcée était beaucoup plus préjudiciable pour le débiteur, même s'il était défaillant, car son

⁵⁷¹ C. OUERDANE AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions*, nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p.40.

⁵⁷² M. FONTAINE, G. VINEY (sous la dir. de.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 382.

manquement était de faible gravité et la condamnation pécuniaire était fort satisfaisante pour le créancier.

En l'espèce, une entreprise du bâtiment, devait effectuer un ouvrage, mais dans son élaboration, ce dernier comportait quelques malfaçons qui ne pouvaient en aucun cas mettre en cause la qualité générale de l'ouvrage. Le créancier avait demandé à ce que l'ouvrage soit refait, mais sa demande a été rejetée par la Cour de cassation au motif que « *Les malfaçons étaient peu importantes et qu'il ne pouvait être question d'entreprendre une réparation quelconque de ces ouvrages, du fait de la perturbation considérable qu'elle apporterait dans les lieux* ». ⁵⁷³

La haute juridiction avait estimé que la condamnation pécuniaire était juste et suffisante, quant au fait que l'ouvrage comportait quelques imperfections. Les dommages et intérêts constituaient alors en quelque sorte une réduction du prix initial. Les juges ont fait une comparaison entre deux préjudices : le préjudice causé par le manquement et le préjudice que pouvait causer la condamnation à refaire l'ouvrage.

401. Le rôle du juge.- Le juge doit donc apprécier avant toute décision, le préjudice de l'inexécution et l'ampleur de sa décision. Il doit en effet, dans la condamnation à l'exécution en nature, apprécier les situations au cas par cas et cela, par souci d'une sanction juste et équitable. Le juge doit donc être le seul maître du sort du contrat, sans toutefois négliger le droit du créancier, au moment de choisir entre l'exécution du contrat ou les dommages et intérêts.

Si le juge devait appliquer à la lettre les termes de l'article 1142 du code civil, cela réduirait sa possibilité d'apprécier la sanction la plus adaptée. Le juge est donc contraint d'appliquer l'une ou l'autre règle, sans possibilité de jurisprudence. Son pouvoir reste alors très limité.

Cependant, la loi contractuelle s'impose au juge, il se doit de la respecter et de la faire respecter, mais cela ne doit en aucun cas l'empêcher d'apprécier la sanction adéquate.

402. La priorité.- Il est clair que le juge doit avant tout, privilégier l'exécution forcée en nature, mais sans que cette sanction soit automatique. Car, elle peut ne pas être la sanction la plus efficace et surtout la plus adéquate au manquement. Il se peut aussi qu'elle ne soit pas satisfaisante.

⁵⁷³ Cass. 1^{ère} Civ., 24 juin 1971, Bull. civ., III, n° 411.

Par conséquent, dans le but de déterminer la sanction la plus adaptée au manquement, le juge doit jouir d'un large pouvoir d'appréciation de la sanction, sans limite et sans contrainte.

Le juge doit jouer un rôle important et fondamental dans la détermination des sanctions de l'inexécution contractuelle.

403. Le rôle du juge.- Le rôle du juge ne doit pas être limité au seul rôle d'appliquer la loi, régissant les sanctions en matière de manquement contractuel. Il doit trouver la sanction adaptée pour chaque inexécution : « *Il doit chercher [aussi] en fonction des circonstances de l'espèce quelle est de l'inexécution forcée en nature ou de l'exécution par équivalent la sanction qui protège le mieux l'intérêt positif* »⁵⁷⁴.

Le juge, dans sa décision, doit privilégier les intérêts du créancier, car c'est la partie qui, en quelque sorte, n'a pas commis d'infraction, sans pour autant négliger ceux du débiteur, même s'il est défaillant. Le choix du juge de la sanction, ne doit pas aller dans le sens du créancier, mais il doit être un choix réfléchi et adapté aux situations des deux parties, en respectant les règles de droit.

404. Un appui jurisprudentiel.- Même en présence de l'article 1142 du code civil, la Cour de cassation avait précisé qu'il revient au juge de décider de la sanction applicable au manquement. Dans son arrêt du 25 juillet 1922, en effet, la chambre civile de la haute juridiction, affirme que le choix de la sanction revient aux juges du fond, que la sanction soit satisfaisante pour le créancier ou pas, sa décision ne doit pas être contestée.⁵⁷⁵

Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a réaffirmé que « *Le juge dispose d'une liberté totale quant à l'octroi soit de dommages et intérêts soit de l'exécution forcée en nature sans pour autant que la sanction soit celle que le créancier espérait* ».⁵⁷⁶

405. L'impossibilité d'exécution.- L'autre raison pour laquelle le juge doit avoir un pouvoir d'appréciation très large, est le cas de force majeure ou l'impossibilité d'exécution.

Les situations d'impossibilité d'exécution, peuvent être divisées en deux cas : D'une part, l'impossibilité totale et définitive; cette situation doit être appréciée par le juge. S'il s'avère que le débiteur est dans l'incapacité totale et définitive d'exécuter ses obligations, il est clair que le juge ne va pas le

⁵⁷⁴ M. FONTAINE, G. VINEY (sous la dir. de.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 60.

⁵⁷⁵ Cass. Civ., 25 juillet 1922, D.1992, I, p. 154. Bull. civ., 1970, III, n° 501.

⁵⁷⁶ Cass 1^{ère} Civ., 29 juin 1961, Bull. civ., 1961, I, n° 357; Cass. 3^{ème} Civ., 8 octobre 1970.

condamner à l'exécution forcée en nature, même si sa décision ne satisfait pas le créancier.

D'autre part, l'impossibilité temporaire d'exécution ; dans ce cas, il est préférable que le juge applique la sanction demandée par le créancier, car dans ce genre de situation, le débiteur a été empêché d'exécuter ses obligations par un cas de force majeure. L'inexécution n'étant pas de sa volonté, le juge doit savoir si le créancier est en mesure d'attendre son débiteur ou pas. Quoi qu'il en soit, le dernier mot doit revenir au juge, car il est maître des sanctions de l'inexécution contractuelle.

« *L'exécution forcée en nature est une arme redoutable pour inciter le cocontractant à respecter ses engagements* »⁵⁷⁷, le contractant défaillant ne doit pas se libérer avec des simples dommages et intérêts.⁵⁷⁸

Ce qui faut savoir, c'est que le créancier a la faculté de revenir sur sa demande. Concrètement, la partie victime d'une inexécution qui avait demandé l'exécution forcée en nature, peut se rétracter et demander au juge, la résolution du contrat, si le juge n'a pas encore statué. La Cour de cassation affirme, effet que « *tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande initiale par une décision passée en force de chose jugée* »⁵⁷⁹.

SECTION 2 - LA PLACE DE L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE

406. L'exception.- « *Tout acte où l'on supposerait spontanément une part au moins d'altruisme est par essence suspect : L'auteur ne peut être animé que par son propre intérêt ou, si celui-ci n'est pas clairement décelable, par d'autres visées alors plus tortueuses, et à la limite par la folie* ».⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal, 2015, p. 37.

⁵⁷⁸ V. en ce sens, D. MAZEAUD, « Rapport de synthèse », RDC 2009, p. 397 ; G. VINEY, *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, in *La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles*, Études de droit comparé, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 166 et s.

⁵⁷⁹ Cass. 3^{ème} Civ., 25 mars 2009, n° 08-11.326, Bull. civ. III, n° 67, RLDC 2009/60, n° 3411, obs. V. MAUGERI, RDC 2009, p. 1004, obs. T. GENICON, Defrénois 2009, p. 2319, obs. E. SAVAUX.

⁵⁸⁰ L. RICHER, *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique?* Economica, Paris, 1983, p. 35.

Tout acte positif ou négatif est, dans ce sens, prémédité donc la sanction doit être la même pour tous.

Le devoir de rattacher l'article 1134 du code civil à l'exécution forcée en nature a pour effet, l'instauration de la hiérarchie des sanctions, à son sommet l'exécution forcée en nature des contrats. Car, « *Chaque partie est supposée rationnelle, le cocontractant agit par intérêt et pour son propre intérêt* ». ⁵⁸¹

Dans le cas d'une inexécution contractuelle d'obligation de faire, le créancier en principe, selon l'article 1142 du code civil, ne peut demander que des dommages et intérêts. L'incidence de la force obligatoire du contrat, influence en quelque sorte, la décision judiciaire **(§1)**. Sa liberté d'appréciation permet de prévenir un recours à la justice privée **(§2)**.

§ 1 - L'INCIDENCE DISCRÉTE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT SUR LES DÉCISIONS DU JUGE

407. L'influence.- Si on se réfère aux termes des articles 1143 et 1144 du code civil français, on trouve que le principe selon lequel les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent par des dommages et intérêts, n'est pas sans appel. En effet, l'article dispose que : « *En cas d'inexécution d'engagement, le juge pourra, compte tenu des stipulations de l'article précédent, autoriser celui au profit duquel l'engagement est fait, à accomplir l'acte aux frais du débiteur* ». ⁵⁸²

La condamnation à l'exécution forcée en nature, repose sur plusieurs principes découlant des règles de la loi et de la jurisprudence. L'instauration d'une sorte de dialogue entre les articles du code civil et la jurisprudence reste un peu difficile **(A)**.

Cependant, pour une grande coordination avec les articles du même code, une relecture de l'article 1142 est indispensable **(B)**.

⁵⁸¹ Y-M. LEITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, 2004, p. 54.

⁵⁸² Ph. SIMLER, *Junis-classeur*, civil, 1993 art 1136 à 1145.

A - L'AMORCE D'UN « DIALOGUE SANS PAROLES »

408. Condition.- L'obligation pour qu'elle soit passible d'une condamnation à l'exécution forcée, doit être exécutable, autrement dit, matériellement possible et sans contrainte sur la personne.

La jurisprudence s'est, pendant très longtemps, refusée d'admettre l'influence de la force obligatoire sur la condamnation à l'exécution forcée en nature, de tout type d'obligation contractuelle et a continué à ne pas ordonner l'exécution forcée en nature des obligations de faire ou de ne pas faire, avant de connaître un revirement **(1)**.

On distingue en droit positif français trois types d'obligations : Obligation de donner (*dare* du droit romain), de faire (*facere*) ou de ne pas faire (*non facere*). Cette distinction est très contestée par la doctrine française.⁵⁸³

L'exécution des obligations de donner, ne pose pas de problèmes. La difficulté s'embles se poser par l'exécution des obligations de faire ou de ne pas faire**(2)**.

1 - L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DES OBLIGATIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE

409. Définition.- La doctrine a essayé de mettre en place une définition claire de l'obligation de faire ou de ne pas faire. Une partie la définit comme « *La prestation d'un fait positif que le débiteur promet d'accomplir* ». ⁵⁸⁴

L'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire pose toujours un problème. La jurisprudence est restée très longtemps hésitante et a pendant plusieurs années appliquée l'article 1142 du code civil à la lettre. Elle n'a pas voulu condamner un débiteur défaillant à l'exécution forcée en nature des obligations de faire ou de ne pas faire, en s'appuyant sur l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 4 juin 1924 ou sur l'arrêt du 19 janvier 1926. En l'espèce, le juge avait rejeté une proposition d'indemnisation faite par le débiteur après avoir causé des avaries à des

⁵⁸³ V. G. PIGNARRE, *A la redécouverte de l'obligation de praestare*, RTD Civ, 2001, p. 41.

⁵⁸⁴ F. TERRE, Ph. SIMPLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8^{ème} éd, 2002, Dalloz.

objets matériels ; la Cour avait affirmé que « *Le juge ne peut rejeter l'offre d'indemnité faite par les responsables [des avaries] et le condamner à exécuter, à ses frais, les réparations* ». ⁵⁸⁵

410. La révolution jurisprudentielle.- L'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 20 janvier 1953, constitue le point de changement et une évolution jurisprudentielle. En l'espèce, un créancier a demandé à son débiteur la restitution des objets matériels comme il a été prévu dans le contrat. Cependant, le débiteur refuse de restituer les objets. Il estime que l'obligation de restitution constitue une obligation de faire et cela se règle par des dommages et intérêts comme le prévoit l'article 1142 du code civil qui stipule que : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout par des dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* » ; la Cour a rejeté les arguments du débiteur et affirme que « *Ce texte ne peut trouver application qu'en cas d'inexécution d'une obligation personnelle de faire ou de ne pas faire ... que dès lors que le texte visé au pourvoi sans application dans la cause et qu'en jugeant qu'une restitution par équivalent d'objets de même nature pouvant se trouver dans le commerce sera le meilleur mode de réparation du préjudice, la cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation* ». ⁵⁸⁶ Il est donc clair que, hormis les obligations de caractère personnel, situation dans laquelle l'exécution forcée en nature est prohibée, toutes les autres obligations peuvent se résoudre ou bien par l'exécution forcée en nature ou par des dommages et intérêts, selon le cas.

411. L'appui du code civil.- Toute obligation contractuelle est un engagement qui doit donc être exécuté comme convenu dans le contrat. Dans le but de satisfaire les exigences des deux parties, les articles du code civil l'affirment clairement. L'article 1134 en effet dispose que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* », d'un autre côté l'article 1243 du même code affirme pour sa part que « *Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande* ». L'article 1135 précise aussi que « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que*

⁵⁸⁵ L. HUGUENEY, note. D. 1927, I, 136. V. également Com., 19 février 1954.

⁵⁸⁶ Cass. Civ., 20 janvier 1953, JCP 1953, II, 7677, note P. ESMEIN.

l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». On ajoute aussi l'article 1184 du code civil qui affirme clairement que « *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 ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou 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* ».

412. Les cas condamnables.- Il est évident que toutes les obligations sans exception et selon ces articles, peuvent faire l'objet d'une condamnation à l'exécution en nature, à condition que celle-ci, c'est à dire l'exécution de l'obligation, soit toujours possible. Cette possibilité se résume par une possibilité matérielle et une possibilité morale ou personnelle.

413. L'intervention du juge.- Il revient au juge de définir les caractères personnels des obligations de faire ou de ne pas faire. Le juge joue un rôle très important, il va vérifier, si l'obligation que le débiteur doit exécuter est une obligation exécutable. Pour ce faire, il doit savoir si cette obligation peut être exécutée par n'importe quelle autre personne ou si l'obligation ne peut être exécutée que par le débiteur lui-même.

414. Illustration.- comme par exemple, un peintre qui va dessiner une toile ou un compositeur qui doit composer une chanson, cette obligation comporte un caractère personnel. Le juge ne peut donc pas l'obliger ou le forcer à s'exécuter. On ne peut pas en effet, obliger ou contraindre un peintre à dessiner ou un compositeur à composer ou à écrire. En revanche, on peut très bien obliger ou forcer un débiteur à construire, détruire, réparer ou ne pas vendre quelque chose Si on laisse la détermination des obligations exécutables aux parties, toutes les obligations seront passibles d'une condamnation à l'exécution forcée en nature , mais le juge veille au respect de la liberté de la personne.

*« La jurisprudence a interprété la notion d'obligation personnelle comme celle dont l'exécution en nature risquerait de porter atteinte à une liberté jugée essentielle, celle du débiteur ; cette orientation devait conduire les tribunaux à réduire de plus en plus la portée de la prohibition qu'ils fondaient ainsi sur l'article 1142 ; celle ci subissant le sort d'une peau de chagrin ».*⁵⁸⁷

⁵⁸⁷ Y-M. LEITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, p. 56.

La jurisprudence depuis quelques années n'a pas hésité à prononcer une condamnation à l'exécution forcée en nature des obligations de faire ou de ne pas faire. Comme à titre d'exemple, la condamnation à livrer une chose vendue; ce qui n'a pas été effectué par le vendeur⁵⁸⁸ ou bien encore de recevoir la marchandise livrée⁵⁸⁹. Cela constitue des obligations de faire.

« *L'exécution en nature de l'obligation de livrer ou de restituer a été favorisée par la loi quel que soit le cadre juridique préexistant* ». ⁵⁹⁰

415. Exemple.- Ainsi un bailleur a-t-il été condamné à mettre à la disposition du preneur la chose louée⁵⁹¹ et à assurer la jouissance des lieux et de la chose louée⁵⁹²; dans d'autres cas, le respect d'une clause d'exclusivité⁵⁹³ ou le respect d'une convention dans laquelle une clause de non concurrence a été insérée⁵⁹⁴ ou à restituer une chose louée⁵⁹⁵.

La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 décembre 2001, avait condamné à l'exécution forcée en nature d'un engagement pris entre la banque de Vizille et MGP finance.⁵⁹⁶

La Coup d'appel de Paris a confirmé la décision du juge du fond et a affirmé que les dispositions du texte de l'article 1142 du code civil « *N'interdisent pas de recourir à l'exécution forcée lorsque, comme en l'espèce, aucune impossibilité matérielle, juridique ni morale ne lui fait obstacle, le débiteur de l'obligation étant demeuré propriétaire des titres* ».

416. L'intérêt.- D'un autre côté, « *L'exécution forcée a été préconisée [en droit des sociétés] afin de compenser le recul du droit pénal, notamment pour les obligations statutaires dont l'objet consiste à régler l'organisation et le fonctionnement de la société* ». ⁵⁹⁷

Le juge en imposant l'exécution forcée en nature, a pour but un « *Fonctionnement satisfaisant des organes nécessaires (...) de la*

⁵⁸⁸ Req., 4 août 1947, Gaz. pal, 1947, 2, som.30.

⁵⁸⁹ Cass. Com., 16 juin 1963, Bull. civ., III, n° 316, p. 24.

⁵⁹⁰ F. SAMAIN, Saisie- appréhension, D. 2004 (mis à jour juin 2014), p. 6.

⁵⁹¹ Cass. Com., 23 mai 1964, Bull. civ., III, n° 260, p. 224; Cass. 3^{ème} Civ., 27 juin 2006, D.2006, IR, p.1986.

⁵⁹² Cass. 1^{ère} Civ., 26 juin 1967. D. 1967, p. 673.

⁵⁹³ Cass. Com., 22 février 1965, Bull. civ., III, n° 141, p. 119; Colmar 18 octobre 1972, JCP 1973, II, 17479, note J-L. BURST, D. 1973, p.49, note M. CABRILLAC, A. SEUBE.

⁵⁹⁴ Cass. Com., 3 décembre 1985, Bull. civ., IV, n° 286, p. 244, obs, J. MESTRE, RTD Civ, 1986, p.755.

⁵⁹⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 20 juin 1953, précité, JCP, II, 7677, note P. ESMEIN.

⁵⁹⁶ C.A de Paris, 25^{ème} Ch. Sec A, 21 décembre 2001, Banque de Vizille / MGP finance, Bull, Joly 2002, p. 506, note H. LENOBASQUE, Req. sociétés.2002, p. 89.

⁵⁹⁷ G.VINEY, P. JOURDAIN, sous la direction de J.GHESTIN, les effets de la responsabilité, 1^{ère} éd, LGDJ, 2010, p. 57.

société»⁵⁹⁸ . On peut dire que « *L'exécution forcée devient la sanction de droit commun en matière de libéralisation du capital* ». ⁵⁹⁹

417. Le motif au pouvoir du juge.- Toujours est-il que le juge doit avoir un large pouvoir dans la condamnation à l'exécution forcée en nature; que l'obligation soit de faire ou de ne pas faire ou de donner, car le créancier a contracté pour recevoir une prestation bien précise. Le juge ne doit appliquer l'article 1142 du code civil, que dans les cas prévus par la majorité des auteurs. Autrement dit, que dans les cas de l'impossibilité d'exécution qu'elle soit matérielle ou morale; il nous semble logique que l'article 1142 du code civil, puisse s'appliquer aussi dans certains cas concernant les obligations de donner. Le débiteur en effet, s'il n'est pas ou n'est plus en mesure de donner ce qu'il doit ou de restituer la chose louée par exemple, pourra être condamné à des dommages et intérêts pour indemniser son créancier.

418. Synthèse.- Pour résumer, on peut dire qu'il est de l'intérêt des deux parties et dans le but de garantir et d'assurer une exécution correcte, totale et telle que prévue dans le contrat, de donner au juge toute la liberté dans le choix, entre l'exécution forcée en nature et les dommages et intérêts.

2 - UNE TENTATIVE DE RÉCONCILIATION ENTRE L'ARTICLE 1142 ET 1134 DU CODE CIVIL

419. L'interprétation. Afin de dissiper toutes mauvaises interprétations ou malentendus, Monsieur WERY, dans sa thèse publiée en 1993, a rendu une interprétation de l'article 1142 du code civil, autre que celle déjà donnée par l'autre partie de la doctrine.

D'après Monsieur WERY, l'article 1142 du code civil, ne doit pas être interprété à la lettre comme l'a déjà précisé Monsieur MEYNIAL. Selon lui, l'article en question autorise le créancier à demander des dédommagements dans le cas où le débiteur décide de ne pas exécuter son engagement. La condamnation à l'exécution en nature de l'obligation, reste toujours subordonnée à la possibilité d'exécution.

⁵⁹⁸ A. MIGNOU-COLOMBET, *l'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, n° 13.

⁵⁹⁹ A. MIGNOU-COLOMBET, *op, cit*, n° 23.

420. L'autorisation.- L'article 1134 du code civil, offre la possibilité d'obtenir l'exécution en nature des obligations. Conformément à cet article, le juge doit exiger du débiteur l'exécution en nature de la prestation. Si le débiteur ne veut plus ou n'est plus en mesure de le faire, à ce moment, le problème se règle par les dommages et intérêts.

421. Une bonne interprétation.- L'interprétation de Monsieur WERY, semble très satisfaisante et plus logique; car selon la logique de l'auteur, il faut avant tout avantager l'exécution forcée en nature, pour ensuite condamner le débiteur à verser des dommages et intérêts au créancier.

422. Une tentative d'accord.- Par un concours de circonstances, il semble qu'il y ait là une tentative de réconciliation entre l'article 1142 et l'article 1134 du code civil.

L'interprétation de Monsieur WERY a, en effet, instauré une sorte de cohésion entre les deux articles et de complémentarité; autrement dit, l'article 1142 complète l'autre et cette interprétation met en place une hiérarchie des sanctions en faveur de l'exécution du contrat.

423. L'avantage d'une bonne interprétation. Cette interprétation peut avoir un autre avantage. Elle met l'article 1142 complètement à jour et utilisable à la lettre. Plusieurs auteurs, en effet, ont demandé maintes fois que l'article soit lu d'une autre façon et ne soit pas appliqué à la lettre, même qu'il ne doit plus être utilisé.

Selon l'interprétation de l'auteur, il n'est plus nécessaire de définir les obligations qui peuvent être exécutées en nature et celles qui ne peuvent pas l'être, car tout est clair.

Selon Monsieur WERY, le texte de l'article 1142 doit être appliqué d'une façon générale et « *L'on explique, du coup, pourquoi certains interprètes du siècle passé n'ont pas jugé nécessaire de contester la généralité de ce texte ; ils discernaient dans les dommages et intérêts, non pas une issue inéluctable, mais une solution possible qui s'offre toujours au créancier, lorsqu'il est confronté à l'inexécution de la condamnation ad ipsam rem* ». ⁶⁰⁰

424. L'interprétation raisonnable et utile.- Il nous semble que l'interprétation faite par monsieur WERY, est la meilleure interprétation. Car, elle a réconcilié les deux articles, l'article 1142 du code civil et l'article 1134 du même code. Selon nous, le juge se doit, par principe de forcer l'obligation du contrat et par la primauté de l'exécution des engagements contractuels,

⁶⁰⁰ P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires, une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, préfocal, Moreau MARGREVE, éd kluver, collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1993, p. 90.

d'appliquer, s'il est confronté à un problème d'inexécution des obligations contractuelles, l'article 1134 du code civil qui garantit au créancier d'obtenir ce qu'il attendait par la signature du contrat.

Le juge doit, en quelque sorte, privilégier le créancier, pour sa situation de victime d'une inexécution et dans le cas où l'inexécution demeure toujours, il doit appliquer l'article 1142 du code civil.

425. Conclusion.- On peut par conséquent dire, que la hiérarchie des sanctions est respectée et que l'intervention du juge dans la rupture du contrat a atteint son but. La seule chose qui nous semble nécessaire, est la mise en place des moyens de faire respecter les condamnations.

Il est, en effet, inadmissible qu'un débiteur condamné à exécuter en nature ses obligations, refuse de se soumettre à la décision de la justice. La sanction qui s'ensuit donc, doit être beaucoup plus importante; il faut que la somme de l'indemnisation soit conséquente. Cela serait alors comme une sorte de double peine ou de double sanction; la première pour ne pas avoir exécuté ses obligations, et la seconde pour ne pas avoir respecté la décision de justice, sinon, ce serait très facile de se désengager de ses obligations.

La réconciliation entre les articles 1142 et 1134 du code civil, doit s'appliquer uniquement dans les cas où le débiteur n'est pas ou n'est plus en mesure d'exécuter ses obligations. Il sera alors, condamné à des dommages et intérêts compensatoires, pour le préjudice que son inexécution a provoqué.

Une interprétation juste et correcte, rendrait l'application de l'article 1142 du code civil, au service de la primauté de l'exécution du contrat et de la hiérarchie des sanctions. Evidemment, toute obligation est exécutable en nature. Les débiteurs défaillants peuvent et doivent être condamnés à l'exécution forcée en nature.

On constate finalement que la réconciliation entre les deux articles ne peut qu'être bénéfique.

B - LA NÉCESSITÉ D'UNE RELECTURE DE L'ARTICLE 1142 DU CODE CIVIL

426. Présentation.- *« Il se peut que la lettre, quoique claire, n'exprime pas la vraie pensée du législateur. Si cela est prouvé, certes l'esprit devra être préféré au texte, mais il faut que cela soit prouvé, car*

certainement, il n'est pas probable que le législateur, tout en parlant clairement, dise le contraire de ce qu'il a voulu dire ». ⁶⁰¹

L'intérêt de l'intervention du juge dans la rupture du contrat, ne se résume pas seulement à l'application des textes de loi à la lettre; face aux divergences dans l'interprétation de l'article 1142 du code civil, le juge va faire une recherche pour définir le sens du texte dudit article et par conséquent, infliger la sanction la plus adaptée et la plus juste pour les deux parties. En effet, « Le respect des engagements souscrits, entre dans les pouvoirs des juges du fond », ⁶⁰² quel que soit le type de l'obligation ⁶⁰³.

427. Le besoin d'une autre interprétation.- La primauté de l'exécution forcée du contrat est le respect de l'engagement pris. Il passe aussi par une autre interprétation de l'article 1142 du code civil, qui est particulièrement controversée; car toutes les obligations ne peuvent pas faire l'objet d'une condamnation à l'exécution forcée en nature.

Sachant que les obligations de faire ou de ne pas faire constituent la majorité des obligations contractuelles; la mise en place d'une hiérarchie des sanctions ne peut donc pas être applicable. Afin de rendre cet article applicable à tout type d'obligation, une partie de la doctrine a trouvé une autre interprétation de celui-ci, en le contournant par tous les moyens.

« Dans la rédaction ou révision des coutumes d'un peuple, on s'en rapporte sur bien des points à une sorte de sentiment général, chargé de préciser et d'appliquer la règle; on sous-entend mille restrictions qu'on ne formule pas, parce qu'elles semblent indiscutables avec les progrès de la science et du langage juridiques, on parvient à séparer les éléments étrangers, à dégager les raisons du précepte. C'est alors que la règle, formulée à une époque où l'expression n'était qu'un symbole, où le principe n'était exactement appliqué que parce qu'on en avait l'intuition, paraît mal énoncée, d'où la nécessité pour l'interprète d'en modifier la portée littérale pour lui faire mieux refléter la volonté du législateur. Ceci est vrai surtout pour une règle toute de tradition, comme l'article 1142 ». ⁶⁰⁴

Monsieur JOSSERAND précise que l'article 1142 du code civil doit être « Rectifié » ⁶⁰⁵ ou être complètement mis au rang « D'exception ». ⁶⁰⁶

⁶⁰¹ F. LAURENT, *Principe de droit civil*, tome 1, Bruxelles, paris, 1869, p. 347.

⁶⁰² D. MAZEAUD, « Exécution forcée de l'obligation contractuelle de ne pas faire », RDC 2007, p. 719.

⁶⁰³ Cass. 1^{ère} Civ., 16 janvier 2007, n° 06-13983, D. 2007, p. 1119, note O. GOUT.

⁶⁰⁴ E. MEYNIAL, « De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire », Rev, prot, 1884. p. 399.

⁶⁰⁵ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, Paris, 1939, p. 370.

D'après monsieur POTHIER, l'article 1142 du code civil, ne doit s'appliquer qu'aux obligations de faire ou de ne pas faire à caractère " personnel ". La doctrine affirme que ça concernait les contrats conclus « intuitu personae », ce que certains auteurs appellent les obligations qui toucheraient le « *Tréfonds de la personnalité* »⁶⁰⁷ c'est-à-dire « *Strictement personnelles* »;⁶⁰⁸ en d'autres termes, l'article 1142 du code civil selon ce courant ne s'appliquerait qu' aux obligations de faire ou de ne pas faire qui touchent exclusivement aux « *Qualités irréductiblement individuelles du débiteur* ».⁶⁰⁹

428. La solution.- L'intervention judiciaire dans la sanction, vise à appliquer l'article 1142 du code civil d'une façon, qui garantirait non seulement les intérêts des deux parties mais aussi, à donner l'interprétation la plus logique et la plus équitable dudit article. Selon cette partie de la doctrine, le juge doit appliquer l'article 1142 du code civil de telle sorte, qu'il garantisse les « *droits intangibles de toute personne à son intégrité physique ou à sa liberté* ».⁶¹⁰

429. L'intérêt.- Il est plus qu'évident que l'intervention du juge revêt une importance capitale, la relecture en effet, du texte de l'article 1142 du code civil, doit être faite par le juge qui lui seul, décidera de l'interprétation donnée à celui-ci.

Comme nous l'avons dit précédemment, l'interprétation la plus juste et équitable pour les deux parties est celle qui affirme que les exigences de l'article 1142 du code civil, ne concernent que quelques obligations. En effet, « *N'est-il pas pour le moins surprenant que rédigeant l'article 1142 du code civil, le législateur ait pu écrire « toutes » alors qu'il pensait « certaines* ».⁶¹¹

430. Le rôle du juge.- Le juge doit s'intéresser à l'impossibilité morale, comme le souligne la majorité de la doctrine française.

Il doit se pencher aussi sur l'impossibilité matérielle, dans l'exécution de l'obligation contractuelle. Il est clair que le juge ne va pas ordonner

⁶⁰⁶ Y-M. LAITHER, *Etude comparative des sanctions*, Op.cit, p.51.

⁶⁰⁷ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, Op.cit, n° 62.

⁶⁰⁸ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t 2, 2^{ème} éd, Sirey éd, Paris, 1967, p. 371.

⁶⁰⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Vol 2, Paris, PUF, 2004.

⁶¹⁰ F. TERRE, P. SIMLERY, Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, Paris, n° 1113.

⁶¹¹ P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires, une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, préfocal, Moreau MARGREVE, éd kluver, collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1993, p. 90.

l'exécution d'une obligation qui serait impossible à exécuter. La seule solution reste alors le versement des dommages et intérêts.

431. Exemple.- On pourrait citer par exemple le fournisseur qui devait livrer des meubles, mais qui se trouve dans l'impossibilité de le faire parce que l'usine a fermé ou alors le concessionnaire qui ne peut plus fournir le véhicule demandé en raison de l'arrêt de fabrication de ce type de véhicule par le constructeur⁶¹².

432. Différente interprétation, même orientation.- Le professeur DEMANTE affirme que l'article 1142 du code civil est « *plutôt la constatation d'un fait que l'énoncé d'une règle de droit* ». ⁶¹³

Le professeur MEYNIAL, précise que « *L'article 1142 s'applique non pas à l'hypothèse de défaut d'exécution volontaire, mais à celle d'impossibilité d'exécution forcée en nature, il se place seulement après les jugements qui condamnent au fait et qui ne peuvent pas être exécutés manu militari, et c'est en ce cas seulement qu'il est vrai de dire que l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts, car c'est ici seulement qu'il est impossible de donner au créancier une autre satisfaction* ». ⁶¹⁴

On constate qu'il y a plusieurs interprétations; toutes différentes les unes des autres, de l'article 1142 du code civil, mais elles vont toutes dans la même direction et privilégient toutes, l'exécution forcée en nature. Les réformes ou les projets de réforme de droit des contrats, n'ont pas seulement pris en compte les différentes interprétations, mais il est demandé de modifier complètement le contenu de cet article. L'avant-projet de réforme CATALA, en effet, dans son article 1154, précise que : « *L'obligation de faire, s'exécute si possible en nature. Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel.*

En aucun cas, elle ne peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur. A défaut d'exécution en nature, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts ».

L'ordonnance du 10 février 2016, ne fait aucune distinction entre les types d'obligations, dans son article 1221, le créancier ne peut obtenir l'exécution forcée en nature, que s'il existe une impossibilité d'exécution.

433. Comparaison.- Quant aux principes UNIDROIT et du Droit européen des contrats, dans son article 9102 précise que « *Le créancier d'une*

⁶¹² Cass. Com., 5 octobre 1993, JCP 1993, IV, 2554.

⁶¹³ A-M. DEMANTE, E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique du code Napoléon*, n° 60 Bis, I, p. 88.

⁶¹⁴ E. MEYNIAL, « De la sanction civile des obligations de faire ou ne pas faire », *Rev part*, 1884, p. 431.

obligation autre que de somme d'argent a le droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse ».

L'article 1154 du projet de réforme CATALA et 1221 de l'ordonnance de 2016, qui remplacent l'article 1142 du code civil, confirment la primauté de l'exécution forcée en nature de toutes les obligations sans exception, mais pose une certaine limite. Selon ces articles, toutes les obligations même de faire ou de ne pas faire doivent faire l'objet d'une condamnation à l'exécution forcée en nature.

434. L'obstacle à la condamnation.- Les articles posent néanmoins un obstacle qui se résume par " l'obstacle matériel ". En effet, on peut lire dans ces articles, l'exception "lorsque cela est possible ", on comprend très bien que le juge face à une impossibilité d'exécution ne doit pas, ordonner l'exécution forcée en nature.

435. Synthèse.- Pour résumer, cet article conforte notre hypothèse qui affirme, que toutes les obligations de faire, de ne pas faire ou de donner se résolvent par l'exécution forcée en nature, sauf dans le cas d'une impossibilité morale ou matérielle. On peut cependant dire, qu'il ne reste « *En théorie [de l'article 1142 du code civil] rien de plus que l'énoncé d'une règle d'exception, en pratique, un article quasiment tombé en désuétude* ». ⁶¹⁵

§ 2 - LA PRÉVENTION DU RECOURS À LA JUSTICE PRIVÉE

436. L'utilité.- « *Nul ne peut se faire justice à soi même* ». L'intérêt de l'intervention du juge dans la rupture des contrats, est non seulement la garantie d'une sanction juste, mais aussi la prévention de tout recours du créancier à sanctionner lui-même son débiteur défaillant.

En effet, « *L'exécution forcée ne correspond pas à une contrainte privée que le créancier exercerait seul à seul. Il s'agit plutôt du pouvoir d'obtenir de l'Etat qu'il mette à la disposition du créancier un peu de cette force dont il a le monopole* ». ⁶¹⁶

⁶¹⁵ Y-M. LEITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit, p. 52.

⁶¹⁶ H. FERESHTYAN, *L'exécution forcée en nature en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, thèse Reims, 2000, p.72.

437. Histoire.- Le recours à la justice privée, n'a pas toujours été interdit en droit positif, car au Moyen Age, le créancier saisissait directement et personnellement la personne ou le bien du débiteur défaillant.

438. La prohibition.- De nos jours, le créancier doit s'adresser à la justice, qui selon le cas,⁶¹⁷ doit condamner le débiteur à exécuter ses obligations. L'interdiction du recours à la justice privée, n'a pas précisé explicitement par le législateur.⁶¹⁸

Il est clair que le recours à la justice privée est comme un acte égoïste et la partie qui a recours à ce genre de justice, peut être considérée comme étant de mauvaise foi.

439. La compensation.- En contrepartie au non recours à la justice privée, les parties auront la possibilité d'avoir recours à la force publique pour faire valoir leurs droits.⁶¹⁹

Le pouvoir public exerce son autorité et intervient dans les relations contractuelles, dans le but de faire respecter la force obligatoire du contrat et le respect de la parole donnée.

Même si le créancier n'obtient pas l'exécution de l'obligation comme prévu dans le contrat, en s'adressant au juge, il peut avoir la possibilité d'exécuter lui-même l'obligation du débiteur défaillant, comme le prévoient les articles 1143, 1144, 1184 du code civil et l'article 1222 de l'ordonnance du 10 février 2016, qui précise qu' « *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnable, faire exécuter lui-même l'obligation* ».

440. Exemple.- Dans le cas d'une condamnation à la destruction d'un édifice, si le débiteur refuse de le faire, cela peut être fait par le créancier, mais les frais seront à la charge du débiteur; comme le précise l'article 1222 de l'ordonnance de 2016, le créancier peut demander au juge que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette destruction.

« *La force obligatoire de l'obligation est le point de divergence entre le droit et la morale ; quant à la sanction, elle est la conséquence de cette force obligatoire* »⁶²⁰.

441. La preuve.- Même si l'exécution forcée en nature est sans aucun doute primordiale, afin de protéger et de garantir les intérêts du créancier, il peut faire appel à l'autorité publique pour avoir satisfaction⁶²¹.

⁶¹⁷ Nous reviendrons sur cette question dans le développement suivant.

⁶¹⁸ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, tome 2, LGDJ, Paris, 1961, n° 164.

⁶¹⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit, n° 845.

⁶²⁰ H. FERESHYAN, op. cit, n° 74.

Concrètement, le créancier peut obtenir l'exécution forcée de l'obligation ou la résolution du contrat, avec éventuellement l'octroi de dommages et intérêts.

442. Le moyen.- Une contrainte peut être exercée pour obtenir l'exécution, mais cette contrainte ne peut en aucun cas être physique.

L'intervention du juge garantit le respect et la dignité humaine de la personne du débiteur.

Ce n'est pas parce que le contractant défaillant n'a pas honoré ses obligations qu'on doit le maltraiter. Il ne peut être forcé physiquement d'accomplir son acte ou de fournir la prestation qui lui a été demandée. En revanche, tous les autres moyens de contrainte sont autorisés.

Conclusion du chapitre

443. Une sanction idéale.- L'exécution forcée en nature est, à notre avis, la sanction idéale en cas d'inexécution contractuelle, mais seulement si l'exécution est toujours possible. Cette sanction reflète l'orientation de la doctrine française en matière de remèdes à l'inexécution contractuelle.

L'exécution forcée en nature est, et doit être un effet du contrat. Le pouvoir souverain dont dispose le juge, dans le choix des modes de sanctions, doit privilégier, s'il est toujours possible, la fourniture de la prestation, comme convenu dans le contrat. Dans le cas contraire, il serait inutile de signer un contrat, alors qu'on n'est pas certain de recevoir ce qu'on attend de ce dernier.

Conclusion du titre

445. Le but.- L'intervention du juge dans la rupture du contrat, a pour but la satisfaction de la partie victime d'inexécution, mais cette satisfaction ne doit pas être au détriment de l'autre partie. L'objectif de l'ingérence du juge, est d'essayer de sauver au mieux les liens contractuelles.

Toutefois, L'exécution forcée en nature reste la sanction par excellence de

⁶²¹ A. BENABENT, *op. cit.*, n° 845.

l'inexécution des obligations contractuelle. Car, elle permet aux parties de recevoir la prestation attendue par la conclusion du contrat et leur apporte par conséquent, la satisfaction .

Cependant, si la condamnation à l'exécution forcée en nature n'est pas envisageable, il existe d'autre moyen pour faire face au manquement contractuel.

TITRE 2 - LES ALTERNATIVES À L'EXÉCUTION DU CONTRAT STRICTO SENSU

446. L'objectif.- L'intérêt de l'intervention du juge dans la rupture du contrat, est le maintien quoi qu'il arrive des lien contractuels et le respect de la force obligatoire du contrat, l'autre fonction est de chercher une alternative à l'exécution du contrat; une alternative juste et surtout satisfaisante pour le créancier, car il est victime d'une inexécution qui lui a surement provoquée un préjudice. Dans le cas où l'exécution en nature n'est pas envisageable, le juge garantira une solution qui prendra en compte les attentes du créancier et la situation du débiteur **(chapitre1)**.

L'inexécution dont il est responsable le débiteur, a bien évidemment provoqué un préjudice qui doit être réparé. Pour une justice contractuelle équitable et juste, il est primordial et indispensable, d'apporter une compensation à la victime, pour les pertes et le préjudice subis, suite au manquement de son partenaire. Il est à noter que l'interprétation de l'article 1142 du code civil, peut être différente « *Et qu'il est tout à fait possible de lire l'article 1142 [du code civil] comme donnant seulement au créancier d'une obligation inexécutée la faculté de réclamer des dommages et intérêts, sans pour autant lui retirer celle de recourir aussi à d'autres moyens que le droit lui reconnaît également par ailleurs, de réagir à l'inexécution*»⁶²².

(chapitre 2).

⁶²² M. FONTAINE, G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 195-196.

CHAPITRE 1 - LA GARANTIE D'UNE SOLUTION EFFICACE ET SATISFAISANTE

447. Présentation.- Le juge peut et doit condamner un contractant défaillant « *En cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse à fournir une prestation distincte de celle à laquelle il s'était engagé, dès lors que cette prestation de remplacement permet de compenser, au moins partiellement, la perte causée par l'inexécution* »⁶²³. La jurisprudence a eu l'occasion à plusieurs reprises d'appliquer le principe de réparation en nature⁶²⁴, le juge par sa qualité de garant des intérêts des parties, dispose d'un pouvoir souverain d'application d'une sanction équitable, qui lui permet de prononcer la réparation en nature, à la place des dommages et intérêts⁶²⁵. C'est en effet la seule prestation qui se rapproche de l'exécution du contrat *stricto sensu* (**section 1**).

Il arrive quelque fois que l'exécution du contrat puisse devenir impossible, si la collaboration entre les deux parties est devenue inenvisageable à cause de la perte de confiance, la libération des contractants est donc la seule issue, pour le contentieux contractuel (**section 2**).

SECTION 1- UNE SOLUTION ÉQUIVALENTE À L'EXÉCUTION EN NATURE

448. Une sanction critiquable.- La réparation en nature du préjudice a longtemps été critiquée, voire contestée en matière contractuelle et aussi délictuelle⁶²⁶. L'article 1142 du code civil est considéré par une partie de la doctrine comme étant, en matière d'obligation de faire ou ne pas faire, une prohibition à la condamnation à l'exécution forcée en nature. Ainsi la réparation en nature n'est pas et ne doit pas être considérée comme

⁶²³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2010, 3^{ème} éd, n° 26, p. 84.

⁶²⁴ V. Cass. 3^{ème} Civ., 25 janvier 2006, n° 04-18672, Bull. civ., III, n° 20 (bail); Cass. 3^{ème} Civ., 28 février 1969, Bull. civ., III, n° 182.

⁶²⁵ V. Cass. 2^{ème} Civ., 29 juin 1961, Bull. civ., II, n° 285; Cass. Com., 3 novembre 2009, n° 08-88178.

⁶²⁶ V. L. RIPERT, *La réparation de préjudices dans la responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1933.

une solution à l'inexécution contractuelle, mais comme une solution au conflit contractuel **(§1)**.

La force obligatoire du contrat constitue à elle seule une objection catégorique à la réparation en nature du préjudice. En effet, le juge ne doit pas obliger une partie à exécuter une obligation, autre que celle précisée dans le contrat. Si le juge ordonne une réparation en nature, il enfreint à la règle de la force obligatoire du contrat. La détermination de la licéité de la réparation en nature est nécessaire. Ce qui faut savoir, est que la jurisprudence et la loi étaient et sont toujours indifférentes quant à la personne qui exécutera les obligations contractuelles, le débiteur, un tiers ou bien le créancier lui-même **(§2)**.

§1- LA RÉPARATION EN NATURE

449. Les caractéristiques.- La réparation du préjudice causé par l'inexécution, peut avoir deux aspects : une réparation en nature, effectuée par le débiteur, ou bien une réparation qui sera effectuée par une tierce personne. Le but étant de satisfaire le créancier victime du manquement contractuel.

La détermination de la licéité de la réparation en nature est nécessaire **(A)**. Il est regrettable que l'ordonnance de 2016 n'ait pas abordé la réparation en nature et n'a apporté aucune précision.

Cependant, une con

fusion entre les remèdes peut s'installer à cause de leurs pluralités et la distinction entre l'exécution en nature et la réparation en nature est aussi fondamentale **(B)**.

A - LA LICÉITÉ DE LA RÉPARATION EN NATURE EN DROIT FRANÇAIS

450. La reconnaissance.- Les principes du droit européen du contrat, ne reconnaissent pas explicitement le droit du créancier à la

réparation en nature du préjudice, elle a été citée vaguement dans l'article 7.2.3 des principes UNIDROIT.

En revanche, pour la jurisprudence, la réparation en nature est tout à fait admise et constitue une sanction à l'inexécution contractuelle. « *En cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse, [le débiteur d'une obligation peut être condamné] à fournir une prestation équivalente à celle à laquelle il s'était engagé, dès lors que cette prestation de remplacement permet de compenser, au moins partiellement, la perte causée par l'inexécution* ». ⁶²⁷

451. L'application.- L'application de la réparation en nature est beaucoup plus fréquente dans les contrats de vente ou louage, autrement dit, tous les contrats dans lesquels le débiteur est dans l'obligation de livrer une chose ou de la restituer.

452. Exemple.- Dans les contrats de louage d'ouvrage par exemple, si on constate que le bien construit ne correspond pas à ce qui est prévu dans le contrat ou bien tout simplement, n'est pas conforme, le juge peut ordonner au débiteur d'effectuer des mises en conformité de la chose ou la remise en état du bien. ⁶²⁸

Si le vendeur ne peut pas livrer la chose vendue, parce que cette dernière a été perdue ou qu'elle n'est plus dans le commerce, le juge peut ordonner au vendeur de livrer une marchandise équivalente. De même, si le locataire ne peut plus restituer la chose louée, il devra alors fournir un bien équivalent. ⁶²⁹

On trouve aussi le cas où le juge ordonne au débiteur d'exécuter une obligation qui n'est pas prévue dans le contrat, le cas par exemple d'une obligation de non concurrence. ⁶³⁰

Pour une sanction juste et équitable, les règles régissant la réparation en nature, doivent être claires **(1)**.

La réparation en nature reste toujours une solution envisageable, mais celle-ci ne doit pas être la sanction modèle, car ce mode de sanction comporte des limites **(2)**.

⁶²⁷ M. FONTAINE, G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit, p. 196.

⁶²⁸ V. Cass. 3^{ème} Civ., 28 février 1969, Bull. civ., III, n° 182; Cass. 3^{ème} Civ., 31 mai 1971, D., 1971 som. p. 139; Cass. 3^{ème} Civ., 25 octobre 1976, D. 1976, IR, p. 76; 17 janvier 1984, JCP, 1984, IV, p. 93; Cass. 3^{ème} Civ., 10 janvier 1990, Bull. civ., III, n° 5.

⁶²⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 20 janvier 1953, JCP, 1953, II, p. 7677.

⁶³⁰ V. Cass. Com., 25 juin 1991, Bull. civ., IV, n° 236.

1 - LE RÉGIME DE LA RÉPARATION EN NATURE

453. Condition.- La réparation en nature de l'obligation inexécutée est, avant tout, un effet de la responsabilité contractuelle. Pour que la réparation en nature soit accordée, l'existence d'un préjudice est la condition essentielle. Ce préjudice doit être provoqué par l'inexécution contractuelle du débiteur. La condamnation à la réparation en nature se rattache aussi, à l'engagement contractuel pris.⁶³¹

454. L'autorité du juge.- Le pouvoir du juge est très large, « *La demande de réparation en nature est en principe soumise à, l'appréciation des juges du fond qui sont libres de choisir les modalités qui leur paraissent les mieux adaptées à la situation et les plus aptes à remettre les choses dans l'état où elles se seraient trouvées si le contrat avait été exécuté* ». D'un autre côté, les juges « *Ont le pouvoir d'écarter la demande de réparation en nature présentée par le créancier pour y substituer une condamnation à des dommages et intérêts ou même une autre mesure de réparation en nature qui leur paraîtrait plus efficace pour effacer le dommage résultant de l'inexécution* ».⁶³²

Et pour résumer, on se demande alors « *S'il convient de maintenir, à côté de l'exécution en nature, le concept de " réparation en nature ", il mérite examen et discussion. Si la réparation en nature présente une utilité spécifique que ne présente pas l'exécution, il paraît souhaitable de la maintenir, mais, à l'inverse, on peut se demander s'il est légitime d'octroyer au créancier qui écarte la solution des dommages et intérêts autres que*

⁶³¹ V. Cass. 3^{ème} Civ., 9 décembre 1970, Bull. civ., III, n° 683, 26 juin 1978, Bull. civ., III, n° 262; Cass. 3^{ème} Civ., 17 janvier 1984, Gaz. Pal, 1984, I, pan. 134 obs. P. JESTAZ; Cass. 3^{ème} Civ., 25 janvier 1995, RCA, 1995, n° 121. Voir pourtant, contrat, Cass. 1^{ère} Civ., 13 novembre 1996, Bull. civ., I, n° 404, et les observ. critiques de P. JOURDAIN, RT D Civ, 1997, p. 437 et P-Y. GAUTIER, RTD Civ, 1997, p. 156.

⁶³² M. FONTAINE, G. VINEY, (sous la dir. de.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 199-200.

l'exécution de l'obligation, au besoin par un tiers aux dépens du débiteur?»⁶³³

455. L'admission.- La réparation en nature a été très longtemps contestée en droit des obligations⁶³⁴; car la réparation du préjudice d'une façon autre que les dommages et intérêts, ne peut en aucun cas satisfaire le créancier, « *Mais personne ne nie plus aujourd'hui qu'elle peut s'appliquer dans ce domaine [c'est-à-dire en matière délictuelle], en revanche, son application est plus discutée en matière contractuelle* ».

456. Définition.- Par définition, la réparation en nature est la possibilité de condamner un débiteur à exécuter une prestation autre que celle prévue dans le contrat.

Il nous semble logique de préciser que la réparation en nature ne doit être prononcée que dans deux cas : d'un côté quand l'exécution de l'obligation initialement prévue dans le contrat est impossible, d'un autre côté, si cette exécution satisfait pleinement aux exigences du créancier de l'obligation.

Dans le cas contraire, le juge se doit de tenir compte des attentes du créancier.

Cette condamnation, « *Lorsqu'elle atteint vraiment son but [c'est-à-dire faire disparaître le préjudice causé par l'inexécution] la réparation en nature équivaut, en matière contractuelle, à l'exécution en nature, de telle sorte qu'il est permis de se demander s'il s'agit bien de deux notions distinctes ou si en matière contractuelle, la prétendue "réparation en nature" n'est pas plutôt une forme d'exécution en nature* ».⁶³⁵

Comme le précise l'article 7-2-3 du droit européen du contrat « *Le droit à l'exécution comprend, le cas échéant, le droit à la réparation ou au remplacement de l'objet ainsi qu'à tout autre moyen de remédier à une exécution défectueuse. Les dispositions des articles 7-2-1 et 7-2-2 sont alors applicables* ».⁶³⁶

La jurisprudence française a très souvent été en faveur de la condamnation du contractant défaillant à exécuter une obligation autre que celle prévue dans le contrat dès lors que cette prestation aiderait à faire disparaître le dommage qu'a provoqué l'inexécution.

457. Exemple.- On trouve ce genre de condamnation le plus souvent dans les contrats de louage d'ouvrage, dans les contrats de vente ou de location.

⁶³³ M. FONTAINE, G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit, p. 202.

⁶³⁴ L. RIPERT, *La réparation dans du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Thèse Paris, p. 1937.

⁶³⁵ L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Op.cit p. 84.

⁶³⁶ Art 7-2-3 UNIDROIT.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation avait en effet, condamné un débiteur à faire des réparations pour mettre en conformité un bien, car ce dernier était défectueux et non conforme.⁶³⁷

Le juge l'a donc condamné, non pas à l'exécution en nature parce que l'exécution a été effectuée, mais plutôt à une réparation en nature en supplément à l'exécution déjà effectuée.

De même, si un vendeur n'est plus en mesure de livrer la marchandise commandée, le juge peut ordonner la livraison d'une marchandise équivalente à celle prévue dans le contrat.

Dans un arrêt, la première chambre civile de la Cour de cassation, avait ordonné à un débiteur de restituer une chose équivalente à la chose louée, parce que ce dernier n'était pas en mesure de restituer le bien loué initialement⁶³⁸; ou alors, si un propriétaire ne peut plus mettre à disposition du bailleur le bien promis.⁶³⁹ Le tribunal condamnera alors le bailleur à louer une chose équivalente.

Il est clair qu'à défaut d'une condamnation à fournir l'exécution des obligations contractuelles et si le juge estime que les dommages et intérêts ne peuvent en aucun cas satisfaire le créancier, le bailleur sera condamné à une réparation en nature, donc l'obligation de fournir une prestation différente à celle prévue dans le contrat.

458. Le besoin du juge.- L'intérêt de l'intervention du juge et la possibilité de condamner un contractant défaillant à la réparation en nature, passe par la possibilité d'obliger le débiteur à exécuter une obligation qui n'était pas prévue dans le contrat. La question de la réparation en nature ne se pose même pas et son intérêt est incontestable. Car, son but est d'indemniser la victime de l'inexécution contractuelle, d'une façon autre que par des dommages et intérêts. La Cour d'appel de Paris, a ainsi précisé que « *Les prestations ne sont pas nouvelles lorsqu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises aux premiers juges [et que] tel est le cas de la demande de réparations par équivalent après une demande de réparation en nature, ces deux prétentions ayant le même objet, à savoir l'indemnisation du même préjudice, même si les modalités de celle-ci diffèrent* ». ⁶⁴⁰

⁶³⁷ Cass. 3^{ème} Civ., 28 février 1969, Bull. civ., III, n° 182 ; Cass. 3^{ème} Civ., 31 mai 1971, D. 1971.

⁶³⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 20 janvier 1953, JCP 1953, II, 17677.

⁶³⁹ Cass. 3^{ème} Civ., 25 janvier 2006, Bull. civ., III, n° 20.

⁶⁴⁰ C.A Paris ; ch. 19 section A, 28 mars 2007. Sci 17 Boulevard -Saint-Denis/ st Negro, jurisdata n° 2007-330003.

Il est primordial de préciser que l'Ordonnance du 10 février 2016 « *Garde le silence sur la notion de réparation en nature qui ne doit pas être confondue avec celle d'exécution en nature* »⁶⁴¹.

2 - LIMITES DE CONDAMNATION À LA RÉPARATION EN NATURE

459. La liberté de choix. Le droit commun des contrats n'impose pas aux juges du fond une solution plutôt qu'une autre. Le juge bénéficie en effet, d'une grande liberté quant au choix de la sanction la plus adéquate au manquement contractuel, mais avec tout de même une préférence à la condamnation à l'exécution en nature du contrat. Mais cela ne signifie en aucun cas, une quelconque contrainte pour les juges.

Dans certains cas, le juge n'est pas en mesure de prononcer une réparation en nature du préjudice et seule la réparation par des dommages et intérêts est envisageable.

460. Une prohibition ciblée. Le code civil dans son article 1142 exclut explicitement le recours à la réparation en nature en matière d'obligation de faire et de ne pas faire, car le préjudice se répare par une compensation pécuniaire.

L'article 1142 précise en effet que « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». L'utilisation des termes dommages et intérêts constitue une interdiction à toute condamnation en nature. Toutefois, la doctrine et la jurisprudence ont essayé de réduire la portée de cet article.

461. L'impossibilité.- L'obstacle le plus important à une condamnation à une réparation en nature, reste bien sûr l'impossibilité matérielle d'une telle mesure. Si l'on en croit la définition, la réparation en nature a pour objet de remplacer ce que le créancier devait obtenir, si le contrat avait été exécuté. Malheureusement, il est parfois impossible de procurer au créancier une

⁶⁴¹ M. MEKKI, *Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal, 2015, p. 37.

réparation en nature du préjudice que lui a provoqué l'inexécution du contrat.

L'impossibilité d'une réparation en nature, peut avoir deux aspects : le premier est matériel, le second est juridique.

Quant à l'impossibilité matérielle, elle peut avoir plusieurs formes ; cela a un rapport direct avec la nature du préjudice que l'inexécution a provoqué. Toutefois, le préjudice subi par le créancier peut être corporel, par conséquent, il est impossible au juge de condamner le débiteur à une réparation en nature. Il est difficile, en effet, voire impossible de réparer la blessure du créancier ou la perte d'un organe.

462. Exemple.- L'exemple le plus percutant est le comportement même du débiteur dans l'exécution de ses obligations. Si le contractant devait exécuter l'obligation dans un délai bien précis, l'exécution n'aurait aucune valeur si le débiteur ne l'a pas fait dans imparti, il est impossible que le juge prononce la réparation en nature, car, il est impossible de remonter le temps.

B - LA DISTINCTION ENTRE L'EXÉCUTION ET LA RÉPARATION EN NATURE

463. Présentation.- Il est clair que la réparation en nature et l'exécution en nature sont deux concepts complètement différents. Comme nous l'avons déjà précisé, l'exécution forcée en nature constitue l'exécution pure de l'obligation convenue dans le contrat.

La différence majeure entre l'exécution en nature et la réparation en nature est l'utilisation de deux procédés différents, mais la finalité est la même, la réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle.

464. L'avis de la doctrine.- Il existe un conflit au sein même de la doctrine française sur la distinction entre, la réparation en nature et l'exécution en nature qui est, la sanction la plus adaptée à l'inexécution contractuelle.

Faire une distinction entre la réparation en nature et l'exécution en nature n'a pas pour but de démontrer la sanction la plus efficace, mais de dissiper la confusion.

Il est clair que la moitié de la doctrine privilégie l'exécution en nature et la classe comme la seule et unique sanction en nature, alors que l'autre moitié préfère la réparation en nature.

465. Une autre alternative.- Une troisième école applique les deux sanctions selon les cas et nous sommes de leur avis. Il est logique qu'on ne puisse pas obliger une personne à exécuter une obligation, alors qu'on sait à l'avance qu'elle ne pourra pas satisfaire aux exigences. Le juge doit alors avoir la possibilité de condamner un contractant défaillant, soit à l'exécution en nature et dans l'impossibilité, à la réparation en nature, mais il doit donner la priorité à l'exécution en nature. Le juge reste alors et doit rester le seul maître, car, rappelons le, le juge est garant des intérêts des deux contractants.

466. Exemple d'avis.- Le doyen WEIL précise, après que la Cour d'appel de Paris dans sa décision du 17 juillet 1946, ait condamné un bijoutier à restituer l'or qu'il a perdu, alors qu'il l'avait emprunté, que « (...) *Ce n'est pas de réparation en nature qu'il s'agissait en l'espèce mais d'exécution en nature. La première consiste à fournir à un créancier autre chose qu'une somme d'argent lorsqu'en particulier le débiteur a détérioré ou perdu un bien appartenant à autrui. L'exécution en nature est autre chose : elle consiste pour un contractant à exécuter exactement l'obligation qu'il a assumée.*

*Le bijoutier avait emprunté de l'or; c'est de l'or en quantité et qualité égales qu'il devait restituer ».*⁶⁴²

Quant à Madame ROUJOU DE BOUBEE, elle précise dans sa thèse que la distinction entre la réparation en nature et l'exécution en nature peut se faire en se basant sur la nature de la prestation que va recevoir la victime de l'inexécution. Elle affirme ainsi qu'« *Il y a exécution quand le créancier reçoit l'objet même de la prestation à laquelle il avait droit ; il y a, au contraire, réparation lorsqu'il ne reçoit qu'un équivalent* »⁶⁴³, selon l'auteur, la première sanction reste alors la plus satisfaisante et la deuxième sanction est plus compensatoire qu'autre chose.

En revanche, le doyen BENABENT dans son ouvrage, s'est même posé des questions quant à la légalité de la réparation en nature, tout comme sur la possibilité pour le juge de prononcer une telle sanction contre le débiteur

⁶⁴²A. WEIL, note sous Paris, 17 Juillet 1946, D. 1948, p.171.

⁶⁴³M-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, thèse Toulouse I, LGDJ, Paris, 1974, p.146.

défaillant.⁶⁴⁴ Il considère que la condamnation à la réparation en nature n'est qu'une condamnation à l'exécution en nature déguisée.

Madame VINEY de son côté, se demande même « *S'il n'est pas contestable- au regard notamment du principe de la force obligatoire du contrat- de permettre au juge d'exiger du débiteur une prestation autre que celle qui avait été stipulée dans la convention* ». ⁶⁴⁵

On peut répondre à madame VINEY en se demandant, ce que peut faire le juge face à un débiteur qui ne veut pas exécuter en nature son obligation ou n'est pas en mesure de le faire ?

467. Une solution de plus .- Si le juge ne peut pas condamner le contractant défaillant à l'exécution en nature, il doit avoir la possibilité de le condamner à la réparation en nature, cela pourrait ne pas satisfaire pleinement le créancier, victime de l'inexécution, mais elle reste la solution la plus adaptée. Elle réduirait au minimum l'ampleur du préjudice, vu que la condamnation à l'exécution en nature est impossible ou inenvisageable et que la réparation pécuniaire est souvent insatisfaisante.

En effet, « *Nul ne peut sérieusement contester aujourd'hui que le juge dispose du pouvoir d'ajouter des obligations à celles convenues par les parties, donc de modifier le contenu obligatoire de la convention.*

Le contrat n'est pas la chose des contractants, mais un instrument juridique façonné, notamment, par le juge ». ⁶⁴⁶

On peut dire aussi que : « *Si l'objet de l'obligation est changé (prestation du tiers remplaçant, substituée à la prestation du débiteur), l'objet de la prestation demeure le même et par conséquent, l'obligation parvient à son but (...) il y a exécution dès que l'avantage promis est fourni au créancier, quelle que soit la manière dont cela lui est fourni* ». ⁶⁴⁷

468. L'office du juge.- Quoi qu'il en soit et même si le juge est garant des intérêts des deux parties, il va de soi, puisqu'on parle de l'exécution des obligations, que « *C'est du côté du créancier qu'il faut se placer pour se demander s'il reçoit bien la satisfaction à laquelle il a droit* ». ⁶⁴⁸

Le fait que le juge impose au débiteur une obligation qui n'était pas prévue

⁶⁴⁴A. BENABENT, Droit civil, vol. 2 : Les biens. Les obligations, Paris, PUF, 2004, n° 403.

⁶⁴⁵G. VINEY, *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et en français*, in M. FONTAINE, G. VINEY, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé, p.196.

⁶⁴⁶Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op.cit, p.79.

⁶⁴⁷M-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, thèse Toulouse I, LGDJ, 1974, p. 149 et 155.

⁶⁴⁸M-E. ROUJOU DE BOUBEE, op. cit, p.149.

dans le contrat initial, ne peut en aucun cas être perçu comme une ingérence du juge dans le contrat et dans les affaires des parties, mais plutôt, un moyen de sanctionner la partie défaillante dans l'attente de satisfaire la victime.

469. Exemple jurisprudentiel.- Dans une affaire de la chambre civile de la Cour de cassation du 4 juin 1924, la Cour avait imposé à un vendeur une obligation qui n'existe pas dans le contrat. En l'espèce, une personne avait acheté des meubles, elle s'est mise d'accord avec le vendeur pour que la marchandise commandée soit livrée à la gare où l'acquéreur pouvait la récupérer, la marchandise en question n'a jamais été livrée. La Cour condamne le vendeur à livrer les meubles, en ajoutant que la livraison ne se fera pas à la gare, mais au domicile de l'acheteur, en effet « *Les juges n'avaient pas, sous couleur de compensation, imposé à la compagnie une obligation nouvelle, débordant du cadre primitif du contrat, celle par exemple de livrer à domicile les meubles non avariés pour lesquels était stipulée la livraison en gare.*

*Ils ne l'avaient condamnée qu'à livrer en bon état ce que, dès l'origine, elle s'était engagé à livrer en bon état, ils n'encouraient pas le reproche d'avoir faussé la convention ».*⁶⁴⁹

470. L'intérêt.- Faire la distinction entre la réparation en nature et l'exécution en nature n'a pas pour but de faire une classification ou de donner une définition des deux sanctions ou bien de déterminer si la sanction de la réparation en nature est efficace ou concevable par le juge, mais de déterminer les conditions de chaque sanction.

§ 2 - L'INDIFFÉRENCE SUR LA PERSONNE QUI EXÉCUTERA L'OBLIGATION

471. Le remplacement.- La possibilité d'obtenir un remplacement à l'exécution contractuelle est tout à fait licite et autorisée en droit français. Il est expressément autorisé par l'article 1143 et 1144 du code civil, qui disposent respectivement que « *Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des*

⁶⁴⁹ L. HUGUENEY, note sous, Cass. Civ., 4 juin 1924, S. 1925, I, p.97.

sommes nécessaires à cette exécution » (CC Art 1144), c'est-à-dire que si le débiteur n'exécute pas ses obligations, la loi autorise le créancier à les exécuter à la place de son cocontractant, « *Le créancier a le droit [aussi] de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu* », (CC Art 1143). Il est possible que l'obligation inexécutée soit effectuée par une personne tiers au contrat **(A)** ce qu'on appelle le remplacement et le juge opère un contrôle concernant les conditions d'application de ce dernier **(B)**.

A - LA POSSIBILITÉ D'OBTENIR UNE EXÉCUTION PAR UN TIERS : LE REMPLACEMENT

472. La satisfaction.- Le projet de réforme du droit des contrats de 2009, dans son article 139, prévoyait que « *Le créancier peut être autorisé par le juge à faire exécuter lui-même l'obligation ou à détruire ce qui a été fait par contravention à celle-ci aux frais du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution* », L'article 1222 de l'ordonnance du 10 février 2016, affirme de son côté qu' « *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut en demander le remboursement au débiteur. Il peut aussi saisir le juge pour que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction* ». Le remplacement joue un rôle important dans le rétablissement de l'équilibre contractuel. Il constitue alors une sorte d'alternative, permettant de satisfaire à l'obligation contractuelle; cette procédure de remplacement est assujettie à des conditions qui seront bien évidemment contrôlées par le juge, ce qui donne à son intervention une grande importance.

473. Définition.- Le remplacement pour certains auteurs, est une sanction indivisible de la résolution du contrat⁶⁵⁰, alors que pour d'autres, le remplacement est un mode sur lequel se base le montant des dommages et

⁶⁵⁰ V. K. VER BERNE, obs. sous-com. Gard (réf), 15 avril 1989, Entr. dr, 1981, p. 12.

intérêts⁶⁵¹. Une autre partie de la doctrine le considère comme une simple réparation en nature d'une inexécution contractuelle⁶⁵² et selon la jurisprudence, le remplacement est un mode d'exécution en nature de l'obligation contractuelle⁶⁵³. Ce qui, à notre avis, est la meilleure définition; ainsi c'est le seul et meilleur moyen pour satisfaire aux exigences des parties et plus précisément la partie victime d'une inexécution. Car, le but du contrat est de recevoir une prestation. À partir du moment où cette prestation fournie, satisfera aux exigences du créancier, ce dernier doit être indifférent quant à la personne qui exécutera l'obligation, l'objectif étant de recevoir la prestation attendue.

474. Un moyen alternatif .- La lecture des articles 1142 et 1144 du code civil, conforte notre orientation et donne au remplacement « *Une voie d'exécution de la condamnation du débiteur à l'exécution en nature d'une obligation non pécuniaire. Il offre ainsi une solution élégante à l'inexécution du débiteur. D'une part, il permet de donner satisfaction au créancier, qui obtient, en définitive, le résultat escompté, d'autre part, il évite de devoir mettre la personne du débiteur à contribution* ». ⁶⁵⁴ Dans le cas d'une impossibilité d'exécution de la part du débiteur, la prestation est bel et bien fournie et le créancier satisfait, peu importe la personne qui exécute l'obligation ; le plus important est que le créancier ne subisse pas de préjudice.

475. Les Avantages.- L'avantage du remplacement est de donner au créancier la possibilité de recevoir la prestation d'un tiers ou par lui-même, à la place du débiteur. Ainsi, plusieurs arrêts de la jurisprudence considèrent que le remplacement est la sanction la plus équitable⁶⁵⁵, en cas d'impossibilité d'exécution du débiteur. Il peut par conséquent, être considéré comme étant un remède à la désobéissance du débiteur. Selon monsieur POTHIER « *Si ce qu'il s'était obligé à ne pas faire et qu'il a fait au préjudice de son obligation, est quelque chose qui puisse se détruire, le*

⁶⁵¹ Les dommages et intérêts sont fixés a posteriori et non pas a priori; v. note , L. LAROBIERE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III, IV, livre III du code civil*, t 1, 1862, p. 212.

⁶⁵² par exemple, A WEILL et F TERRÉ, op. cit 1975, p. 480 et 481.

⁶⁵³ Ainsi c'est l'opinion de la Cour de cassation , Cass, 6 mars 1919, pas. 1919, I, p. 80: le remplacement institue non pas " une condamnation à des dommages-intérêts, mais seulement l'exécution de l'obligation librement consentie par le débiteur ".

⁶⁵⁴ M. FONTAINE, G. VINEY (sous la dir. de.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ , 2001, p. 248-249.

⁶⁵⁵ V. par exemple J- P. JUMET, 16 février 1990, RRD. 1999, p. 296, note P. WERY " *Le remplacement juridique et l'astreinte* "

créancier peut aussi conclure contre son débiteur à la destruction. Par exemple, si mon voisin s'est obligé envers moi à ne pas fermer son avenue, pour m'y laisser le passage libre, et, qu'au préjudice de cette obligation, il l'ait fermée par une barrière, ou par un fossé, je puis faire ordonner qu'il sera tenu de retirer sa barrière, ou de combler son fossé, et que, faute par lui de faire dans un certain temps, je serai autorisé à faire à ses dépens combler le fossé ou enlever la barrière ». ⁶⁵⁶ Le professeur VAN REEPINGHEN précise qu'il ne faut en aucun cas exclure « *Les applications que comportent les obligations de donner ou de faire dont, le créancier peut en certain cas assurer l'accomplissement " et le créancier peut, " lorsque la prestation est susceptible d'une réalisation effective autrement que de la main du débiteur, faire exécuter l'obligation par un tiers comme il est dit à l'article 1144 du code civil* ». ⁶⁵⁷

476. Les désavantages.- Bien que le remplacement constitue une voie d'exécution en nature des obligations contractuelles, ce procédé comporte en lui-même quelques particularités par rapport aux autres modes d'exécution: d'une part le juge ne dispose pas de pouvoir d'accorder au créancier "d'office" la possibilité de remplacement; autrement dit, il ne peut pas le faire de son propre chef, pour qu'il soit accordé, le remplacement doit d'abord être demandé par le créancier, faute de quoi la condamnation au remplacement est alors inconcevable.

D'autre part, le remplacement, une fois accordé, ne désigne pas le tiers qui sera chargé de l'exécution. En général, la saisie nécessite le recours à des agents d'exécution spécialisés, comme les huissiers de justice par exemple, dans la plupart des cas, le créancier lui, choisit l'entreprise qui effectuera le travail que le débiteur n'a pas exécuté et parfois la partie victime de l'inexécution se chargera aussi de passer commande auprès d'un autre fournisseur qui s'occupera de lui livrer la marchandise voulue ⁶⁵⁸. Dans certaines situations, le créancier décide lui-même d'effectuer la prestation qui devait lui être faite, sans faire appel à une entreprise spécialisée. Le droit positif français, autorise en effet, le créancier à faire le travail à la place de son créancier, il n'est pas obligé que la prestation soit fournie par une autre personne.

⁶⁵⁶ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, t 1, Dalloz, Paris, 2011, p. 41.

⁶⁵⁷ Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, Pasin 1964 (supplément code judiciaire) p. 516.

⁶⁵⁸ Cass , 6 mars 1919, pas. 1918, I, p. 80.

477. Le rôle du juge.- Il est nécessaire de préciser que même dans le cas où le créancier obtient l'autorisation d'effectuer lui-même la prestation, il ne peut pas agir de son plein gré; c'est-à-dire que le juge ne lui accorde pas une totale liberté d'engager des dépenses exorbitantes. Le juge reste dans tous les cas, garant des intérêts des deux parties et pas seulement des intérêts de la partie victime de l'inexécution. Les intérêts du débiteur sont aussi protégés, la partie défaillante a déjà été sanctionnée, en lui infligeant de supporter les coûts des obligations non effectuées et qui seront exécutées par le créancier lui-même ou par un tiers.

Il n'est pas impossible que le juge se donne le droit de garder un œil sur le déroulement du remplacement, en désignant un expert qui s'occupera de remettre les rapports aux tribunaux.

Et dans certains cas « *L'intervention d'un huissier de justice et de la force publique sera inévitable (...) (dans) le cas où il est nécessaire de s'en prendre aux biens du débiteur, de pénétrer dans sa propriété, par exemple pour y détruire une construction irrégulière, ou encore d'écartier sa personne car il ne respecte pas son obligation de "laisser faire" le remplacement* »⁶⁵⁹.

B- LE CONTRÔLE DU JUGE DES CONDITIONS DU REMPLACEMENT

478. Un contrôle nécessaire.- Il est clair que le remplacement est un droit pour le créancier. Il peut en effet, obtenir du juge l'exécution des obligations contractuelles de son débiteur, soit par un tiers ou bien par lui-même.

Le juge s'assure que le créancier a bien respecté les conditions pour obtenir ce remplacement.

Il s'agit de substituer un tiers au débiteur pour l'exécution de l'obligation contractuelle non exécutée, à condition que la prestation non effectuée par le débiteur, ait une certaine "fongibilité" afin que le recours à une autre personne pour remédier au manquement contractuel puisse donner satisfaction au créancier.

479. Les obstacles.- Dans le cas d'une obligation "intuitu personae" c'est-à-dire, les obligations que seul le débiteur peut exécuter, le remplacement

⁶⁵⁹ M. FONTAINE, G. VINEY (sous la dir. de.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 250-251.

dans ce genre de situation, ne peut être accordé au créancier. Le fait que son partenaire soit le seul à pouvoir satisfaire à ces obligations, a fait obstacle à la condamnation au remplacement.

480. L'intérêt d'une demande en justice.- Le fait que le remplacement doit être demandé en justice, garantit que celui-là apportera tous les avantages que le créancier attendait de son débiteur, même si l'exécution des obligations, sera effectuée par une autre personne.

481. Conditions.- La mise en demeure reste alors la condition la plus importante pour obtenir la condamnation au remplacement⁶⁶⁰. Le créancier en effet, est tenu d'avoir l'autorisation judiciaire pour que le remplacement soit accordé, comme l'a bien précisé de manière péremptoire, l'article 1144 du code civil. La demande doit être formulée par le créancier⁶⁶¹, elle ne sera jamais ordonnée à l'initiative du juge lui-même.

Toujours est-il que la condamnation au remplacement peut dans certains cas être précédée par une condamnation à l'exécution en nature du débiteur.

« *Le jugement qui ordonne l'exécution, au besoin sous astreinte, peut parfaitement prévoir que, faute d'exécution dans un certain délai, le créancier sera autorisé à la faire exécuter par un tiers aux dépens du débiteur.* »⁶⁶² Autrement dit, pour obtenir la condamnation au remplacement, il n'est pas nécessaire qu'il y ait une décision à part entière qui soit prononcée.

482. Une alternative.- Si le juge ne le précise pas dans le jugement qui condamne le débiteur à l'exécution forcée en nature et si le contractant défaillant n'exécute toujours pas son obligation, le créancier peut à ce moment et dans un certain délai, faire exécuter l'obligation par un tiers ou par lui-même.

La question qui se pose dans ce sens est de savoir si le remplacement est un droit du créancier ou bien dépend de la volonté du juge?

483. Droit ou volonté judiciaire.- Le but du remplacement comme nous l'avons dit, consiste à faire exécuter par un tiers l'obligation que le débiteur devait exécuter et cela aux dépens du débiteur lui-même, pour une raison bien précise; qui est l'obtention du bénéfice attendu par la prestation.

⁶⁶⁰ Cass.3^{ème} Civ., 11 janvier 2006, JCP IV, 1229, D. 2006, p. 248; obs, Y. ROUQUET, obs. P. GROSSER, JCP 2006, I, 123, n° 13 à 16.

⁶⁶¹ V. les développements de M-P. WERY dans sa thèse, n° 251 à 254.

⁶⁶² G. VINEY, P. JOURDAIN, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, 3^{ème} éd, LGDJ, 2010, p.76.

On peut très bien déduire que le remplacement pourrait apporter une grande satisfaction au créancier, cela laisserait entendre aussi que le remplacement est la sanction la plus adaptée et la plus équitable après la condamnation à l'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle. On se demande alors et au regard de la force obligatoire du contrat, si la condamnation au remplacement s'impose au juge? Ou si le remplacement est un mode d'exécution comme les autres?

484. Un droit.- Si le remplacement est considéré comme une procédure qui permet au créancier de recevoir la prestation attendue par la conclusion du contrat, il constitue un droit pour la victime de l'inexécution. Le créancier dispose de la liberté du choix que lui confère le code civil⁶⁶³, entre la résolution et l'exécution du contrat quand cela reste possible. Le remplacement s'impose alors au juge et ce dernier se doit de le respecter, encore faut-il que ce droit ne soit pas exercé d'une façon abusive ou arbitraire.

485. Une volonté du juge.- Si on voit dans le remplacement un moyen de réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle, le dit remplacement ne s'impose pas au juge. Ce dernier dispose d'une grande liberté de choix entre les sanctions qui seront les plus équitables et surtout les plus efficaces. Il dispose d'un large pouvoir d'appréciation de l'opportunité du remplacement. Il peut en effet, choisir parmi les modes de réparation, notamment les dommages et intérêts.

Le droit français « *Reconnait au juge du fond, aussi bien en matière contractuelle que délictuelle, le pouvoir d'appréciation souverainement du mode de réparation qui lui paraît le mieux adapté à la situation* ». ⁶⁶⁴

Si on répond à la question posée auparavant et qui consiste à savoir si le remplacement est un droit pour le créancier ou bien juste un moyen de réparation du préjudice provoqué par l'inexécution contractuelle, celle-ci ne laisse aucune ambiguïté. Du point de vue du créancier, le remplacement est un mode d'exécution comme tant d'autres, car il lui permet de recevoir la prestation attendue par le contrat. Cette solution lui procurera sans doute satisfaction, comme si l'inexécution n'avait jamais existé. En revanche, du point de vue du débiteur, le remplacement est un mode de réparation pur et dur. L'exécution sera effectuée par une autre personne et lui supportera les frais de cette exécution, puisqu'elle l'oblige à verser une somme d'argent,

⁶⁶³ L'article 1184 du code civil .

⁶⁶⁴ G. VINEY, P. JOURDAIN, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, op. cit, p. 79.

comme s'il s'agissait de dommages et intérêts; la seule différence est que la somme d'argent dans les dommages et intérêts sera allouée au créancier, alors que dans le cas du remplacement l'argent est octroyé à une autre personne, celle qui effectuera l'obligation contractuelle.

Pour connaître les bénéfices du remplacement, il est utile de citer ses avantages et ses inconvénients.

486. Avantage.- Dans le cas où le remplacement est vu comme un moyen d'exécution, les intérêts du créancier seront garantis et protégés et par la même occasion, le remplacement réaffirme la primauté de l'exécution des obligations contractuelles et renforce ainsi le principe de la force obligatoire du contrat, car le juge l'ordonne et en est donc garant.

Si le remplacement est soumis au pouvoir d'appréciation du juge, cela signifie qu'il ne va pas ordonner directement le remplacement, mais il peut très bien octroyer des dommages et intérêts; s'il s'aperçoit que cela satisfait les deux parties. Dans ce cas, les intérêts des deux contractants sont protégés, car le tribunal, avant de statuer, prendra en compte toutes les circonstances et évaluera les situations une par une. Il dispose d'un libre choix et la sanction ne lui est pas dictée. Cette solution en effet, peut faire éviter des excès de droit au remplacement.

La Cour de cassation était en faveur de ce principe, elle privilégie, la solution qui donne au juge un large pouvoir d'appréciation⁶⁶⁵. Elle est, par la suite, revenue sur sa position et privilégie plus, le droit du créancier au remplacement.⁶⁶⁶

487. Conclusion.- Pour répondre à la question d'une façon claire et objective, il nous semble préférable et logique de mettre le remplacement au même rang que les autres modes d'exécution du contrat. Si la partie demande le remplacement, le juge se doit de le lui accorder. Il est logique que si le débiteur s'aperçoit qu'il est dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation par manque de moyens, de technologie ou de savoir, l'exécution de l'obligation puisse être effectuée par une autre personne.

Dans ce genre de situation, le juge doit avant tout, veiller aux intérêts du créancier avant ceux du débiteur, mais sans les bafouer. Le juge n'accorde pas le remplacement uniquement s'il voit ou estime que la demande comporte un caractère abusif et si cela met en péril le débiteur. Le

⁶⁶⁵ Cass. Civ., 20 Décembre 1820, S. 1821, I, p. 428; S. 1819-1821. p.349.

⁶⁶⁶ Req, 18 juin 1883, D. 1884, V, p.353; 2 février 1904, D. 1904, I, p. 271; Cass. Civ., 25 juin 1992, D. 1922, I, p. 154, S. 1929, I, p. 111; Cass. 1^{ère} Civ., 26 juin 1961, Bull. civ., I, 285; Cass. 3^{ème} Civ., 29 novembre 1972, Gaz. Pal, 1973, I, p. 223, note J-P. MOREAU.

remplacement ne va pas être accordé à la partie victime de l'inexécution, même s'il procure satisfaction à celui-ci.

Pour savoir si la demande est abusive ou disproportionnée « *Il faudrait prouver que le créancier n'a pas réellement intérêt à exiger le remplacement, les dommages et intérêts étant de nature à lui donner satisfaction et que l'exécution par un tiers aux dépens du débiteur présente de graves inconvénients pour celui-ci ou pour d'autres personnes* ». ⁶⁶⁷

SECTION 2 - LA RÉOLUTION JUDICIAIRE DU CONTRAT

488. La notion.- « *La "résolution" consiste dans l'annulation des effets obligatoires d'un engagement en raison principalement de l'inexécution fautive par l'une des parties, des obligations mises à sa charge par la loi ou par le contrat. La résolution a un effet rétroactif, il en découle que les parties sont remises dans l'état où elles se trouvaient à la date de la conclusion du contrat. De ce fait, elles doivent se restituer les prestations que chacune d'elles a reçues de l'autre. Celle des parties au préjudice de laquelle le contrat a été résolu doit à l'autre des dommages-intérêts compensatoires* ». ⁶⁶⁸ Dans un contrat de vente par exemple, la résolution du contrat entraîne la restitution du prix payé et de la marchandise reçue. ⁶⁶⁹

La résolution des contrats est régie par l'article 1184 du code civil; il appartient de préciser que la résolution est toujours demandée en justice, mais les parties peuvent renoncer au droit de résolution judiciaire ⁶⁷⁰.

L'intervention du juge consiste à contrôler et vérifier que toutes les conditions de la résolution sont réunies et prononcer ainsi la rupture du contrat. L'imputabilité de l'exécution contractuelle n'a aucune incidence sur la décision du juge, car la force majeure n'est, en principe, pas un obstacle à la résolution du contrat (**§1**).

⁶⁶⁷ G. VINEY, P. JOURDAIN, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, 3^{ème} éd, LGDJ, 2010, p. 79- 80.

⁶⁶⁸ <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/resolution.php> (consulté le 5/05/2016)

⁶⁶⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 19 février 2014, n° 12-15520, BICC n° 802 du 15 mai 2014 et Legifrance.

⁶⁷⁰ Cass. 3^{ème} Civ., 3 novembre 2011, n° 10-26. 203, BICC n° 757 du 01 mars 2012.

La caractéristique de la résolution judiciaire du contrat est la rétroactivité, comme nous l'avons déjà précisé, les parties doivent se restituer les prestations dans certains cas, il est difficile voir, impossible pour une partie de restituer ce qu'elle a reçu de son partenaire, le rôle du juge, par son pouvoir peut alors limiter les effets de la résolution (§2).

§1 - Le juge et la résolution du contrat pour force majeure

489. Disposition générale.- Le Code civil ne pose aucune règle qui régirait la rupture du contrat pour inexécution en cas de force majeure. Il n'existe en effet, aucune loi n'admet ou pas, expressément l'anéantissement des liens contractuels dans ce genre de situation. L'article 1184 du code civil, pose comme condition à la résolution du contrat, l'inexécution d'une obligation contractuelle. La mission du juge est de déterminer si l'inexécution est suffisamment grave et si elle touche une obligation essentielle.

490. Le fait générateur.- Selon certains auteurs, « *Pour admettre la résolution du contrat, il faut constater une inexécution suffisante et que l'inexécution doit être fautive (...) si l'inexécution est fortuite, c'est-à-dire si le débiteur a été empêché d'exécuter par la force majeure, il n'y a pas lieu de recourir à la résolution judiciaire, il suffit d'appliquer les principes de la théorie du risque* »⁶⁷¹.

Le professeur LAROMNIERE réaffirme qu'« *Il suffit pour (...) la condition résolutoire [soit] tacite, que les engagements de l'une des partie ne soient pas exécutés, et peu importe même de quelle cause provient cette inexécution* »⁶⁷². Selon le professeur DEMOLOMBE « *C'est dans les termes les plus généraux que l'article 1184 [du Code civil] dispose que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrat synallagmatiques, pour le cas où l'une des partie ne satisferait point à son engagement . Il n'y*

⁶⁷¹ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations, Les sources*, Sirey 1988, n° 329. En ce sens : H. L et J. MAZEAUD, *Les leçons de droit civil , Obligation*, Montchrestien 1998, n° 1097 ; J. CARBONIER, *Les obligations*, Thémis 2000, n° 186 et 193.

⁶⁷² L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, Paris 1875, n° 6, p. 303.

*a donc pas à distinguer d'où procède cette inexécution, d'une négligence imputable à l'autre partie, ou d'un cas fortuit ou de force majeure »*⁶⁷³

En dépit de l'inexistence d'une base légale qui régirait la rupture du contrat en cas de force majeure, cela a conduit à octroyer au juge le rôle de régisseur, en se basant sur l'article 1184 du Code civil.

491. La condition résolutoire.- Dans l'arrêt du 3 août 1875, la Cour de cassation a estimé que « *L'article 1184 du Code civil ne distingue point entre les causes d'inexécution des conventions et n'admet pas la force majeure comme faisant exception à la règle qu'elle a consacrée* »⁶⁷⁴. Elle a cependant réaffirmé sa position dans un arrêt du 14 avril 1891, dans lequel elle estime que « *Cet article (l'article 1184 du Code civil) ne distingue pas entre les causes de d'inexécution des conventions, et n'admet pas la force majeure comme faisant obstacle à la résolution, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement* »⁶⁷⁵. Toujours est-il que la première chambre civile de la Cour de cassation, affirme de son côté dans un arrêt du 4 février 1976, que « *La résolution du contrat synallagmatique peut être prononcée en vertu de l'article 1184 du Code civil, en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, même si cette inexécution n'est pas fautive* »⁶⁷⁶.

492. L'intérêt de l'office du juge.- Si la loi avait été claire, il n'aurait pas été besoin de l'intervention du juge, car le législateur aurait tout mis en place pour que le travail des tribunaux se résume à appliquer les lois sans aucune possibilité de jurisprudence, mais il est presque impossible d'imaginer toutes les situations.

L'autre intérêt de l'intervention du juge dans la rupture du contrat en cas de force majeure, est de déterminer l'incidence de la force majeure sur la continuité du contrat. En l'espèce, « *Les effets de la force majeure sur les rapports entre les parties contractantes sont variables, dans certaines situations, la force majeure ne remet pas sérieusement en cause l'intérêt que chacune des parties souhaite obtenir du contrat* »⁶⁷⁷. Il est clair alors

⁶⁷³ C. DEMOLOBRE, *Cours de code Napoléon*, t XXV, 2^{ème} éd, n° 479, p. 477. « *La faute du débiteur n'a pas d'influence sur le prononcé de la résolution, puisque les tribunaux la prononcent lorsque l'inexécution provient d'un cas fortuit ou de force majeur* », C. RIGALLE, *Résolution partielle du contrat*, thèse, Lille II, Dalloz, 2003.

⁶⁷⁴ Cass. 3^{ème} Civ., août 1875, DP 1875, I, p. 409.

⁶⁷⁵ Cass. Civ., 14 avril 1891 : DP 1891, I, p. 329, note M. PLANIOL.

⁶⁷⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 4 février 1976, Bull. civ., I, n° 53, p. 43. En ce sens, Cass. Com., 9 mars 1999, arrêt n° 557, n° 97-11.810 : « *La résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations quel que soit le motif qui a empêché cette partie de remplir ses obligations* ».

⁶⁷⁷ D. VAN DAI, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, thèse Aix En Provence, préf J. MESTRE, PUAM, 2004, n° 178.

que « *Dans d'autres situations cependant, la force majeure remet sérieusement en cause l'intérêt qu'une partie souhaite obtenir du contrat* »⁶⁷⁸.

493. L'impossibilité d'exécution.- Lorsque le débiteur ne peut pas ou plus exécuter ses obligations pour cause de force majeure et que cette inexécution est totale et définitive, la question ne se pose même pas et le juge prononce automatiquement la résolution du contrat. L'article 1722 du Code civil énonce par exemple que « *Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement* ».

Si la force majeure empêche définitivement une partie d'exécuter ses obligations, elle peut invoquer cet empêchement pour demander la libération de ses obligations.⁶⁷⁹

C'est ainsi par exemple que certains auteurs « *Se sont étonnés de voir le débiteur malade libéré de son obligation de payer les frais de scolarité alors que celle-ci n'était en rien rendue impossible par la maladie. En réalité, la solution se justifie par l'impossibilité dans laquelle se trouvait l'établissement d'enseignement de remplir son obligation du fait de la maladie* »⁶⁸⁰

494. Cas spécifique.- Si l'inexécution est seulement temporaire ou partielle, la question est cependant de savoir quel est l'impact de cette inexécution sur le contrat ?

Les juges ont exclu la résolution du contrat dans le cas d'une inexécution partielle, la Cour de cassation a en effet, affirmé dans un arrêt du 27 mars 1832 qu' « *On ne saurait induire de cet article [l'article 1184 du Code civil] qu'il doive s'appliquer au cas où le contrat a été exécuté en partie, et où des événements de force majeure ont empêché qu'il reçût sa complète exécution.* »⁶⁸¹

Quelques années plus tard, la jurisprudence de la Cour de cassation a connu un revirement, elle a en effet, changé de position en affirmant dans l'arrêt du 14 avril 1891, la résolution d'un contrat de bail inexécuté partiellement.

⁶⁷⁸ D. VAN CAI, Thèse préc, n° 179.

⁶⁷⁹ C. GRIMALDI, *La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit*, D. 2009. 1289.

⁶⁸⁰ F. CHABAS, F. GRÉAU, *Force majeure*, Dalloz, 2013, n° 114.

⁶⁸¹ Cass. Ch. Req., 27 mars 1832 : S. 1832, p. 290.

495. L'exécution partielle.- Il serait injuste de rompre ou de ne pas rompre un contrat en cas d'inexécution partielle pour cause de force majeure, sans se pencher sur la situation des deux parties, de leur bonne foi et leur réel intérêt du contrat. Cette injustice conduit à reconnaître au juge son pouvoir d'analyse et de décision pour préserver les intérêts des parties que la loi n'a pas ou ne pouvait pas assurer. La Cour de cassation dans son arrêt du 14 avril 1891, affirme que « *Lorsque le contrat ne contient aucune clause de résolution, il appartient aux tribunaux de chercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui y aurait manqué complètement et, en cas partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts*»⁶⁸².

496. L'inexécution momentanée.- Pour les cas d'inexécution temporaire provoquée par la force majeure, la question est plus sensible et plus délicate, car le juge procède, dans ce genre de situation, au cas par cas. La Cour de cassation a en effet, admis la résolution du contrat dans certains cas et l'a refusé dans d'autres. Le fait de procéder au cas par cas et de prendre en compte chaque situation, prouve que le juge est garant des intérêts des deux contractants. Si l'inexécution n'handicape pas et ne remet pas réellement en cause l'intérêt du créancier, il est inutile et injuste de résoudre le contrat.

497. Revirement.- Alors que dans un arrêt rendu par la Cour de cassation, elle a admis la rupture d'un contrat pour inexécution temporaire provoquée par un cas fortuit. En effet, et comme dans la précédente situation, un vendeur a été empêché de livrer 800 sacs de farine à cause de la grève (cas de force majeure), le juge a donc ordonné l'anéantissement du contrat en estimant qu' « *On ne pourrait substituer dans la livraisons à opérer la récolte de 1871 à celle de 1870 sans modifier arbitrairement les conventions des parties, sans créer un contrat nouveau, soit à raison du changement qu'aura subi leur rendement ou leur qualité* » .

Les juges admettent, après tout, la résolution des contrats en cas d'inexécution provoquée par une force majeure et la refuse dans d'autres

⁶⁸² Bull. civ., n° 55, p. 103. D. Les grands arrêts de la jurisprudence civile, obs. H. CAPITANT, A. WEILL, F. TERRE, p. 399.

cas. Le juge analyse en fait le retard en cas de force majeure et apprécie en la gravité.

La Cour de cassation exerce souvent, pour ne pas dire régulièrement un contrôle sur les décisions des juges du fond. Elle n'hésite pas aussi « *A censurer les décisions qui exonèrent le débiteur de sa responsabilité tout en n'ayant pas pris le soin de rechercher si l'événement en cause présentait les caractères de la force majeure* », ⁶⁸³ ou si les juges présentent des motifs d'ordre général « *Insuffisants à caractériser l'imprévisibilité et l'irrésistibilité d'un événement de force majeure* ». ⁶⁸⁴

La Cour de cassation, tout en affirmant le pouvoir souverain du juge du fond pour apprécier et qualifier les faits constitutifs de la force majeure, se réserve le droit de contrôler les conséquences qui en sont tirées sur le plan de la responsabilité. ⁶⁸⁵

498. L'innovation.- La nouveauté de l'ordonnance du 10 février 2016, est d'apporter une définition de la force majeure qui a été longtemps ignorée par le code civil et rejoint la position de la première chambre civile de la Cour de cassation qui affirme que « *Seul un événement présentant un caractère imprévisible, lors de la conclusion du contrat, et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure* » ⁶⁸⁶, mais ne donne aussi aucune précision quant la rupture du contrat pour cause de force majeure. Dans l'ordonnance en effet, on ne trouve aucun article qui admet ou refuse, implicitement ou explicitement, la résolution du contrat dans ce genre de situation. Néanmoins, elle précise que « *Si l'inexécution n'est pas irrémédiable, le contrat peut être suspendu. Si l'inexécution est irrémédiable, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1328 et 1328-1* ». ⁶⁸⁷

⁶⁸³ F. CHABAS, F. GRÉAU, « Force majeure », Dalloz, 2013, n° 96. en ce sens Cass. 3^{ème} Civ., 28 septembre 2005, n° 04-13.720, Bull. civ., III, n° 175, D. 2006. Somm. 958, obs. DAMAS, D. 2005. IR 2480 .

⁶⁸⁴ Cass. 2^{ème} Civ., 16 septembre 2010, n° 09-68.849, RCA 2010, n° 310, à propos de la chute d'un arbre à raison d'une tempête; V. égal. Cass. 3^{ème} Civ., 13 mai 2009, n° 08-10.927.

⁶⁸⁵ F. CHABAS, F. GRÉAU, « Force majeure », Dalloz, op.cit, n° 98.

⁶⁸⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 30 octobre 2008, n° 07-17134, Bull. civ., 2008, I, n° 243.

⁶⁸⁷ Article 1218 de l'Ordonnance du 10 février 2016.

§ 2 - LA LIMITATION DES EFFETS DE LA RÉSOLUTION

499. Présentation.- En matière de contrat à exécution instantanée, le contrat résolu ne peut qu'être rétroactivement anéanti⁶⁸⁸. La disparition des droits issus du contrat se traduira en pratique par la mise en place d'un certain nombre de restitution⁶⁸⁹. L'autre intérêt de l'intervention du juge dans la rupture du contrat, est la limitation des effets de la résolution.

500. Les effets de la rupture.- La rupture rétroactive du contrat peut avoir des effets dévastateurs pour l'une ou l'autre des parties; par conséquent, les juges ont le pouvoir, au lieu de prononcer une rupture rétroactive du contrat, d'en prononcer seulement la résiliation.

Il faut savoir que toute résolution du contrat pour inexécution d'obligations, entraîne un effet rétroactif. Les choses doivent être remises en état, comme si le contrat n'avait jamais existé. Cet anéantissement rétroactif du contrat peut avoir des inconvénients pour l'une ou l'autre des parties.

La majorité de la doctrine et la jurisprudence, admettent que la résolution du contrat n'est pas une sanction sans gravité et n'est pas une sanction insignifiante. En effet « *La résolution a pour effet d'anéantir rétroactivement le contrat et de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement* ». ⁶⁹⁰

En raison de cette rétroactivité, si le contrat est résolu, les parties, non seulement ne sont plus liées, mais la convention est supposée ne jamais avoir existé et tous les effets que le contrat a produits, effacés. ⁶⁹¹

501. Une base légale.- L'article 1184 du code civil, dispose que « *La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses dans le même état que si l'obligation n'avait pas existé* », selon l'article 1179 du même code, « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté*».

Comme le précisent les articles du code civil, la résolution du contrat a un effet rétroactif. Les parties ont l'obligation de restituer tout ce qui a été

⁶⁸⁸ Cass. 3^{ème} Civ., 22 juin 2005, n° 03-18.624, Bull. civ., III, n° 143 : renaissance du droit au bail, à la suite de la résolution de la vente pour laquelle le locataire s'était porté acquéreur.

⁶⁸⁹ F-X. TESTU, *Sort du contrat violé in Contrats d'affaires chapitre 111*, Dalloz référence.

⁶⁹⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 7 avril 1998, Bull. civ., I, n° 142, p. 95.

⁶⁹¹ J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, thèse Rennes, 1953, p. 193.

perçu par l'exécution. Les choses doivent être remises dans leur état, comme si le contrat n'avait jamais existé, afin de rétablir l'équilibre et c'est là que réside l'intérêt de l'intervention du juge, dans la rupture du contrat.

502. Le rôle du juge.- S'il estime en effet, que la rétroactivité de la rupture serait désavantageuse pour l'une des parties, ou pour les deux, il pourra prononcer seulement une rupture simple, sans que celle-ci soit rétroactive.

Par exemple, si le contrat de prestation a été exécuté, sa résolution obligerait les parties à se restituer les prestations reçues, ce qui est presque impossible.

503. Difficulté.- L'autre difficulté est que cette restitution doit être en nature et cela peut dans certains cas, être impossible. Si par exemple la marchandise vendue a été consommée, elle ne peut pas être restituée; même chose si la marchandise a été revendue, on ne peut pas exiger d'un tiers la restitution de la chose car il n'est pas partie au contrat.

504. Exemple.- « Pour la plupart des obligations de faire, on ne peut pas faire que l'exécution n'ait pas eu lieu », ⁶⁹² il est en effet impossible de restituer une prestation, quelle qu'en soit la nature. L'intérêt de l'intervention du juge prend son importance dans le cas où la restitution était impérative mais en même temps impossible ; dans ce cas il peut offrir un équivalent à la prestation due.

506. La solution.- Le juge est le seul à offrir une compensation juste et équitable, car il tient à préserver les intérêts des deux parties.

Cette compensation ne peut pas être en nature mais pécuniaire; ⁶⁹³ le juge assure ainsi une évaluation juste et équitable pour les deux parties.

Conclusion du chapitre

507. Une solution satisfaisante.- La solution équivalente à l'exécution forcée en nature peut toujours être satisfaisante pour le

⁶⁹² E. LEPELTIER, op. cit, p. 316-317.

⁶⁹³ V. Cass. 3^{ème}Civ., 12 janvier 1988, Bull. civ., III, n° 7, JCP G, 1988, IV, p. 209; Réq. Defrénois 1988, p. 1240, obs. J-L. AUBERT, *retenant qu'en cas de résolution de la vente d'un immeuble pour vices cachés, « l'acquéreur doit une indemnité d'occupation au vendeur de l'immeuble qui recouvre sa qualité de propriétaire, sauf si celui-ci connaissait les vices de l'immeuble ».*

créancier, car à défaut de recevoir le prestation attendu du contrat, il est préférable de recevoir une prestation assimilé à celle prévue dans le contrat, afin de réduire l'impact du préjudice. Dans le cas où tous ces remèdes ne sont plus efficaces, il convient alors, que le juge prononce la résolution du contrat, dans le but de libérer le créancier de ses obligations.

L'inexécution contractuelle produit, dans la plus part du temps un préjudice; il revient au juge de réparer ce préjudice en octroyant des dommages et intérêts à la victime.

CHAPITRE 2 - L'OCTROI DE DOMMAGES ET INTÉRÊTS

508. Une obligation post contractuelle.- L'inexécution de l'obligation contractuelle, provoque généralement au créancier un préjudice, que le débiteur se doit de réparer. L'article 1231-1 de l'ordonnance du 10 février 2016, précise en effet que « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.* »

Le professeur POTHIER affirme que les dommages et intérêts résultant d'une inexécution contractuelle seraient une indemnisation pour le créancier.⁶⁹⁴

« *Dans la mesure où la condamnation du débiteur au paiement de dommages intérêts destinés à compenser le préjudice subi par le créancier implique que l'on circoncrive d'abord le dommage qui est en relation causale avec la faute reprochée à ce débiteur* ». ⁶⁹⁵

D'autres auteurs affirment que même si les dommages et intérêts sont un mode de réparation pour le dommage subi au créancier comme le précise l'article 1149 du code civil, repris par l'article 1231-2 de l'ordonnance de 2016, en effet, « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en*

⁶⁹⁴ M. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle édition par M. BERNARDI, t 1, Letellier, Paris , 1813, p. 107.

⁶⁹⁵ I. DURANT, N. VERHEYDEN-JEANMRT, *Dommages et intérêts judiciaires*, op, cit, p. 310.

général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après », ils doivent aussi être une sanction pour le débiteur.

Les dommages et intérêts peuvent être considérés comme une réparation pour le créancier (**section 1**).

Il n'est pas rare de voir les juges condamner un débiteur et le sanctionner par des dommages et intérêts; mais ce caractère punitif peine à trouver sa place dans le droit positif français (**section 2**).

SECTION 1- LA RÉPARATION PAR ÉQUIVALENT

509. La règle.- Le principe de la réparation intégrale du dommage, consiste à faire une évaluation exacte du préjudice afin de dédommager le créancier victime de l'inexécution, d'une façon juste et complète ; le juge se doit de mesurer l'ampleur réelle du préjudice qu'a provoqué le manquement contractuel. Il jouit par conséquent, d'un large pouvoir d'appréciation dans ce domaine, son dit pouvoir lui permet alors d'évaluer le dommage subi (**§1**), mais il est toujours difficile de convertir un préjudice en une somme d'argent (**§2**). *Toutefois, le juge* contrôle aussi l'inexistence d'obstacle à la responsabilité contractuelle (**§ 3**).

§1- L'ÉVALUATION DU DOMMAGE : UN DOMAINE RÉSERVÉ AU JUGE

510. Présentation.- La liberté du juge dans l'appréciation de l'ampleur du préjudice, consiste à évaluer les pertes qu'a subies le créancier (**A**), dans le but de lui octroyer une réparation totale et équitable. Cette liberté dans l'appréciation, n'exclut pas que la Cour de cassation puisse exercer un contrôle (**B**) sur l'évaluation des dommages et intérêts, effectuée par le juge du fond.

Ce contrôle se résume à la vérification de l'instauration du principe d'équivalence entre l'ampleur du dommage et l'étendue de l'indemnisation.

A - UNE ÉVALUATION DU DOMMAGE JUSTE ET ÉQUITABLE

511. Le pouvoir du juge.- L'évaluation du dommage par le juge se fait d'une façon complètement souveraine. Le juge en effet, dispose d'un pouvoir souverain et également, d'une liberté totale.

On trouve cette formule dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation. La haute juridiction confirme en effet ce pouvoir du juge : elle affirme que « *Le juge du fond apprécie souverainement, dans la limite des conclusions des parties, tant le montant du dommage que le mode d'indemnisation le plus adéquat* ». ⁶⁹⁶

512. Le champs de manœuvre du juge.- La Cour de cassation, n'oblige pas le juge du fond à donner des précisions quant aux éléments sur lesquels se base l'évaluation du dommage subi. La haute juridiction affirme que « *Le juge justifie l'existence du dommage par la seule évaluation [et qu'il n'est pas] tenu de préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant* » ⁶⁹⁷ et que « *Les juges du fond apprécient souverainement les divers chefs de préjudice qu'ils retiennent et les modalités propres à en assurer la réparation intégrale* ». ⁶⁹⁸

On peut dire qu'il existe une sorte « " *D'auto-abstinance* " de la part de la Cour de cassation dans le contrôle des méthodes d'évaluation du dommage, effectuée par le juge ainsi que de ce sur quoi se base son évaluation ». ⁶⁹⁹

513. Une liberté totale.- Toujours est-il que la haute juridiction précise que les juges disposent d'une grande liberté dans le choix de la méthode utilisée, pour faire leur estimation de l'importance du préjudice qu'a causé

⁶⁹⁶ V. par exemple, Crim., 3 novembre 2009, n° 09-81321; Resp. Civ., et assur, février 2010, com. 46.

⁶⁹⁷ V. notamment, Cass. 2^{ème} Civ., 15 février 1662, Bull. civ., II, p. 130 ; Cass. 1^{ère} Civ., 5 juin 1962, Bull. civ., IV, n° 143, p.119; Cass. 2^{ème} Civ., 3 février 1993, JCP 1993, IV, 879. Ass. plénière. Cour ; Cass. Civ., 26 mars 1999, Bull. civ., n° 3; obs. G. VINEY, JCP 2000, I, 199, n° 12; Ch. mixte., 6 septembre 2002, 2 arrêts. Bull. civ., 2002, ch. mixte, n° 4-5.

⁶⁹⁸ V. Cass. 2^{ème} Civ., 11 juillet 1983, Bull. civ., II, n° 153; V. également. Cass. 3^{ème} Civ., 4 mai 1988, JCP 1989, IV, p. 240; Cass. Crim., 4 mars 1991, Bull. civ., II, n° 23; Crim., n° 106; Cass. 2^{ème} Civ., 6 janvier 1993, JCP IV, n° 582, Cass. 2^{ème} Civ., 20 janvier 1993, Bull. civ., II, n° 23; Crim., 23 juin 1993, JCP 1993, IV, 2435, Bull. Crim., n° 219; Cass. 2^{ème} Civ., 2 novembre 1994, JCP 1995, IV, n° 16; Cass. 1^{ère} Civ., 20 février 1999, D. 1996, p. 511, note B. EDELMAN.

⁶⁹⁹ V. Cass. 1^{ère} Civ., 4 décembre 1974, D. 1974, IR, p.54; Crim., 16 mars 1989, D.1989, IR, p.186; Cass. 2^{ème} Civ., 5 avril 2007, Bull. civ., II, n° 85.

l'inexécution et ne les oblige pas, dans leur évaluation, à employer telle ou telle méthode .⁷⁰⁰

La Cour de cassation précise que les juges du fond ont aussi la liberté de suivre les arguments que pouvaient apporter les parties. En effet, ils peuvent les suivre s'ils estiment qu'ils sont corrects, ils peuvent aussi tout simplement ne pas les suivre.⁷⁰¹

Quoi qu'il en soit, ils jouissent d'une liberté totale dans l'évaluation du dommage. Par ailleurs, il n'est pas interdit au juge d'octroyer plusieurs indemnités au créancier. La Cour de cassation dans son arrêt du 19 juin 1963, avait reconnu la possibilité au juge de condamner le même débiteur à verser plusieurs indemnités au même créancier, sans toutefois qu'il soit obligé de prouver l'existence de plusieurs préjudices distincts.⁷⁰²

En revanche et dans le cas contraire, c'est-à-dire l'existence de plusieurs préjudices, du fait d'un seul manquement contractuel, le juge ne va pas effectuer plusieurs évaluations, mais il va suffire d'une évaluation globale des préjudices, pour déterminer ainsi la somme de l'indemnité allouée au créancier, sans toutefois donner de détails sur l'évaluation.

Néanmoins, la question qui se pose est de savoir à quel moment le juge fait son évaluation pour que celle ci soit la plus juste et la plus équitable ?

514. Le moment de l'évaluation.- Entre le moment où le créancier a subi le préjudice et le jour où le juge prononce son verdict, il peut se passer un délai pendant lequel, le préjudice peut évoluer positivement ou négativement.

La jurisprudence nous répond d'une façon claire. Elle estime que le moment le plus favorable est le jour où le juge statue.⁷⁰³

⁷⁰⁰ V. par exemple, Cass. 2^{ème} Civ., 20 novembre 1965, Bull. civ., II, p. 617; Cass. Civ., 20 décembre 1966, D. 1967, p. 169, note M. LEROY; Cass. 3^{ème} Civ., 11 octobre 1968, Bull. civ., III, p. 887; Cass. 2^{ème} Civ., 6 octobre 1976, JCP 1976, IV, p. 344; Crim., 13 décembre 1982, JCP 1983, IV, p.71, D.1983, IR, p. 1982; Cass. 2^{ème} Civ., 17 février 1983, Bull. civ., II, n° 45, p. 31; Cass. 2^{ème} Civ., 21 avril 2005, D. 2005, IR, p.506, Resp. Civ et assur, juillet, août 2005, com, 214.

⁷⁰¹ V. par exemple, Cass. 2^{ème} Civ., 20 novembre 1965, Bull. civ., II, p. 617; Cass. Civ., 20 décembre 1966, D. 1967, p.169, note M. LEROY; Cass. Civ., 11 octobre 1968, Bull. civ., III, p. 887; Cass. 2^{ème} Civ., 6 octobre 1976, JCP 1976, IV, p. 344; Crim., 13 décembre 1982, JCP 1983, IV, p.71, D.1983, IR, p.182; Cass. 2^{ème} Civ., 17 février 1983, Bull. civ., II, n° 45, p. 31; Cass. 2^{ème} Civ., 21 avril 2005, D. 2005, IR, p. 506, Resp. civ et assur, juillet, août 2005, Com., 214.

⁷⁰² Cass. Civ., 19 juin 1963, Bull. civ., I, p. 284.

⁷⁰³ F. DERRIDA, « L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation », JCP 1951, I, 918; La date d'évaluation d'une créance le jour de sa réparation, Rec, gén, lois, 1956,225. Y. CHARTIER, *La date de l'évaluation du dommage*, rapport au colloque organisé par l'université de Paris XII, sur le préjudice : question choisie, Resq, Civ et assur 1998, n° spéc mai, p. 24.

« Le principe d'appréciation au jour du jugement conduit naturellement le juge à prendre en considération toutes les variations du dommage antérieur à la décision dont il a pu avoir connaissance ». ⁷⁰⁴

L'évaluation du dommage le jour du jugement, conforte le principe de la réparation intégrale du dommage, le juge prendra en compte toutes les évolutions et variantes afin que le créancier obtienne une indemnité juste et équitable.

B - L'EXISTENCE D'UN CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION

515. Le contenu du contrôle.- « La Cour de cassation favorise l'absence de motif, de façon à être plus sûre de ne pas se mêler d'un problème aussi concret que celui de la fixation de l'indemnité ». ⁷⁰⁵

Le contrôle de la Cour de cassation se base sur les motifs qu'apporte le juge du fond **(1)**. En revanche, la haute juridiction ne censure que très rarement une décision du juge pour défaut de présentation des motifs **(2)**.

1 - LE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION DES MOTIFS PRÉSENTÉS PAR LE JUGE

516. Solution pour éviter la censure.- Dans le but d'éviter toute censure des décisions, les juges du fond n'ont qu'à ne pas présenter de motifs, vu que cela ne leur est pas interdit. On peut dire que ce contrôle n'a presque aucun intérêt. Si le juge développe ses motifs, il s'expose à un contrôle de la haute juridiction qui pourra par la suite, censurer sa décision.

⁷⁰⁴ M. FONTAINE, G. VINEY (sous la dir. de.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 290.

⁷⁰⁵ P. AZARD, note D. 1967, p. 480.

517. La censure des arrêts.- Dans plusieurs cas, la Cour de cassation censure un arrêt d'évaluation de dommages et intérêts au motif que le juge s'est basé dans son évaluation sur un barème déjà établi ou qu'il se réfère à des évaluations antérieures⁷⁰⁶ ou bien dans certains cas, que le juge se réfère à la jurisprudence de la Cour elle-même⁷⁰⁷.

En agissant de la sorte, le juge a rejeté en quelque sorte son pouvoir souverain d'appréciation et d'évaluation des dommages et intérêts.

518. L'obligation du juge.- Afin de réparer le dommage d'une façon intégrale, le juge doit effectuer son évaluation. Cette dernière doit être faite au cas par cas et prendre en compte toutes les circonstances et tous les éléments présents dans chaque situation.⁷⁰⁸

La position de la Cour de cassation, par rapport au barème déjà établi, semble s'être assouplie, mais seulement dans certaines cas.

À titre d'exemple, les cas où les juges du fond ont mis en place un barème, mais qu'ils ne l'utilisent qu'à titre d'indice et qu'en aucun cas ce barème ne soit appliqué à la lettre. Leur décision ne risque pas d'être censurée par la Cour de cassation, car elle admet ce type de pratique depuis fort longtemps.⁷⁰⁹

On peut dire que : « *Si la référence n'est pas signalée dans la décision, il n'y a aucune prise pour le contrôle de la cour de cassation, ce qui laisse en fait aux juges du fond une très grande latitude en la matière, à condition de rester discrets sur la façon dont ils ont procédé à l'évaluation* ».⁷¹⁰

Dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 9 février 1982, la haute juridiction a admis qu' « *En adoptant un barème qui a pour objet de déterminer l'étendue du préjudice en fonction de l'espérance de vie qu'avait la victime (...) et du nombre d'années au cours desquelles son conjoint subirait une perte de ressources, le juge répressif ne se prononce pas par voie de disposition générale et réglementaire, mais tient compte des*

⁷⁰⁶ V. Crim., 3 novembre 1955, D, 1956.557, note R. SAVATIER; Cass. 2^{ème} Civ., 27 janvier 1965, Bull. civ., II, p. 55; Cass. 2^{ème} Civ., 10 novembre 1965, Bull. civ., II, p. 617; Crim., 4 février 1970, D. 1970, p. 333.

⁷⁰⁷ V. Crim., 3 octobre 1962, Bull. crim., p. 542; Crim., 20 janvier 1987, Bull. crim., n° 25, p. 59.

⁷⁰⁸ V. N. DJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et in concerto en droit civil français*, LGDJ, 1965, p. 263 et s.

⁷⁰⁹ V. Cass. Civ., 11 juil 1963, Gaz. Pal, 1964, II, 389, Bull. civ., II, 388; Cass. 2^{ème} Civ., 21 avril 2005, D. 2005, IR. p.506.

⁷¹⁰ G.VINEY, P. JOURDAIN, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, 3^{ème} éd, LGDJ, 2010, p. 182.

*données de l'espèce et de l'évaluation faite par lui du dommage (...) échappe au contrôle de la Cour de cassation ».*⁷¹¹

Par conséquent « *Il semble qu'à condition de justifier que le barème tienne compte effectivement de toutes les données de fait ayant déterminé en l'espèce l'ampleur du préjudice, son utilisation, même explicite, n'est plus censurée ».*⁷¹²

Dans un autre arrêt de la Cour de cassation dans sa chambre criminelle du 26 juin 1984, confirme cette orientation, elle précise que : « *Justifie sa décision la Cour d'appel qui, pour évaluer le taux de l'IPP subie par la victime à la suite d'un accident, fait état d'un barème dès lors qu'en procédant ainsi elle ne s'est nullement prononcée par voie de postposition générale et réglementaire, mais a, au contraire, tenu compte des données concrètes de l'espèce au quel elle s'est expressément référée ».*⁷¹³

La Cour de cassation ne censure alors pas les décisions dans lesquelles le juge se réfère à un barème, il a ainsi été jugé dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 3 mars 1993, que « *N'encourait pas la cassation la Cour d'appel qui, usant du pouvoir souverain dont elle dispose, de fixer, dans la limite des demandes des parties, l'indemnité propre à réparer le dommage résultant de l'infraction, fait surabondamment référence à ses décisions antérieures rendues en la matière ».*⁷¹⁴

519. Changement de position. La Cour de cassation en revanche, censure des arrêts parce que les juges ont expliqué très clairement et en détail, sur quoi s'est basée leur évaluation.

On constate qu'à chaque fois que le juge ne se réfère pas à l'ampleur réelle du dommage provoqué par l'inexécution contractuelle et qu'il donne l'illusion que son évaluation s'est basée sur d'autres critères, sa décision est susceptible d'être censurée par la haute juridiction.

Dans un arrêt du 8 mai 1964, la Cour de cassation avait en effet, remis en cause une décision du juge qui, pour évaluer le montant de l'indemnité due au créancier, s'était référé à la légèreté de la faute du débiteur.⁷¹⁵

Peuvent aussi être exposées à la cassation de la haute juridiction, les décisions des juges, qui dans leurs évaluations prennent en compte la gravité de la faute commise par la partie défaillante.⁷¹⁶

⁷¹¹ Cass. Crim., 2 février 1982. JCP 1982, IV. p. 153, Bull. crim, n° 45, p. 121.

⁷¹² G. VINEY, P. JOURDAIN, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, op. cit, p.57.

⁷¹³ Bull. crim., n° 244, p. 648.

⁷¹⁴ Crim., 3 mars 1993, Bull. crim., n° 100.

⁷¹⁵ Cass. Civ., 8 mai 1964, Gas. Pal, 1964, II, 233, Bull. civ., II, p. 269. JCP 1965, II, 15140, note. P. ESMEIN.

De même, si l'évaluation faite par le juge semble être erronée ou ambiguë, celle-ci est sans aucun doute censurée.⁷¹⁷

520. Cause de censure. Si le juge a négligé un ou plusieurs éléments très importants qui peuvent jouer un rôle primordial dans l'exactitude de l'indemnité allouée au créancier, victime d'une inexécution préjudiciable, sa décision sera aussi censurée⁷¹⁸.

Dans certains cas, la Cour casse aussi des arrêts dans lesquels le juge refuse d'octroyer une indemnité alors que dans sa motivation, il admet l'existence d'un dommage réel.⁷¹⁹

En revanche, si le juge ne relève aucun préjudice, mais qu'en même temps il octroie des dommages et intérêts à la victime ou bien si le juge octroie des indemnités à un créancier pour un préjudice déjà indemnisé, ces décisions vont logiquement être censurées⁷²⁰ ou si l'indemnité ne correspond pas au dommage réel, la censure s'exerce aussi dans ce cas.⁷²¹

521. L'efficacité du contrôle. Afin que ce contrôle soit efficace, la Cour de cassation doit aussi effectuer un contrôle qui portera sur l'insuffisance de ses motifs.

2 - LE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION PORTANT SUR L'INSUFFISANCE DES MOTIFS

522. L'objectif.- Le contrôle de la Cour de cassation, de l'insuffisance des motifs exprimés par le juge, constitue une évolution vers la mise en place d'un contrôle plus efficace et plus actif.

⁷¹⁶ V. notamment, Soc., 11 mars 1970, Bull. civ., V, n° 175, p. 135. sur ce point Y. CHARTIER, la réparation du préjudice, n° 473.

⁷¹⁷ V. Soc., 5 novembre 1966, Bull. civ., II, 634; Cass. Civ., 12 octobre 1962, Bull. civ., 1962, II, 473.

⁷¹⁸ V. Cass. 3^{ème} Civ., 24 juin 1987, Bull. civ., III, n° 130; Crim., 31 mars 1987, Bull. crim., n° 145, p. 397.

⁷¹⁹ V. Cass. Civ., 31 mars 1965, Gaz. Pal., 1965, 276, Bull. civ., 1965, II, 226; Crim., 23 janvier 1975, KATZMAN, JCP 1975, IV, p. 79; D. 1975. 1. IR, p. 49.

⁷²⁰ V. Cass. 2^{ème} Civ., 26 juin 1974, D. 1974, IR, p. 218; JCP 1974, IV, p. 296.

⁷²¹ V. Cass. 1^{ère} Civ., 2 avril 1996, Bull. civ., I, n° 166; Cass. 1^{ère} Civ., 3 juillet 1996, Bull. civ., I, n° 296; Cass. 3^{ème} Civ., 30 mars 2010, n° 09-15011 et 23 mars 2010, n° 09-11873, Resq. Civ et assur, juin 2010, com. 150.

Elle avait souvent exprimé une certaine indulgence vis-à-vis de l'évaluation du juge sans motivation⁷²². Par ailleurs, elle n'a presque jamais censuré un arrêt, au motif de non réponse aux conclusions.⁷²³

523. Le changement.- Plusieurs arrêts de la Cour de cassation, imposent désormais aux juges de motiver leurs évaluations.

524. Motif de censure.- Dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, il a été jugé que « *Si les juges du fond apprécient souverainement l'indemnisation due à la victime sans être tenus de spécifier les bases sur lesquelles ils en ont évalué le montant, cette appréciation cesse d'être souveraine lorsqu'elle est fondée sur des motifs insuffisants, contradictoires ou erronés* ». ⁷²⁴

Et même dans les années soixante, la Cour de cassation avait censuré plusieurs arrêts, soit parce les juges n'avaient pas donné de précisions sur la façon par laquelle le calcul s'est effectué ou bien sur la date à laquelle s'est faite cette évaluation⁷²⁵.

On peut aussi clairement dire que : « *La Cour de cassation censure les décisions qui écartent ouvertement le principe d'équivalence entre le dommage et la réparation* ». ⁷²⁶

Au motif que les juges du fond n'avaient pas, - dans le cas d'une inexécution qui avait provoqué deux préjudices distincts-, précisé si leurs évaluations tiennent à réparer les deux préjudices ou si cette l'évaluation ne couvre qu'un seul préjudice⁷²⁷. Cette évolution dans le contrôle effectué par la Cour de cassation, ne s'est pas arrêtée à ce point. Dans plusieurs décisions, la haute juridiction avait censuré des arrêts, au motif que le juge dans son évaluation n'avait pas pris en compte un ou plusieurs éléments du préjudice causé par l'inexécution⁷²⁸ ou au contraire si le juge avait pris en compte des éléments du préjudice qui avaient déjà été compensés ou réparés⁷²⁹. Par ailleurs, si la Cour ne peut pas vérifier, par le biais de la motivation, si les

⁷²² V. IVAINER, précité, D. 1972, p. 7.

⁷²³ V. Cass. 2^{ème} Civ., 28 avril 1966, Bull. civ. II, n° 498, p. 354.

⁷²⁴ Crim., 27 octobre 1976, D. 1976, IR, P. 322.

⁷²⁵ Par exemple, Crim., 15 mai 1961, Bull. Crim., 1961, p. 483.

⁷²⁶ G. VINEY, P. JOURDAIN, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, op. cit, p. 183.

⁷²⁷ Cass. 2^{ème} Civ., 3 décembre 1964, Bull. civ., 1964, II, 574.

⁷²⁸ Crim., 27 octobre 1976, D. 1976, IR, p. 322; Crim., 20 janvier 1987, 2 arrêts, Bull. crim., n° 25 et 26; Cass. 2^{ème} Civ., 7 décembre 2006, Bull. civ., II, n° 348.

⁷²⁹ V. Crim., 31 mai 1990, Bull. crim., n° 223.

juges ont surévalué ou sous-évalué l'indemnisation qui doit être allouée au créancier victime de l'inexécution, la décision peut alors être censurée.⁷³⁰

525. Les limites au pour du juge du fond.- On peut dire qu'il existe désormais au sein de la Cour de cassation, un contrôle du défaut de motif dans l'évaluation des dommages et intérêts.

Dans un rapport de la Cour de cassation de 2002, concernant des arrêts rendus par la chambre mixte le 6 septembre 2002, la haute juridiction affirme en effet, que « *Le pouvoir des juges du fond trouverait des limites en cas de défaut de réponse aux conclusions, motivation contradictoire ou erronée, non-réparation d'un préjudice constaté, réparation d'un préjudice de constatations incertaines ou excédant ce qui était réclamé* ». ⁷³¹

526. L'efficacité du contrôle.- On se demande alors si ce contrôle est réellement efficace et suffisant ou non?

Les réponses à cette question sont diverses et variées. On reproche souvent à la Cour de cassation d'intervenir « *Pour imposer des solutions qui ont eu une incidence directe ou indirecte sur l'évaluation des dommages et intérêts. Elle a, par exemple, souvent eu à prendre parti sur le point de savoir si tel ou tel dommage est ou n'est pas indemnisable; elle a défini l'influence qu'il convient de reconnaître à l'érosion monétaire sur le calcul des indemnités* ». ⁷³²

527. Le moment d'évaluation.- La Cour a aussi pris position, concernant le moment que doit choisir le juge pour faire son appréciation en vue d'une évaluation équitable et concrète des dommages et intérêts, qui doivent être alloués au contractant victime d'une inexécution ⁷³³.

Selon le professeur CATALA, la Cour de cassation devrait mettre en place un système de " ventilation des indemnités ". Une évaluation effectuée d'une façon globale semble alors être un peu arbitraire. Les juges du fond doivent évaluer les dommages et par conséquent, l'indemnité un par un. Dans le cas contraire, cela empêcherait la haute juridiction d'exercer un véritable contrôle, un contrôle efficace et correct. ⁷³⁴

⁷³⁰ V. Crim., 5 juin 1984, Bull. crim., n° 206; Cass. 2^{ème} Civ., 21 juin 1989, JCP 1989, IV, p. 318, Bull. civ., II, n° 134; Crim., 5 décembre 1989, Resq. Civ et assur, 1990, com. n° 81; Cass. 2^{ème} Civ., 7 décembre 2006, n° 40-17322, Bull. civ., II, n° 348; Cass. 1^{ère} Civ., 1 juillet 2010, n° 09-69151, inédit.

⁷³¹ rapport de la Cour de cassation pour l'année 2002, p. 483.

⁷³² G. VINEY, P. JOURDAIN, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, op. cit, p. 188.

⁷³³ les conditions de la responsabilité , n° 248 et suite ; CF. exemple Crim., 20 janvier 1987, Bull. crim., n° 67 et suite.

⁷³⁴ article 1374 de l'avant projet CATALA 2005.

528. Un contrôle utile.- En d'autres termes, les juges doivent opérer au cas par cas. Pour que le contrôle soit efficace et suffisant, la Cour de cassation doit obliger les juges du fond à reprendre clairement et sans ambiguïté les «*Conclusions des parties au sujet des méthodes d'évaluation proposées* ». ⁷³⁵

Les juges du fond doivent prendre en compte les méthodes d'évaluation proposées par les parties, dans le cas où celles-ci proposeraient une évaluation équitable et correcte. Il ne s'agit pas ici de donner aux conclusions des parties une force obligatoire, mais il est important de souligner le fait que le juge se doit de les étudier et de les examiner. Dans le cas où il les écarterait, il serait dans l'obligation de motiver sa décision et de justifier le pourquoi du rejet. ⁷³⁶

On peut ajouter que la Cour de cassation « *Devrait exiger des juges du fond qu'ils s'expliquent sur toutes les circonstances de fait qui ont pu avoir une influence sur l'étendue du préjudice et qu'ils exposent clairement, la méthode et les bases de calcul qu'ils ont utilisées pour évaluer l'indemnité. En effet la seule manière de vérifier que le principe de la réparation intégrale a été réellement respecté, consiste à contraindre les juges du fond à cette motivation minutieuse* ». ⁷³⁷

529. Conclusion.- Si la Cour de cassation n'impose pas cette motivation, cela veut dire qu'elle tolère indirectement les entorses que le juge pourrait apporter au principe de réparation intégrale du dommage et encouragerait par conséquent, l'évaluation arbitraire des juges. Une attitude stricte de la part de la Cour de cassation les obligerait de faire plus d'efforts quant à l'évaluation du dommage et de son indemnisation. Elle mettrait en place une sorte de cohérence entre le préjudice et l'indemnisation, ce qui arrangerait à la fois le créancier et le débiteur. Le juge veillerait alors à faire une évaluation juste. La condamnation à des dommages et intérêts ne doit pas être surévaluée ni sous-évaluée.

⁷³⁵ G. VINEY, P. JOURDAIN, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, op. cit, p. 190.

⁷³⁶ V. par exemple Cass. 2^{ème} Civ., 13 septembre 2007, Bull. civ., II, n° 216.

⁷³⁷ G. VINEY, P. JOURDAIN, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, op. cit, p. 190.

§ 2 - LA DIFFICULTÉ D'EXPRIMER UN PRÉJUDICE SUBI EN UNE SOMME D'ARGENT

530. La difficulté.- Il est clair que le juge ne peut pas toujours réparer le préjudice subi par l'octroi d'une somme d'argent; un préjudice moral subi par l'inexécution ne peut être évalué. D'un autre côté, si l'inexécution a provoqué une perte de la clientèle ou a sali l'image d'une société par exemple, elle ne peut être réparée par une somme d'argent. Le juge dans son rôle de réparateur du dommage se base sur des principes **(A)**, pour évaluer le dommage et qu'il se doit de les respecter, cela lui permet de définir aussi les conditions de l'octroi de dommages et intérêts **(B)**.

A- LES PRINCIPES SUR LESQUELS REPOSE L'ÉVALUATION DU DOMMAGE

531. L'obligation.- Afin qu'elle soit équitable et juste, la réparation du dommage doit être intégrale dans le but de compenser la perte subie par le créancier. L'intérêt de l'intervention du juge est d'assurer, non seulement la réparation du dommage subi, mais aussi la compensation du " gain perdu " cela concerne aussi, les frais et les dépenses faits par le créancier. Le juge prendra en compte concernant les frais ou les dépenses tous les « *Frais de stockage (par exemple), les frais de location de moyens de transport* ». ⁷³⁸ Pour que l'évaluation soit des plus équitable, le juge se base sur le principe d'équivalence qualitative **(1)**. En revanche, ce principe comporte des limites **(2)**.

⁷³⁸ M. FONTAINE, G. VINEY, et autres, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit, p. 312.

1- LE PRINCIPE "D'ÉQUIVALENCE QUALITATIVE" : UNE ADÉQUATION ENTRE L'AMPLEUR DU DOMMAGE ET L'ÉTENDUE DE L'INDEMNISATION

532. La preuve.- Il nous semble logique, d'imposer au créancier de rapporter les preuves de tous ces frais et non pas au juge, car ce dernier doit les constater et ne doit en aucun cas en chercher les preuves. Dans ce genre de situation, le juge peut indemniser les pertes subies, intégralement, et cela n'est point difficile : il lui suffit éventuellement d'additionner les frais et de les rajouter à la somme allouée au créancier.

533. Le montant du dédommagement.- Le montant des dommages et intérêts comprend aussi le " gain perdu ", autrement dit « *Le gain dont est privé le créancier, encore appelé *lucrum cessans* ; il recouvre, quant à lui, l'ensemble des avantages qu'aurait procuré au créancier l'exécution correcte du contrat ; sont par exemple, visés les émoluments qui auraient été versés à un commissaire réviseur irrégulièrement révoqué* ». ⁷³⁹

On peut citer aussi à titre d'exemple, le bénéfice qu'aurait touché partiellement ou entièrement le vendeur par la vente d'une marchandise ou bien par la location d'un bien mobile ou immobile.

Le rôle du juge prend toute son importance dans cette deuxième partie d'évaluation de la somme des dommages et intérêts.

Dans la première partie, la question ne se pose même pas, comme nous l'avons déjà précisé. En revanche, il est très difficile d'estimer combien le créancier a perdu ou aurait dû gagner.

534. L'intérêt du pouvoir du juge.- Le juge reste alors celui qui pourra donner une estimation "équitable" et très proche de la somme exacte, que le créancier devait gagner, car il est dans l'intérêt des deux parties que ce soit le juge qui évalue la somme des dommages et intérêts. Il veillera à ce que l'indemnisation couvre toute ou la grande partie des pertes que le créancier a subi, tout en garantissant de ne pas ruiner le débiteur économiquement.

535. Controverse.- Il est clair que tous les frais doivent être pris en compte; mais il n'est pas logique et juste d'octroyer des bénéfices au créancier alors qu'il n'a effectué aucune transaction. Il devra percevoir une

⁷³⁹ M. FONTAINE, G. VINEY, et autres, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Op. cit, p. 312.

juste compensation, le juge garantit et protège les intérêts des deux parties en même temps.

Le débiteur a tort certes, mais cela ne doit pas le mettre en faillite pour une inexécution contractuelle; il doit juste être puni pour le non respect de son engagement.

Il s'agit donc de « *mettre le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le débiteur avait respecté son obligation* ». ⁷⁴⁰

536. Exemple.- L'exemple le plus clair est dans le contrat de vente « *Lorsqu'une vente (par exemple) est résolue aux torts exclusifs de l'acheteur qui n'a pas rempli son obligation de payer le prix convenu (...), le vendeur peut obtenir, à charge cependant pour lui d'établir la réalité de son dommage, une indemnisation du chef de la privation de sa marge bénéficiaire tenant au fait qu'il a revendu le bien à un prix inférieur au convenu* ». ⁷⁴¹

537. Le droit du créancier.- Le créancier est en droit de demander que les frais engagés pour le stockage, par exemple, soit remboursés et cette opération est tout à fait possible.

538. Le devoir du juge.- On peut dire que le juge assure et garantit une réparation totale et intégrale du dommage subi et cette indemnisation doit toucher tous les dommages sans exception.

Le juge va donc en premier lieu déterminer l'ampleur du dommage causé par l'inexécution contractuelle, cela comporte toutes les pertes éventuelles et bien évidemment les frais engagés sans résultat.

C'est ainsi que la TVA sur les frais de réparation, par exemple, est toujours attribuée au créancier. ⁷⁴²

En second lieu, le juge déterminera l'étendue de la réparation ou de l'indemnisation, autrement dit, le juge est garant d'une réparation intégrale du préjudice, en se basant sur les termes de l'article 1149 du code civil.

539. Cas particulier.- La question qu'on se pose à ce sujet est de savoir quelle attitude aura le juge face à une rupture à tort, réciproque des deux parties ?

Il est évident que même dans le cas d'une résolution d'un contrat synallagmatique à tort réciproque, il y'a toujours un contractant qui subit un dommage plus important que celui subi par son partenaire. Le juge dans ce

⁷⁴⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 28 septembre 1995, pas, 1995, I, p. 581.

⁷⁴¹ M. FONTAINE, G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit, p. 314.

⁷⁴² J-P. ZELLE, 28 juin 1998, JCP 1990, p.370: réparation de travaux navals exécutés.

cas, en sa qualité de garant des intérêts des deux parties, n'écarte pas la possibilité de réparer le dommage et d'appliquer par conséquent les termes de l'article 1149 du code civil. Il est le seul à pouvoir estimer d'une façon juste et équitable, laquelle des deux parties a subi le plus grand préjudice; le contractant sera considéré alors comme victime de l'inexécution, même si la rupture est aux torts des deux parties et une réparation n'est pas impossible. La mauvaise foi éventuelle des parties donne à l'intervention du juge un intérêt certain.

540. Le fondement.- Le juge se base dans ce genre de situation sur le critère de la gravité du manquement.

Il doit disposer d'un pouvoir souverain de l'évaluation des dommages et intérêts qui vont être accordés au créancier, en réparation du dommage subi par l'inexécution.

L'évaluation des dommages et intérêts ne pose aucun problème, dans le cas d'une situation de paiement d'une somme d'argent.

Dans certains cas, le pouvoir du juge se voit limité par des lois et dispositions prévues par le législateur.

2 - LES LIMITES AU PRINCIPE D'ÉQUIVALENCE QUALITATIVE

541. Les obstacles.- Il est clair que si le juge jouit d'un pouvoir d'appréciation et d'évaluation du dommage, ce principe et cette liberté du juge se voient limités par certaines dispositions légales.

Les articles 1150, 1151 et 1153 du code civil précisent respectivement que « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par dol que l'obligation n'est point exécutée* ». Comme le précise l'article 1150 du code civil, le débiteur est en droit de ne pas réparer un dommage prévisible, la réparation ne touche alors que les dommages qui sont une conséquence directe d'une inexécution contractuelle.

542. La confusion.- Il est évident qu'il existe une confusion des rapports entre l'article 1149 du code civil, qui prône la réparation intégrale du dommage et l'article 1150 du même code, qui constitue une modération à ce principe, celui de réparation intégrale du dommage.

« *Les dommages et intérêts ne doivent couvrir que ce que les parties ont pu prévoir à la conclusion du contrat. Ils se limitent dès lors, (...) dans l'esprit*

*des rédacteurs, aux dommages soufferts " par rapport à la chose " qui est l'objet du contrat, c'est-à-dire aux dommages intrinsèques ».*⁷⁴³

543. Le dommage prévisible.- Le professeur POTHIER, concernant le dommage prévisible qui fait l'objet d'une indemnisation, affirme qu' « *Ordinairement, les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens: c'est pourquoi, dans ce cas, le débiteur n'est tenu de ceux-ci mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui à fait l'objet de l'obligation ».*⁷⁴⁴

On comprend que pour monsieur POTHIER, tout dommage prévisible est un dommage réparable. Selon lui, le juge est dans l'obligation de prendre en compte la prévisibilité du dommage dans l'octroi des dommages et intérêts. La question qui se pose est de savoir sur quoi repose ou doit se baser cette prévisibilité ?

544. Le fondement de la prévisibilité.- Plusieurs auteurs dont LAURENT et DURANT par exemple, estiment que la prévisibilité que vise l'article 1150 du code civil, se base sur la cause du préjudice subi par le créancier ou en d'autres termes cela implique qu'il s'agit de connaître sa nature.

Ainsi, on peut dire par exemple que « *S'il est établi que le créancier a droit à la différence entre le prix convenu et la valeur de la marchandise au jour où l'acheteur a appris que le marché ne serait pas exécuté, il importe peu que des circonstances imprévues aient exceptionnellement fait monter le cours de cette marchandise. S'il est établi que le cédant ne peut faire concurrence au cessionnaire, ni directement, ni indirectement, il importe peu que*

⁷⁴³ M. FONTAINE, G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit, p. 317.

⁷⁴⁴ M. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle édition par M BERNARDI, t 1, Paris, Letellier, 1813, p.107; POTHIER donne toutefois un exemple très clair : " ... supposant que j'ai vendu à quelqu'un un cheval, que je me suis obligé de lui livrer dans un certain temps, et que je n'ai pas pu lui livrer, si dans ce temps les chevaux étaient augmentés de prix, ce que l'acheteur à été obligé de payer de plus qu'il n'avait acheté le mien, pour en avoir un autre de pareille qualité, est un dommage dont je suis obligé de l'indemniser: car c'est un dommage qu'il a souffert (...) ipsam rem non habitam, qui n'a rapport qu'à la chose qui a fait l'objet du contrat, que j'ai pu prévoir qu'il pourrait souffrir, le prix des chevaux, comme de toutes les autres marchandises, étant sujet à varier. Mais si cet acheteur était un chanoine, qui faute d'avoir le cheval que je m'étais engagé à lui livrer, et n'ayant pu trouver d'autres, n'a pas pu arriver à temps au lieu de son bénéfice pour gagner ses fruits, je ne serai pas tenu de la perte que ce chanoine a faire de ses gros fruits, quoique ce soit l'inexécution de mon obligation qui lui a causé; car c'est un dommage qui est engranger à ce qui a fait l'objet de mon obligation, qui n'a pas été prévu lors du contrat, et à la réparation duquel on ne peut pas dire que je me sois soumis en contractant ".

*l'établissement d'un commerce concurrent favorisé par le cédant ait lieu de longs mois après la convention de cession ».*⁷⁴⁵

545. La condition.- Pour être réparable et susceptible de faire l'objet d'une condamnation à des dommages et intérêts, le préjudice subi doit être direct et immédiat à l'inexécution contractuelle, « *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ». (CC. Art 1151)

On voit que cet article donne une autre limite à la liberté du juge dans l'octroi des dommages et intérêts et surtout au principe selon lequel la réparation du dommage doit être intégrale.

Cet article, en effet, impose l'existence d'un lien de causalité entre la faute contractuelle, c'est à dire l'inexécution contractuelle dont est victime le créancier et le préjudice subi, autrement dit si le préjudice subi par le créancier n'a aucun lien avec l'inexécution de l'obligation, cela ne donne pas droit automatiquement à des dommages et intérêts, même si le préjudice est bel est bien existant, car la cause est d'origine étrangère ; la responsabilité du débiteur ne peut pas être engagée d'après cet article.

Le rôle du juge, tout comme l'intérêt de son intervention, ne consiste pas seulement à déterminer l'ampleur du dommage subi et l'étendue de la réparation, mais aussi à déterminer l'imputabilité du dommage au débiteur pour une sanction équitable et juste. Le juge s'assure de l'existence d'un lien direct entre la faute et le préjudice.

546. L'obligation de l'imputabilité.- Selon monsieur POTHIER, dans le cas où le dommage et le préjudice ont pour origine, une cause étrangère à l'inexécution, le débiteur ne peut en aucun cas être condamné à verser des dommages et intérêts à son créancier pour le préjudice subi.

Selon lui, pour que le débiteur soit condamné, l'existence d'une suite " immédiate " et " directe " entre l'inexécution et le préjudice est nécessaire, voire obligatoire.

Le professeur LOCRÉ affirme que « ... *Dans ce cas là (dol) même les dommages et intérêts n'en ont pas moins leurs causes dans l'inexécution de la convention, il ne serait donc pas juste de les [assimiler] à des pertes ou à des gains qui ne seront pas une suite immédiate et directe de cette inexécution. Ainsi on ne doit avoir égard qu'au dommage souffert par*

⁷⁴⁵ M. FONTAINE, G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit, p.321.

*rapport à la chose ou au fait qui était l'objet de l'obligation, et non à ceux que l'inexécution de cette obligation aurait d'ailleurs occasionnés au créancier dans ses autres affaires ou dans ses autres biens ».*⁷⁴⁶

547. Une limite contractuelle.- Mis à part la loi, les parties peuvent poser des limites à la liberté du juge dans l'octroi des dommages et intérêts. Ces limites sont conventionnelles et concernent toutes les clauses pénales, les clauses limitatives de responsabilité ou bien les clauses d'indemnisation forfaitaire, que les parties peuvent insérer dans le contrat.

Il est primordial de préciser aussi que « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* »⁷⁴⁷.

548. L'autolimite.- Ces limites dans la réparation peuvent émaner directement du juge lui-même. La jurisprudence en effet, admet ces limitations. La réparation est dans ces cas, subordonnée à la gravité de la faute et de l'inexécution.

Ainsi, le juge dans la pratique met-il des limites au principe de réparation intégrale du dommage? On peut dire en effet que « *Les juges profitent du pouvoir souverain dont ils disposent dans l'appréciation du montant des dommages et intérêts pour tenir compte de circonstances étrangères au dommage. Cette liberté d'appréciation peut s'exercer pour prendre en considération la gravité de la faute du responsable et une nouvelle fois, le sanctionner en allouant une indemnité dépassant le préjudice. (...) Ces circonstances de purs faits peuvent conduire dans certains cas à modérer les dommages-intérêts* ».⁷⁴⁸

B - LES CONDITION DE L'OCTROI DE DOMMAGES ET INTÉRÊTS

549. Le contrôle du juge.- Outre la volonté du juge à réparer le préjudice causé par l'inexécution, il s'assure aussi que les conditions de

⁷⁴⁶ J-G. LOCRÉ, in LOCE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Vol 30, Paris, Treuttel et wurtz, 1832, p. 330.

⁷⁴⁷ Article 1231-3 de l'ordonnance du 10 février 2016.

⁷⁴⁸ M. FONTAINE, G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit, p. 286.

l'octroi de dommages et intérêts sont bien réunies. Il effectuera ainsi un contrôle sur les conditions de forme **(1)**.

Le contrôle du juge passe ensuite par le contrôle des conditions de fond **(2)**.

1 - LE CONTRÔLE DU JUGE DES CONDITIONS DE FORME

550. Un contrôle indispensable.- Le contrôle des conditions de forme relatives à l'octroi des dommages et intérêts, passe essentiellement par le contrôle de la mise en demeure **(a)**; car avant tout agissement le créancier doit mettre en demeure son débiteur, une sorte d'avertissement avant qu'il ne saisisse le juge, ensuite le juge s'assure de l'existence d'un contrat valable entre les deux parties **(b)**.

a - LE CONTRÔLE DE LA MISE EN DEMEURE

551. Présentation.- Selon l'article 1231 de l'ordonnance du 10 février 2016 « *A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable* ». La mise en demeure préalable à la demande de dommages et intérêts est donc la condition essentielle, concrètement « *Dans le sens extensif qui mérite bien d'être rappelé, la mise en demeure produit traditionnellement un certain nombre d'effets, (...) le créancier marque solennellement qu'il entend que l'exécution intervienne dès à présent et qu'à défaut, il se réserve la possibilité de demander la résolution du contrat* »⁷⁴⁹ et bien évidemment, les dommages et intérêts qui réparent ainsi le préjudice subi du fait de l'inexécution dont il est victime.

⁷⁴⁹ Ph. LE TOURNEAU, et autres, *Droit de la responsabilité et des contrats, régime d'indemnisation*, Dalloz édition, 10^{ème} éd, 2014, p. 430.

552. L'intérêt.- Dans le cas d'une livraison par exemple, si le débiteur ne livre pas la marchandise, elle risque de se détériorer, la mise en demeure consiste donc à le prévenir qu'il supportera le risque de pertes ou de détérioration éventuelle.⁷⁵⁰

L'article 1146 du code civil, précise que « *Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante* », on comprend très bien que ledit article pose comme condition, pour avoir droit aux dommages et intérêts, la mise en demeure préalable.

553. L'inutilité.- « *Elle seule [c'est -à- dire la mise en demeure] permet d'imputer le retard au débiteur, qui jouit de la sorte d'une espèce de délai tant que le créancier ne s'est pas manifesté mais il serait inutile et pernicieux de l'exiger lorsque l'obligation est de ne pas faire (comme celle qui résulte d'une clause de non-concurrence) puisque si des dommages et intérêts sont dus, c'est parce que le mal s'est déjà produit* ». ⁷⁵¹

Contrairement au délit, il n'est pas nécessaire de mettre en demeure le débiteur, dans le but d'obtenir des dommages-intérêts.⁷⁵²

Car dans ce cas, la mise en demeure n'a aucune importance et elle serait même inutile à faire, puisque le dommage a déjà été provoqué

554. L'obligation.- En revanche, pour les dommages et intérêts moratoires par exemple, la mise en demeure est primordiale, ce n'est pas parce que le débiteur n'a pas payé ses échéances, que le créancier a automatiquement droit aux dommages-intérêts, comme le précise l'article 1153 alinéa 3 du code civil.

La question qui se pose est de savoir si la mise en demeure est obligatoire, dans les cas où l'inexécution est certaine et définitive ?

L'article 1231 de l'ordonnance du 10 février 2016, si l'inexécution est définitive, le créancier n'est pas tenu de mettre en demeure son débiteur. en effet, « *A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts*

⁷⁵⁰ Voir. Art 1302 alinéa 2 du code civil.

⁷⁵¹ Ph. LE TOURNEAU, et autres, *Droit de la responsabilité et des contrats, régime d'indemnisation*, op.cit n° 818, p. 430.

⁷⁵² Cass. Req, 14 janvier 1856, DP 1856.1.82; Cass. 3^{ème} Civ., 25 octobre 1968, Bull. civ., I, n° 414, JCP 1969. 16062, note PRIEUR; Cass. Civ., 20 novembre 1984, D. 1985, IP 399.

ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable. »

La chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 5 janvier 1938, affirme que la mise en demeure est limitée dans ce genre de situation ; ce raisonnement est logique car l'inexécution est impossible⁷⁵³. Le contrat étant arrivé à son terme, il n'existe plus.⁷⁵⁴

D'un autre côté, si l'inexécution est acquise mais que celle-ci a provoqué un préjudice pour l'autre contractant, il n'est pas nécessaire de mettre en demeure le débiteur⁷⁵⁵ pour avoir le droit aux dommages et intérêts. Il semble alors que la mise en demeure n'est obligatoire que si le créancier est tenu d'informer son débiteur de l'existence d'une inexécution⁷⁵⁶ et bien évidemment, si l'exécution est toujours possible.

555. La dispense de mise en demeure.- La 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 5 juillet 2001, avait précisé que si dans le contrat, les parties ont fixé un délai dans l'exécution, l'octroi de dommages et intérêts n'est pas subordonné à une mise en demeure préalable de la part du créancier.

Et comme nous l'avons déjà dit, la mise en demeure peut être dans certains cas inutile, « *Il existe [en effet] certaines dispositions qui tiennent à ce que la mise en demeure ne permettrait pas au débiteur de remédier utilement à l'inexécution, notamment eu égard à la nature de l'obligation. Ainsi, la mise en demeure est-elle superflue lorsqu'il s'agit d'une obligation de donner ou de faire qui ne pouvait être exécutée qu'à un moment que le débiteur a laissé passer. De même lorsque l'obligation inexécutée était une obligation de ne pas faire* ». ⁷⁵⁷

Il est plus qu'évident, que si le débiteur annonce préalablement qu'il ne va pas exécuter son obligation, il est inutile de l'avertir, par conséquent, le créancier n'a pas besoin de le mettre en demeure. ⁷⁵⁸

556. Conclusion.- Si les parties se mettent d'accord sur le fait que l'échéance du terme du contrat équivaut à une mise en demeure, cet accord les dispense. Toutefois, il est utile de préciser que dans certains cas, la loi

⁷⁵³ Cass. 3^{ème} Civ., 27 avril 1979, n° 77.14.106, Bull. civ., III, n° 92.

⁷⁵⁴ Cass. Com., 17 février 2009, n° 08-13.896, NP, RTD Civ, 2009, p. 322, obs, B. FAGES.

⁷⁵⁵ Cass, Ch mixte, 6 juil 2007, n° 06.13.829, Bull. ch. mixte., n° 9, D.2007, 2642, note VINEY, D.2007, 2966, obs, S. AMRANI MEKKI et B FAUVARQUE-COSSON, JCP 2007, II, 10175, note MEKKI; JCP 2008, I, 125, n° 12.

⁷⁵⁶ Cass. 3^{ème} Civ., 23 mai 2013, n° 11.29.011, Bull. civ., III, n° 59, D. 2013, AJDI 2013, p. 824, obs. Y.ROUQUET.

⁷⁵⁷ Ph. LETOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, op, cit, n° 821, p. 431.

⁷⁵⁸ Cass. Req, 4 janvier 1927, DH 1927.65; Com 14 février 1967, n° 62.11.820, Bull. civ, II, n° 73; Cass. 3^{ème} Civ., avril 1973, n° 72.10.247, Bull. civ., III, n° 254.

interdit exceptionnellement ce genre de dispense, comme par exemple dans les contrats d'assurance comme l'affirme l'article L133-3 al 2.

b - L'ASSURANCE DU JUGE DE L'EXISTENCE D'UN CONTRAT VALABLE ENTRE LES PARTIES

557. Une obligation logique.- Il est évident que s'il n'y a pas de contrat, il ne peut pas y avoir inexécution, ce qui est tout à fait logique, mais qu'en est-il par exemple des voyages sans billet ? Dans ce genre de situation il y'a pas de contrat entre les parties, mais il peut très bien y avoir une inexécution. L'intervention du juge dans la rupture du contrat se ressent sensiblement dans ce genre de situation. Dans l'autre cas, comme celui de la période précontractuelle, le juge s'assure que l'infraction commise est pendant la période contractuelle. Car, lorsque le dommage causé par un manquement, pendant la période précontractuelle, ne peut pas être assimilé à une inexécution contractuelle.

558. Le cas de l'avant exécution.- Les situations où le contrat est conclu mais dont l'exécution n'a pas encore commencé, sont encore plus délicates ; si le créancier subit un préjudice, il ne peut pas être le résultat d'une inexécution contractuelle.

559. L'échéance du contrat.- Par ailleurs, lorsque le contrat n'existe plus, si un préjudice subsiste, la responsabilité de la partie défaillante, ne peut être que délictuelle et non contractuelle⁷⁵⁹. Le fait que la frontière entre la période contractuelle et la période précontractuelle soit difficile à fixer, donne à l'intervention du juge, une importance capitale. Car lui seul peut apprécier d'une façon juste et impartiale, si le préjudice subi est la conséquence d'une inexécution contractuelle, c'est à dire d'une infraction commise dans la période contractuelle et non pas dans la période précontractuelle.

⁷⁵⁹ Cass. 2^{ème} Civ., 4 octobre 1972, n° 70-12.954, Bull. civ., II, n° 235.

560. Exemple.- Dans un arrêt de la 3ème chambre civile de la Cour de cassation, la haute juridiction avait estimé qu'un locataire est redevable, conformément à l'article 1382 du code civil, si ce dernier ne rend pas les clefs au terme de son contrat de location.⁷⁶⁰

Le professeur BERNHEIM- DESVAUX estime de son côté, que la restitution des clefs par le locataire équivaut à une obligation de résultat.⁷⁶¹

Par exemple, un employé qui, après avoir quitté son travail, commet des actes de concurrence déloyale envers son ancien employeur, n'engage pas sa responsabilité contractuelle, car il n'est plus sous contrat avec cet employeur. Son acte engage en revanche sa responsabilité délictuelle, même au nom de la liberté de travail, un ancien employé ne doit pas divulguer des informations secrètes ou des recettes de fabrication, à son nouveau patron. La Cour d'appel de Paris avait ainsi jugé que « *Si les activités concurrentes de l'ancien salarié ne peuvent être considérées comme répréhensibles en elles mêmes " cependant " les moyens utilisés peuvent éventuellement engager la responsabilité de l'ancien salarié et de son nouvel employeur, s'ils sont déloyaux* ». ⁷⁶²

561. Cas particulier.- Par ailleurs, dans certain cas , la conclusion d'un contrat « *Donne souvent naissance à des obligations accessoires (à l'obligation principale) notamment des normes relatives au comportement des parties qui surviennent à l'exécution des obligations principales . D'autre part, il est des devoirs qui subsistent également afin de permettre d'apurer les rapports entre les contractants, en liquidant la situation que le contrat avait créée* ». ⁷⁶³

2 - LE CONTRÔLE DES CONDITIONS DE FOND

562. Présentation.- Apres avoir contrôlé les conditions de forme, le juge se penchera par la suite sur le contrôle des conditions de fond, qui donneront une légitimité aux dommages et intérêts.

⁷⁶⁰ Cass. 3^{ème} Civ., 17 juil 1997, n° 95-22.070, Bull. civ., III, n° 166; RJDA 1998, n° 21.

⁷⁶¹ S. BERNHEIM -DESVAUX , *La responsabilité contractuelle du débiteur d'une chose corporelle appartenant à autrui*, préf, G. VINEY, PUAM, 2003, n° 61.

⁷⁶² C.A de Paris, 23 novembre 1989, Paris, 5 avril 1990, D. 1990. somm. 335, obs. Y. SERVA.

⁷⁶³ S. BERNHEIM -DESVAUX. *La responsabilité contractuelle du débiteur d'une chose corporelle appartenant à autrui*, op.cit, n° 61.

Ces conditions se résument par l'existence d'une inexécution dommageable **(a)** et que l'inexécution soit fautive **(b)**, et bien évidemment l'existence d'un lien entre les deux **(c)** ...

a - L'EXIGENCE D'UNE INEXÉCUTION DOMMAGEABLE

563. Une condition essentielle.- Les dommages et intérêts sont toujours subordonnés à l'existence d'un préjudice.

Cela dit, le code civil précise que le juge avant d'accorder des dommages et intérêts, doit constater que l'inexécution a provoqué un préjudice et un dommage au créancier.

L'article 1147 du code civil, précise que le contractant défaillant est condamné aux dommages et intérêts " s'il y'a lieu ", cela entend qu'il y'a une condition, cette condition est l'existence d'un préjudice.

Dans l'article 1149 du même code, l'exigence de l'existence d'un dommage est plus que claire. L'article donne même une définition du dommage qui donne lieu à une indemnisation et qui se résume par la perte subie et le manque à gagner.

*« On ne peut rétablir un équilibre que s'il a été rompu. Le dommage est inhérent aux dommages-intérêts compensatoires et le régime de la peine privée, axé sur la faute, en fournit la contre-épreuve ».*⁷⁶⁴

La Cour de cassation affirme que l'existence d'une inexécution contractuelle, ne pouvait à elle seule donner lieu à des dommages et intérêts.⁷⁶⁵ Le rôle du juge est la vérification de l'existence d'une inexécution contractuelle qui a provoqué un dommage à l'autre partie.

Car, si le dommage est inexistant, le juge ne peut ordonner une réparation.⁷⁶⁶

564. La dispense de mise en demeure.- La Cour de cassation dans son arrêt du 6 février 2002, affirme que cet article dispense le créancier de

⁷⁶⁴ Y-M. LEITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, p. 114.

⁷⁶⁵ Cass. Soc. 4 décembre 2002, Bull. civ., V, n° 368, RDC 2003, 54, obs, Ph. STOFFEL-MUNCK, RTD Civ, 2003, p.711, obs. P. JOURDAIN; Cass. 2^{ème} Civ., 11 septembre 2008, RDC 2009, p. 77, obs. O. DESHAYES; V. En cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire, 1^{ère} Civ, 10 mai 2005, Defrenois, 2005. 1247, obs. J-L. AUBERT.

⁷⁶⁶ V. Cass. 3^{ème} Civ., 8 novembre 2006, JCP 2006, IV, 3351, 2007, I, 115, n° 1, obs, Ph. STOFFEL-MUNCK.

mettre en demeure son débiteur, mais ne le dispense pas de demander réparation.⁷⁶⁷

Dans un arrêt plus récent, la haute juridiction précise que « *Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la convention* ». ⁷⁶⁸

Cela « *Laisse entière la question de la fixation d'une réparation, en pratique d'un montant, même approximatif, de dommages- intérêts* », ⁷⁶⁹ le juge se voit conférer un rôle très important ainsi qu'un intérêt considérable quant à son intervention.

565. Le rôle du juge.- L'intérêt de l'intervention du juge est la détermination du caractère du dommage, « *La plupart des règles relatives à la détermination du dommage réparable en matière contractuelle sont les mêmes qu'au sujet de la responsabilité délictuelle (...) il existe cependant une particularité en matière contractuelle* ». ⁷⁷⁰

Toujours est il que l'article 1150 du code civil, précise que « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ». ⁷⁷¹

566. Le devoir du juge.- Le juge avant tout, se penche sur la prévisibilité du dommage. Le créancier ne peut pas être condamné à des dommages et intérêts pour des dommages imprévisibles. Par ailleurs il faut savoir que « *Le débiteur n'est pas déchargé de sa responsabilité parce qu'il n'a pu prévoir tel ou tel évènement rendant sa prestation plus onéreuse, car la théorie de l'imprévision n'est pas consacrée par le droit civil. Mais ici il ne s'agit pas de dégager le débiteur de sa responsabilité, il s'agit de la mesurer.* » ⁷⁷²

La disposition présentée dans l'article 1159 du code civil, a pour objet de mettre en évidence la responsabilité du débiteur et de lui permettre de connaître les problèmes qu'il pourrait rencontrer; des problèmes d'origine extérieure ou dus à sa négligence. Cela lui donnerait une idée plus claire sur ce qui l'attend et lui permettrait de savoir si oui ou non il pourra y faire face.

⁷⁶⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 26 février 2002, Bull. civ., I, n° 68, LPA 18 novembre 2002, note Ph. STOFFEL- MUNCK, RTD Civ, 2002, p. 809, obs. MESTRE et FAGES.

⁷⁶⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 31 mai 2007, Bull. civ., I, n° 212, D. 2007, p. 2784, note C LISANTI, JCP 2007, I, 185, Ph. STOFFEL - MUNCK, RTD Civ, 2007, p. 776, obs. P. JOURDAIN.

⁷⁶⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligation*, Dalloz, 2013, 11^{ème} éd, p. 609.

⁷⁷⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligation*, Op. cit. pré n° 562.

⁷⁷¹ Voir sur ce point, Cass. 1^{ère} Civ., 15 juillet 1999, Bull. civ., I, n° 242, D. Affaires 1999, p. 1239, RTD Civ, 1999, p. 843, obs. P. JOURDAIN.

⁷⁷² F. TERRÉ. op. cit, n° 563, p. 610.

567. La règle.- Les dommages et intérêts que le débiteur doit payer, ne concernent que l'inexécution dommageable due à son imprudence ou bien à sa négligence. Le juge ne tiendra compte que de ce que les parties ont prévu ou de ce qui pouvait être prévu dans le contrat ; dans le cas contraire, le débiteur n'est pas tenu de réparer un préjudice dont il n'est responsable.

568. Un pouvoir souverain.- La Cour de cassation a longtemps reconnu au juge du fond un pouvoir souverain, celui d'apprécier le " caractère prévisible " du dommage, c'est à dire que le juge est le seul compétent pour décider si le dommage aurait pu être évité ou non. On se demande alors à quels critères le juge doit se référer? Doit-il s'intéresser à la nature du dommage, d'autres termes aux causes et aux origines du dommage ?

569. Illustration.- Par exemple,⁷⁷³ si un particulier envoie par colis des bijoux et des objets d'art de grande valeur et qu'il n'a donné aucune information sur les objets que contenait le colis, le transporteur ne connaît pas la valeur de la chose transportée. Le professionnel, en acceptant le contrat, sait que les difficultés qui pourrait rencontrer, seront peut être un simple retard, une dégradation du contenu du colis ou bien carrément à la perte ce dernier.

Le juge doit-il dans ce cas lui imposer des dommages et intérêts équivalant à la valeur exacte des objets transportés, alors même qu'il n'était pas au courant de la valeur de la marchandise ?

Le transporteur peut-il invoquer le fait qu'il ne connaissait pas la valeur réelle des choses contenues dans le colis pour refuser de payer les dommages et intérêts que le juge peut lui imposer ? Ou bien cette excuse ne peut être retenue car, en sa qualité de professionnel des transports, il devait prendre toutes les mesures pour faire face à tout problème éventuel qu'il pourrait rencontrer.

570. La réponse de la jurisprudence.- Dans une jurisprudence ancienne de la Cour d'Appel de Pau, la Cour précise que les dommages et intérêts doivent se baser sur la cause du dommage et non pas sur sa quotité. Elle affirme dans le même sens que l'article 1150 du code civil, ne doit pas être interprété d'une façon stricte et doit être une exception au principe de la réparation intégrale du dommage causé par inexécution contractuelle. La Cour donne alors plus d'importance à la cause du dommage prévisible.⁷⁷⁴

⁷⁷³ Exemple tiré du : *Droit civil : les obligations* de F. TERRÉ, p. 610.

⁷⁷⁴ C. A Pau, 11 août 1903, DP 1904. 2.302; Paris 22 décembre 1910, Gaz. Pal, 1911.1.606.

571. L'évolution jurisprudentielle.- La jurisprudence a connu une évolution et un revirement; la Cour de cassation dans son arrêt du 3 août 1932, avait complètement changé de position affirmant que pour déterminer le dommage prévisible, le juge ne doit pas s'intéresser à la cause, mais plutôt à la quotité du dommage.⁷⁷⁵

L'article 1953 alinéa 3 du code civil, précise par exemple que les dommages et intérêts dus au voyageur, en raison du vol ou du dommage causé à ses effets sont limités à l'équivalent de 100 fois le prix de la location du logement par journée, sauf lorsque le voyageur démontre que le préjudice subi résulte d'une faute de celui qui l'héberge ou des personnes dont ce dernier doit répondre.⁷⁷⁶

572. Synthèse.- Selon cette interprétation de la Cour, cela donne à l'article 1150 toute sa force car « *Il faut que celui qui s'engage puisse savoir à quoi il s'expose éventuellement si, dans l'exécution du contrat, il cause un dommage au créancier (...) il est bien évident que la prévision du genre de dommage qu'il peut causer est tout à fait insuffisante pour lui permettre de se faire une idée du montant des dommages-intérêts qu'il devra éventuellement verser. Il faut donc qu'il connaisse la valeur de la chose qui est l'objet du contrat* ».⁷⁷⁷

La jurisprudence a répondu à cette question. La 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 11 mai 1982, précise que le juge doit adopter une conception de la prévisibilité qui soit favorable au créancier.

b - L'EXISTENCE D'UNE FAUTE CONTRACTUELLE

573. Définition.- Selon l'article 1137 du code civil français « *L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins raisonnables* ».

⁷⁷⁵ Cass. Civ., 3 août 1932, DH 1932. 572,5.1932.1.1351; 31 juillet 1944, DC 1944. 96, note A.C, 2 décembre 1947, Gaz. Pal, 1948, p. 83; Cass. 1^{ère} Civ., 3 juin 1998, Bull. civ., I, n° 199, JCP 1999, II, 10010, note N. RZEPECKI.

⁷⁷⁶ V. à propos de la responsabilité des aubergistes ou hôteliers.

⁷⁷⁷ F. TEERÉ, *Droit civil*, op. cit. p. 611.

Selon le dictionnaire juridique « *Acte illicite supposant la réunion : d'un élément matériel, le fait originaire (lequel peut consister en un fait positif - faute par commission - ou en une abstention -faute par commission) ; d'un élément d'illicéité, la violation d'un devoir, la transgression du Droit; et (sous réserve de la théorie de la faute dite objective) un élément moral (imputabilité), le discernement de l'auteur du fait ,parfois nommé élément volontaire, bien qu'il puisse être intentionnel ou non, et auquel la loi attache diverses conséquences juridiques. »⁷⁷⁸ .*

574. L'obligation du caractère fautif.- La simple inexécution contractuelle qui est considérée comme étant une faute contractuelle, ne peut pas à elle seule constituer le fait générateur de la responsabilité contractuelle.

575. L'office du juge.- Le rôle du juge est donc de contrôler la faute commise par le débiteur, si cette inexécution n'est pas fautive, même si elle provoque un préjudice au créancier, ne peut pas donner lieu à dommages et intérêts.

Dans le cas de force majeure, la responsabilité contractuelle ne peut pas être engagée, car une cause étrangère a empêché le débiteur d'exécuter ses obligations.

Le juge s'assure alors, que l'inexécution et bien fautive, il exige alors une garantie par les deux parties et veille à ce que les intérêts des contractants soient protégés.

c - L'EXISTENCE D'UN LIEN ENTRE L'INEXÉCUTION ET LE DOMMAGE

576. Une conditions primordiale.- Qu'elle soit délictuelle ou contractuelle, l'existence d'un lien entre le dommage et la faute est indispensable.⁷⁷⁹

Et comme le précise l'article 1151 du code civil « *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages-*

⁷⁷⁸ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Assoc H. CAPITANT, 11^{ème} éd, PUF, 2016, v. faute.

⁷⁷⁹ V. Cass. Com., 15 mars 1976, JCP 1977, II, 18632, note J. GHESTIN; Cass. 1^{ère} Civ., 17 novembre 1982, JCP 1983, II, 20056, note M. SALUDEN.

intérêts ne doivent comprendre que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

Selon ce texte, pour engager la responsabilité contractuelle, un lien de causalité est indispensable. Il doit y avoir une relation directe entre le dommage que l'inexécution a causé et la faute commise par le débiteur c'est-à-dire, le manquement lui-même.

L'article exclut alors tout dommage indirect de l'inexécution; si par exemple l'inexécution n'a pas provoqué de dommages, il n'existe pas de lien direct entre les deux, la responsabilité contractuelle du débiteur ne peut être engagée.

577. Cas particuliers.- On peut se demander dès lors si le dommage a plusieurs causes, quelle sera la décision à prendre?

Il existe en effet deux écoles, une partie de la doctrine considère que toutes les causes son " équivalentes " et quelle que soit la cause, elles produisent toutes, les même effets et doivent être traitées de la même façon.

Selon cette partie de la doctrine, quelle que soit la cause du dommage, si celui-ci a un lien direct ou indirect avec le débiteur, dont il engagera systématiquement la responsabilité, ce dernier devra réparer le dommage provoqué par son inexécution de l'obligation contractuelle.

En revanche, l'autre partie de la doctrine pense quant à elle, que la responsabilité du débiteur ne peut être engagée que si l'inexécution est rattachée directement au dommage, si les autres causes ne sont que secondaires et ne produisent aucun effet, il n'est pas sûr que, même en présence ou en l'absence de ces causes secondaires, l'effet de l'inexécution sera toujours le même. Le débiteur est donc responsable et doit réparer son erreur.

Le code civil est très clair, on peut lire dans l'article 1151, l'expression " suite immédiate et directe de l'inexécution ".

Cela conforte le courant de la deuxième partie de la doctrine et en général c'est la position qu'adopte la jurisprudence aussi,⁷⁸⁰ car si le préjudice est une suite directe de la faute du débiteur, ce dernier se doit de le réparer. Si la faute n'avait pas été commise, le préjudice n'aurait pas existé, donc la condition est l'existence d'un lien direct et non indirect, " une suite immédiate " au dommage.

On peut alors dire que le préjudice est une conséquence directe de la faute contractuelle est « *Tout dommage objectivement prévisible à partir du fait,*

⁷⁸⁰ Cass. Civ., 9 novembre 1953, D. 1954,5; 5 mars 1963, JCP 1965.II, 13148.

le juge tenant compte du degré de probabilité que pouvait présenter telle conséquence ». ⁷⁸¹

Selon les dires de monsieur POTHIER dans son exemple : « *Si un marchand vend une bête malade, il devra non seulement en rembourser le prix, mais aussi celui des bestiaux qui ont péri par contamination. En revanche, l'acheteur ne peut réclamer des dommages-intérêts en soutenant que, par suite de la mort de ses bêtes, il n'a pu cultiver ses terres, en tirer un revenu, ce qui a entraîné la saisie de ses biens, car bien d'autres événements auraient pu l'empêcher de cultiver ou diminuer ses revenus* ». ⁷⁸²

578. Le préjudice réparable.- Par cet exemple, il est clair que le dommage et le préjudice que doit réparer le contractant défaillant, doivent avoir un lien direct avec son inexécution. Les dommages et intérêts ne doivent être octroyés que pour les conséquences directes de l'inexécution. Dans le cas contraire, il serait difficile, voire impossible, d'évaluer l'ampleur du dommage et par conséquent, le montant des dommages et intérêts.

579. La limite au lien de causalité.- On se demande alors où doit s'arrêter le juge dans son analyse des conséquences directes du dommage ? Le juge dispose d'une grande liberté d'opinion et de vision des choses. ⁷⁸³ Selon la Cour de cassation, la détermination des conséquences directes de l'inexécution contractuelle, dépend du pouvoir souverain du juge du fond qui estimera à quel moment le lien direct commence et à quel moment l'indirect débute. ⁷⁸⁴

La haute juridiction dans un arrêt du 28 mars 2008, précise que « *La responsabilité de plein droit qui pèse sur le garagiste réparateur ne s'étend qu'aux dommages causés par le manquement à son obligation de résultats*», ⁷⁸⁵ alors que dans un arrêt plus ancien, elle avait affirmé, concernant l'obligation de résultats des garagistes qui réparent une automobile, « *Comporte à la fois une présomption de faute et une présomption de causalité entre la faute et le dommage* » ⁷⁸⁶ .

⁷⁸¹ F. TERRÉ. *Droit civil: les obligations*. op. cit. p.645.

⁷⁸² F. TERRÉ, op. cit, p. 646.

⁷⁸³ V. par exemple, Cass. Civ., 3 mars 1897, DP 1898.1.118,5.1897.1.411; Cass. 1^{ère}Civ., 16 juin 1969, Bull. civ., I, n° 230, p. 184; Cass. Com., 30 juin 1969, Bull. civ., IV, n° 249, p. 235.

⁷⁸⁴ Cass. Civ., 20 janvier 1880, DP 1880.1.382; 6 février 1894, DP, 1894.1.192; Req 27 novembre 1911, DP, 1913.1.111.

⁷⁸⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 28 mars 2008, RDC 2008, p. 757, obs. CARVAL.

⁷⁸⁶ V. Cass. 1^{ère} Civ., 16 février 1988, Bull. civ., I, n° 42; 2 février 1994, Bull. civ., I, n° 41, RTD Civ, 1994, 613, obs. JOURDAIN, 21 octobre 1997, Bull. civ., I, n° 279; 8 décembre 1998, Bull. civ., n° 343.

Pour résumer, le rôle du juge est d'assurer que toutes les conditions de l'octroi des dommages et intérêts sont réunies, pour une sanction juste et équitable.

§ 3 - LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'INEXISTENCE D'OBSTACLES À LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

580. Présentation.- L'intérêt de l'intervention du juge dans la sanction par des dommages et intérêts, est l'assurance que les conditions soient réunies. Mais, pour qu'une sanction soit équitable et juste, il est nécessaire de contrôler le fait que la sanction soit licite et possible.

Car les parties peuvent très bien insérer des clauses dans le contrat qui limitent voire excluent la responsabilité du contractant défaillant ; le juge dans ce cas, s'assure avant d'octroyer des dommages et intérêts à la victime de l'inexécution, qu'aucune disposition du contrat ne le lui interdit.

581. Clause de non-responsabilité.- Le fait que ces clauses soient une source de conflit et de contentieux, donne à l'intervention du juge un intérêt croissant. Dans le cas d'une clause de non-responsabilité, le juge constitue une garantie de la validation de ces clauses. En matière de responsabilité délictuelle, la jurisprudence affirme que ces clauses sont contraires à l'ordre public⁷⁸⁷, mais en revanche, en matière de responsabilité contractuelle, la jurisprudence les approuve.⁷⁸⁸

582. Inconvenant.- Dans la pratique, la clause de non-responsabilité a pour point négatif le fait qu'elle incite le débiteur à l'imprudence et à la négligence : dans le cas où il commettrait une faute, il sait qu'il ne sera pas tenu pour responsable et qu'il ne risque donc pas d'être sanctionné.

583. La position de la jurisprudence.- La jurisprudence s'est montrée plusieurs fois hostile à ces clauses, dans le seul but d'éviter d'encourager la négligence des parties dans l'exécution de leurs obligations,⁷⁸⁹ mais ces

⁷⁸⁷ Cass. 2^{ème} Civ., 17 février 1955, D. 1956. 17, note P. ESMEIN, JCP 1955, II, 8951, note R. RODIERE, G. RANDS arrêt, t 2, n° 182.

⁷⁸⁸ V. par exemple, Cass. Civ., 24 janvier 1874, DP 1876.1.1 33, 1874, DP 1874.1.305; Req 15 mai 1923, 5.1924.1.81, note H. ROUSSEAU ; Cass. Civ., 12 mai 1930, DH 1930.345.

⁷⁸⁹ Par exemple : Cass. Civ., 26 janvier 1859, DP. 18591.66; 13 août 1872, DP 1872.1.288.

clauses restent incontestablement valables.⁷⁹⁰ Elle affirme en revanche que ces clauses, même si elles sont de non-responsabilité, n'excluent pas complètement la responsabilité des contractants, selon la jurisprudence, la clause de non responsabilité a pour objet « *Le renversement de la charge de la preuve* », ⁷⁹¹ c'est-à-dire que, si un contractant n'a pas exécuté son obligation, il commet une faute contractuelle, il devra sous peine d'être condamné à réparer le préjudice que son inexécution a provoqué. Il doit apporter la preuve que son inexécution est due à une cause étrangère, autrement dit à une force majeure: dans les cas où il aurait inséré une clause de non responsabilité, cela le dispenserait d'apporter cette preuve.

584. Le rôle du juge.- Le juge s'assure que ces clauses ne sont pas prohibées. En effet, dans certains cas cette clause est interdite. Dans les contrats de transport par exemple, les parties ne peuvent insérer une clause de non-responsabilité comme le précise l'article 2133-1 alinéa 3 du code de commerce, concernant le transport de marchandises.

585. les clauses limitatives de responsabilité.- En ce qui concerne les clauses limitatives de responsabilité, la question est un peu plus sensible et l'intervention du juge joue un rôle plus important; elle comporte un intérêt primordial.

586. Spécificité.- Ces clauses fixent un montant pour les dommages et intérêts avant même que la faute soit commise; tel est le cas pour les contrats de transport de colis : par exemple, un transporteur qui ne délivre pas le colis envoyé ou que celui-ci a été détruit, ce qui - à notre avis - est tout à fait injuste pour les intérêts du créancier.

587. Moyens de faire échec.- Les juges ont usé de plusieurs moyens afin de mettre en échec la portée de la clause limitative de responsabilité,⁷⁹² dans un but de protéger la partie faible au contrat. Ils ont par exemple, invoqué les garanties des vices cachés prévus par l'article 1641 du code civil; la jurisprudence Chronopost 2 constitue la base des efforts des magistrats dans ce domaine; la Cour commerciale a déclaré que « *La clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* », en vertu de l'article 1131 du code civil, doit être réputée non écrite.

588. La position de la Cour.- La Cour a donc fait échec à la clause limitative de responsabilité et considère que la réparation du préjudice causé

⁷⁹⁰ V. par exemple, Cass. 1^{ère} Civ., 28 juin 1989, Bull. civ., I, n° 265, p. 165.

⁷⁹¹ Cass. Com., 3 avril 1968, JCP 1968, II, 15575, note R. RODIERE.

⁷⁹² V. par exemple. Cass. Com., 19 mars 2013, JCP 2013, p. 705, note G. PILLET.

par le retard dans le transport du courrier ne doit pas se restreindre au prix de l'acheminement.

Bien que la jurisprudence de la Chambre commerciale soit vivement critiquée, ça n'a pas empêché la Cour de cassation de réaffirmer la position de celle-ci. La haute juridiction considère l'article 1131 du code civil, comme étant la base légale pour écarter les effets des clauses limitatives de responsabilité et de réparation; la Cour se justifie par le motif suivant : elle estime que la faute est imputable au débiteur, le manquement contractuel reproché au contractant défaillant, concerne une obligation essentielle qui met en échec l'application de la clause limitative de réparation.⁷⁹³

Les juges en effet, considèrent que « *Toute clause limitative de réparation devait être écartée dès lors qu'elle était invoquée en présence d'un manquement à une obligation essentielle. Les juges s'arrogeaient ainsi le pouvoir d'écarter des clauses librement consenties par les parties et de bouleverser l'équilibre économique voulu par celles-ci, sans avoir été investis de ce pouvoir par la loi et alors qu'il n'existe entre les parties aucun déséquilibre* ». ⁷⁹⁴ Cette intervention a pour but, non seulement de protéger la partie faible, mais aussi les intérêts des parties.

589. Cas Particulier.- En matière de transport « *La réparation des risques de l'inexécution peut exercer une influence importante sur le tarif proposé par le transporteur* ». ⁷⁹⁵

590. Changement d'orientation.- La jurisprudence a connu un revirement concernant les clauses limitatives de responsabilité. Dans l'arrêt Faurecia du 29 juin 2010, la Cour de cassation avait rompu avec le principe qui écarte automatiquement les clauses limitatives de responsabilité quand elles touchent une obligation essentielle du contrat.⁷⁹⁶ Systématiquement, dès lors qu'elles concernent une obligation essentielle, les juges doivent en effet écarter « *Les clauses limitatives de responsabilité qui contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. Autrement dit, il faut rechercher au cas par cas si la clause limitative vide ou non de sa substance l'obligation essentielle* ». ⁷⁹⁷

⁷⁹³ Cass. Com., 13 février 2007, Bull. civ., I, n° 43, JCP 2007, II, 10163, note Y-M. SERINET, I. 185, n° 10, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, RDC 2007, obs. D. MAZEAUD, p. 746, obs. S. CARVAL, Defrenois, 2007. 1042, obs. R. LIBCHABER, RTD Civ, 2007, p. 567, obs. B. FAGES.

⁷⁹⁴ F. TERRÉ, *Droit civil, les obligations*, op. cit, p.672.

⁷⁹⁵ F. CHÉNEDE, *Les commutation en droit privé*, thèse Paris II, 2007, n° 270, p. 274.

⁷⁹⁶ Cass. Com., 29 juin 2010, Bull. civ., IV, n° 115, D 2010.1832, note D. MAZEAUD, JCP 2010, 787, note D. HOUTCIEFF, RDC 2010, obs. Y-M. LAITHIER, 1253, obs. O. DESHAYES.

⁷⁹⁷ F. TERRÉ, *Droit civil, les obligations*, op. cit, p. 672.

591. Conclusion.- Quoi qu'il arrive, le juge joue et doit jouer un rôle très important dans le jeu des clauses limitatives de responsabilité ou de non responsabilité. D'une part, pour s'assurer que ces clauses ne sont pas abusives et par conséquent protéger les parties ainsi que leurs intérêts, d'autre part, pour garantir une protection optimale et intégrale des parties et surtout la partie la plus faible du contrat, car il n'est pas impossible que ces clauses n'aient pas été insérées de plein gré d'une partie, mais qu'elle ait été obligée de donner son accord sous peine que le contrat ne soit pas conclu.

SECTION 2 - LE CARACTÈRE PUNITIF DE LA SANCTION

592. L'intérêt.- Il est clair que l'intérêt de l'intervention du juge dans la rupture du contrat est la définition de la sanction la plus équitable et la plus adéquate pour chaque manquement et aussi d'infliger des sanctions au contractant défaillant.

Traditionnellement, les dommages et intérêts réparent le préjudice provoqué par l'inexécution, mais un nouveau concept a vu le jour, sans pour autant qu'il soit adopté par l'ordonnance du 10 février 2016, dernière réforme du droit des contrats, il s'agit des dommages et intérêt punitif **(§1)**.

Cependant, il n'est pas impossible de voir le juge, prononcer la double sanction, une association entre la résolution du contrat et les dommages et intérêts.

L'article 1217 de l'ordonnance du 10 février 2016, admet clairement le cumul de sanction. En effet, il est précise que « *Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.* » **(§ 2)**

§ 1 - LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS

593. Présentation.- Dans le projet de réforme CATALA de 2005 portant sur le droit des obligations, son article 1371 précise qu'en cas de faute manifestement délibérée de la part du débiteur, ce dernier doit être sanctionné par le biais des dommages et intérêts punitifs⁷⁹⁸. Le rapport rédigé par Messieurs ANZIANI et BETEILLE et rendu au sénat en 2009,

⁷⁹⁸ Voir l'article 1371 du projet de réforme CATALA.

réaffirme la solution des dommages et intérêts punitifs, en la rattachant principalement aux fautes lucratives et en la considérant comme la meilleure sanction, dans certains cas de contentieux contractuels. On s'interroge alors sur la place qu'occupe en droit français ce concept tout à fait nouveau **(A)**. Il existe néanmoins une tentative d'admission de ces dommages et intérêts dits punitifs mais sous certaines conditions **(B)**.

A - LA PLACE DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS

594. L'inexistence en droit français.- Les dommages et intérêts sont régis en droit français par l'article 1383 du code civil et aussi visés par l'article 1149 du même code.

L'origine des dommages et intérêts punitifs est anglo-saxonne mais on se demande si ce principe a sa place dans le droit positif français.

595. La position des juristes.- La doctrine et la jurisprudence françaises s'interrogent sur l'opportunité d'introduire les dommages et intérêts punitifs dans le panel de sanctions dont dispose déjà le juge.

596. Difficulté à l'admission.- Plusieurs obstacles entravent l'introduction des dommages intérêts punitifs.

Ces obstacles, théoriques particulièrement, ne sont pas très nombreux. Le plus important est le principe de réparation intégrale du dommage provoqué par l'inexécution de l'obligation contractuelle ou autrement dit « *Le principe d'équivalence entre le dommage et la réparation* »⁷⁹⁹, un principe affirmé explicitement par l'article 1149 du code civil.

La Cour de cassation a aussi précisé plusieurs fois qu'en cas de manquement contractuel, le préjudice qui en découle doit être réparé intégralement en versant une somme d'argent fixée par le juge, qui a pour but de compenser la perte que le créancier a subie.

597. Une liberté très large.- En revanche cela ne veut en aucun cas dire que le juge a la possibilité d'octroyer une somme beaucoup plus importante,

⁷⁹⁹ V. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, 2^{ème} éd, Paris, LGDJ, p. 111 et suite.

d'un côté pour punir le débiteur défaillant et de l'autre côté pour indemniser le créancier correctement et intégralement.

Il est logique que l'auteur de l'inexécution qui a provoqué un préjudice à son partenaire est tenu réparer le dommage causé.

L'intérêt de l'intervention du juge est donc d'assurer une réparation à la victime de l'inexécution d'une part et d'autre part, de protéger le débiteur contre une indemnisation qui pourrait être disproportionnée ou abusive.

598. La condition.- En définitive, il faut que les dommages et intérêts, alloués au créancier d'une inexécution, couvrent le préjudice et que celui-ci soit provoqué par un manquement contractuel.

Dans le but de respecter ce principe, le juge se doit d'octroyer une indemnisation qui ne couvre que le dommage et il ne doit pas allouer à la victime un dédommagement supplémentaire, cela interdit formellement le versement de dommages et intérêts supérieurs au montant du préjudice provoqué par l'inexécution.

C'est dans ce sens que la Cour d'Appel de Paris s'est prononcée dans son arrêt du 3 juillet 2006, dans lequel elle affirme qu' « *En droit français, l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice subi doit être calculée en fonction de la valeur du dommage, sans que la gravité de la faute puisse avoir une influence sur le montant de cette indemnité* ». On comprend que la Cour d'Appel de Paris se refuse d'octroyer des sommes plus importantes que le préjudice subi.

599. Caractère.- La nature des dommages et intérêts punitifs est d'accorder à la victime, des dommages et intérêts qui dépassent le préjudice provoqué, dans le but de punir la partie défaillante. Cela reste toutefois incompatible avec le principe de réparation intégrale du dommage. Par conséquent, la condamnation à des dommages et intérêts punitifs, reste toujours inacceptable et n'est pas encore admise réellement dans le droit positif français.

600. Autre difficulté.- L'autre obstacle qui empêche le juge d'allouer des dommages et intérêts sont les garanties constitutionnelles.

La notion de punition en droit civil français en général, entre dans le domaine de la responsabilité civile.

Cette notion est plus utilisée en droit pénal ; cette distinction a pour but le respect et la garantie de justice et d'équité ainsi que l'établissement du principe d'égalité.

L'égalité entre le délit et la peine, garantirait une sanction adéquate à l'infraction.⁸⁰⁰ On ne peut pas condamner une personne sans l'existence d'un texte; la garantie constitutionnelle a pour but de mettre le justiciable à l'abri de tout arbitrage des tribunaux.

601. Argument de non admission.- Considérant le caractère répressif des dommages et intérêts punitifs, ils ne peuvent pas être prononcés sans l'existence d'un texte de loi, conformément au principe de l'égalité.

La condamnation à des dommages intérêts, a pour but de réparer le préjudice provoqué par l'inexécution et de compenser la perte que le créancier a essuyée. « *Il s'agit pour employer une formule, de remédier à une solution dommageable plutôt que de sanctionner celui qui l'a causée* »⁸⁰¹.

B - LA TENTATIVE D'INTRODUCTION DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS

602. Un premier essai.- La première tentative d'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français, a vu le jour dans le projet de réforme des droit des obligations de 2005, appelé projet de réforme CATALA.

Ce principe a été visé dans l'article 1371 selon lequel « *L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables.* »

Ce fut la première fois qu'on associait aux dommages et intérêts le terme " punitifs" dans la responsabilité civile en droit français et qu'on tentait d'introduire les dommages et intérêts punitifs *dans le système juridique*

⁸⁰⁰ Ce principe a cependant été consacré par l'article 4 du code pénal et l'article 111-3 du nouveau code pénal.

⁸⁰¹ Y-M. LEITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, p. 425.

(1). Le projet de réforme CATALA a posé les conditions de l'octroi des dommages et intérêts punitifs (2).

1 - L'INTRODUCTION DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS

603. L'intérêt de l'introduction.- L'introduction dans le système juridique français des dommages et intérêts punitifs nous pousse à nous demander quel rôle ils joueront et quelle place ils tiendront dans les sanctions de l'inexécution contractuelle ?

Il est clair que les dommages et intérêts punitifs que le juge peut ordonner, jouent un double rôle : en premier lieu c'est la réparation du préjudice subi et la compensation pour la perte qu'a causée l'inexécution. En un second lieu, la punition du contractant défaillant.

La question qui se pose est de savoir comment concilier les dommages et intérêts punitifs et les règles de droit civil.

604. Les caractéristiques.- Selon le professeur OMID SAEDI, les dommages et intérêts et les dommages et intérêts punitifs sont « *De fausses jumelles dans le code civil de 1804* ». ⁸⁰²

Chacune de ces sanctions comporte des caractéristiques qui les rassemblent dans le fond mais les différencient dans le but attendu. Comme nous l'avons dit, les dommages et intérêts ont pour objet la réparation du préjudice causé par l'inexécution; alors que les dommages et intérêts punitifs ont pour finalité de sanctionner la partie défaillante.

L'introduction des dommages et intérêts punitifs dans la sphère de la responsabilité civile, donnerait à cette solution la fonction de réparer le préjudice et de punir le débiteur.

Les dommages et intérêts punitifs peuvent aussi avoir un rôle de prévention et de dissuasion. Le fait de savoir qu'en cas de manquement, le contractant défaillant s'expose à des sanctions très importantes, le débiteur ferait mieux d'exécuter ses obligations, car cela lui sera beaucoup plus économique et donc plus avantageux.

L'article 1344 du projet de réforme CATALA dispose que « *Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour*

⁸⁰² O. SAEDI, « Dommages-intérêts ou dommages et intérêts. Celle-ci ou celle- là ou bien les deux ? », les petites affiches, 2005, n° 112, p. 6.

écarter son aggravation ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées».

605. Le libre choix.- À notre avis, il est plus qu'évident que le juge doit disposer d'une liberté de choix. Il doit avoir, la possibilité de prononcer soit les dommages et intérêts dits " traditionnels" ou bien les dommages et intérêts punitifs. Il doit par conséquent procéder au cas par cas.

Nous sommes favorables à l'introduction des dommages et intérêts punitifs sous certaines conditions.

606. L'avantage.- L'intérêt de cette introduction est très claire: d'une part, la réparation du préjudice et la compensation du manque à gagner et d'autre part, la prévention et la dissuasion. Sachant qu'il risque une condamnation à des dommages et intérêts punitifs, le débiteur y réfléchira à deux fois avant de décider de ne pas exécuter ses obligations.

Ainsi, l'inexécution est une infraction et toute infraction mérite une sanction, surtout si la faute est délibérée; la peur de la sanction remplit aussi la fonction de prévention et de dissuasion.

Le juge doit avoir une liberté totale dans le choix des dommages et intérêts et ainsi assurer une sanction juste et équitable.

Cette liberté de choix doit être en quelque sorte un " contrôle". Le juge peut prononcer les dommages et intérêts punitifs mais sous conditions.

607. Les obligations.- Il nous semble nécessaire de préciser que les dommages et intérêts punitifs doivent être prononcés dans le cas où le débiteur, après avoir été condamné à une exécution forcée en nature, refuse toujours d'exécuter ses obligations. Bien évidemment, le juge ne peut et ne doit en aucun cas octroyer les dommages intérêts punitifs dans le cas où le débiteur est dans l'impossibilité physique ou matérielle, d'exécuter son obligation. Les simples dommages et intérêts suffisent largement.

On estime qu'à part ces deux conditions, rien ne peut empêcher le juge de faire son choix.

La liberté du juge, amène à se poser la question; quand peut-il condamner le débiteur à des dommages et intérêts punitifs ?

608. Les conditions d'octroi.- Il est évident que le juge doit avant tout s'assurer de la possibilité d'exécution et il doit prendre en compte les raisons de l'inexécution.

Si l'inexécution est fautive et volontaire, c'est à dire que le débiteur ne veut tout simplement pas exécuter ses obligations contractuelles, il est clair que le juge dans ce cas doit non seulement dédommager la victime de

l'inexécution mais aussi sanctionner le débiteur défaillant, en le condamnant à verser une indemnité plus importante que les dommages et intérêts "classiques".

En revanche l'autre question qu'on doit se poser est de savoir quelle serait l'attitude du juge face à une inexécution non imputable au débiteur?

609. Les limites.- La réponse est très simple : si le débiteur a fait des efforts pour exécuter ses obligations, mais qu'il lui est impossible de les faire, on ne peut pas lui infliger une sanction pour une infraction dont il n'est pas responsable.

610. Synthèse.- En résumé, les conditions d'octroi des dommages et intérêts punitifs, outre les conditions des dommages et intérêts "classiques", doivent dépendre du contrôle de l'imputabilité de l'inexécution et aussi du fait que le débiteur s'obstine à ne pas s'exécuter.

Cela n'est qu'une proposition et le juge quoi qu'il arrive, doit avoir toute liberté d'agir, on ne doit pas lui imposer un barème ou un mode de choix.

2 - LES CONDITIONS DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS SELON LE PROJET DE RÉFORME CATALA.

611. Le fondement.- L'article 1371 du projet de réforme du droit des obligations CATALA, régit les dommages et intérêts punitifs et affirme que les dits dommages et intérêts punitifs peuvent être ; prononcés dans les tous cas de "faute manifeste délibérée "

Ce principe n'existe pas encore en droit des obligations français et se rajoute aux autres sanctions de l'inexécution contractuelle.

612. Les conditions.- Pour que les dommages et intérêts soient accordés, le contractant défaillant doit être responsable d'une faute qu'il a commise volontairement, autrement dit, le responsable d'une faute doit avoir l'intention de la faire, bien qu'il soit conscient que sa faute provoquerait forcément un préjudice à son partenaire.

Le concept punitif semble souligner que l'inexécution doit être illicite et délibérée. Cela conforte l'hypothèse selon laquelle une simple négligence de la part du débiteur ne peut pas, par définition, donner lieu à des dommages et intérêts punitifs, car le débiteur n'a pas prémédité son acte.

Le même article parle aussi de la "faute lucrative", cette faute peut être définie comme une faute qui rapporterait un profit à son auteur, il en tire par

conséquent un bénéfice du fait de son inexécution par exemple. Logiquement ce genre de faute ne peut être sanctionnée pas des simples dommages et intérêts réparateurs ou compensatoires. L'auteur de la faute doit aussi être puni et sanctionné sévèrement pour son acte délibéré.

613. Les cas.- Selon l'article 1371 du projet de réforme CATALA, le juge peut octroyer des dommages et intérêts punitifs dans deux cas : le premier lorsque le débiteur défaillant avait agi dans le but d'en tirer profit du fait de son inexécution, il a alors agi dans un objectif bien précis. Le second, le débiteur défaillant, s'il s'avère qu'il a agi non seulement pour tirer profit de son inexécution, mais qu'il savait aussi que sa faute lui apporterait un avantage plus grand même dans le cas où il serait condamné à la réparation du préjudice. Une partie de la doctrine estime qu'il est inadmissible qu'un débiteur agisse délibérément dans le but d'obtenir un avantage supérieur à celui qu'il obtiendrait en exécutant son obligation.

Le rédacteur du projet de réforme visait surtout les cas où il y avait manifestement un calcul de la part du débiteur.

Le rôle du juge et l'intérêt de son intervention se résument dans son pouvoir d'appréciation.

Le fait de donner au juge le pouvoir d'appréciation et d'attribuer l'octroi des dommages et intérêts punitifs entre ses mains est une garantie juridique des intérêts des deux parties.

614. Le rôle du juge.- Le juge aura pour mission de définir et de contrôler l'existence du fait générateur pour accorder les dommages et intérêts punitifs, car son attribution ne peut en, aucun cas, être accordée automatiquement et sans en vérifier les conditions d'obtention, il est nécessaire voire obligatoire que le juge puisse jouir d'un pouvoir d'appréciation.

Dans le droit commun des contrats, le rôle du juge se résume par la fixation du montant de l'indemnisation de la victime de l'inexécution, il a plus la faculté de réparer le préjudice que de punir le débiteur, les dommages et intérêts visent plus à rétablir l'équilibre contractuel qu'à sanctionner la partie défaillante.

Les rédacteurs du projet de régime CATALA, mettent les dommages et intérêts punitifs dans le domaine du droit pénal et non pas en droit civil. Par conséquent, cette sanction joue aussi le rôle d'une sanction disciplinaire.

Le texte du projet de réforme n'a imposé aucun critère d'appréciation au juge; ce dernier dispose de toutes les libertés, mais il doit cependant motiver sa décision, dans un but précis, pour mettre au courant le débiteur

défaillant, en lui expliquant les raisons de sa condamnation et l'ampleur de la punition.

615. Proposition d'introduction.- Dans sa proposition de loi relative aux dommages et intérêts, le sénateur BÉTEILLE, avait précisé que le concept de dommages et intérêts punitifs doit être intégré dans le domaine des sanctions de l'inexécution contractuelle.⁸⁰³

Déterminer le contractant qui doit être condamné à payer des dommages et intérêts punitifs n'est pas très compliqué, car la partie responsable de l'inexécution est le fautif.

La question qui se pose est de savoir si le débiteur doit ou peut être condamné aux dommages intérêts punitifs dans le cas où l'inexécution est le fait d'un tiers?

616. Le cas de l'imputabilité de l'inexécution.- Le but des dommages et intérêts punitifs est de sanctionner et punir le responsable du préjudice. Si l'inexécution qui a provoqué le préjudice n'est pas imputable au débiteur, on ne peut pas le punir, car la condition la plus essentielle n'est pas remplie. Dès lors, le débiteur n'est pas fautif, il serait injuste de le condamner à des dommages et intérêts punitifs. Pour cette raison, il est important de laisser au juge le pouvoir d'octroyer ou non les dommages et intérêts punitifs.

617. La possibilité de décharge.- L'autre question est de savoir si les contractants peuvent éventuellement contracter une assurance pour couvrir les dommages intérêts punitifs éventuels.

Le projet de réforme CATALA dans son article 1371, est très clair à ce sujet, il interdit formellement le recours aux assurances dans le cas d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs.

Comme nous l'avons déjà dit, le rôle des dommages et intérêts punitifs est la réparation du préjudice et la punition du contractant défaillant ; par ailleurs si l'assurance se charge de payer, on peut dire que le débiteur n'est pas puni, car cet acte, supprimerait le caractère punitif des dommages et intérêts.

On peut lire dans l'exposé des motifs de l'avant projet CATALA, que l'interdiction du recours aux assurances pour payer les dommages et intérêts punitif est « *Indispensable pour donner à cette condamnation la portée punitive qui constitue sa raison d'être; elle est également cohérente au regard du code français des assurances qui prévoit que l'assureur ne répond*

⁸⁰³ A. ANZIANI, L. BÉTEILLE, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Rapport d'information 2008-2009, Commission des lois Groupe de travail sur la responsabilité civile, n° 558.

pas des pertes ou dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».

§1 - LE CUMUL DE SANCTION

618. une solution radicale.- Selon les termes de l'article 1184 du code civil, dans son alinéa 2 « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ». Ainsi dans l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1217 précise clairement que « *Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter* », la seule condition est la compatibilité entre les sanctions.

Il est plus qu'évident que le cumul des sanctions est admis en droit français et cela en se basant sur les termes de cet article **(A)**.

Le cumul de la résolution et des dommages et intérêts, reste un principe un peu mitigé, car admettre à la victime du manquement contractuel la possibilité de demander au juge la résolution du contrat et la réparation du préjudice, comporte en quelque sorte des interrogations, N'est il pas injuste de punir le débiteur deux fois pour le même manquement ? Ce cumul de sanction ne privilégie pas le créancier au détriment du débiteur ? Afin de répondre ces inquiétudes, il faut savoir qu'il existe bien évidemment des limites à ce type de sanction **(B)**.

A- L'ADMISSION DE LA DOUBLE SANCTION EN DROIT POSITIF FRANÇAIS

619. Une admission jurisprudentielle.- « Si la résolution libère les deux parties comme si le contrat n'avait jamais existé, comment expliquer que le débiteur en défaut, puisse devoir au créancier autre chose que la restitution (en nature ou par équivalent) de ce qu'il a pu recevoir en exécution du contrat résolu ? »⁸⁰⁴

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 13 mai 2003, la Cour a répondu clairement aux interrogations du professeur REMY.

En l'espèce, une société avait manqué à son obligation de délivrance à des époux. La Cour d'appel estime que « Le jugement sera donc confirmé en ce sens qu'il prononce la résolution de la vente et a condamné la société A à restituer aux époux B la somme de 160000 francs correspondant au prix d'acquisition du terrain »⁸⁰⁵.

On comprend bien que la résolution dans ce cas est rétroactive, d'après la Cour d'appel de Nîmes, « Outre cette somme, le jugement à bon droit a énoncé que la société A était tenue, en sa qualité de vendeur professionnel, de réparer toutes les conséquences dommageables de la vente. Ainsi compte tenu des pertes contractées par les époux B, (les intérêts, frais d'assurance qui en découlent, des frais d'acquisition, des taxes foncières du surcoût en cas d'acquisition d'un nouveau terrain, du renchérissement du coût en cas d'acquisition, de la nécessité de contracter une location pour assurer leur logement et du préjudice moral subi), il convient d'élever à la somme de 250000 francs soit 38112.25 euro les dommages et intérêts, qui devront être alloués au époux B ».⁸⁰⁶

On voit clairement que le juge même en prononçant la rupture rétroactive du contrat, a aussi condamné le débiteur à payer des dommages et intérêts dans le but de réparer le préjudice causé par l'inexécution du contrat et la question de l'admission du cumul des sanctions ne se pose même pas, le juge a donc répondu encore une fois aux interrogations du professeur REMY.

Dans une autre affaire, le tribunal de commerce de Paris avait en 2003 tranché dans le même sens, il a jugé en effet qu' « Il n'a pas été contesté lors des débats que l'ensemble micro-informatique acheté par M.B le 28 juin

⁸⁰⁴ Ph. REMY, *Observation sur le cumul de la résolution et les dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat*, in mélanges . P. COUVRAT, Puf , 2001, p.121.

⁸⁰⁵ C.A de Nîmes, 13 mai 2003, TOURNIER / SARL ANSELME IMMOBILIER, juris Data n° 215878.

⁸⁰⁶ C.A de Nîmes, 13 mai 2003, TOURNIER / SARL ANSELME IMMOBILIER, juris Data n° 215878.

1999 n'a jamais fonctionné complètement et ne fonctionne toujours pas, près de 4 ans après sa livraison [...] dans ces conditions, la résolution de la vente s'impose, elle sera ordonnée aux torts de la FNAC et la FNAC sera condamnée à rembourser à M.B la somme de 18850 francs (2873.66 euro) avec intérêts au taux légal à compter du 7 novembre 2001, date de l'assignation principale »⁸⁰⁷, le tribunal avait donc rompu le contrat avec effet rétroactif qui se résume par la restitution de la somme perçue par la FNAC. Le tribunal ajoute que « M.B fait état d'un préjudice important subi du fait de l'incapacité de la FNAC à faire fonctionner l'équipement en question acheté pour un usage professionnel. En effet devant l'impossibilité d'utiliser l'imprimante à partir de l'unité centrale, M.B a dû trouver une solution extérieure (transfert de fichiers sur un autre ordinateur) d'où une perte de temps importante, s'ajoutant à celle due à ses nombreuses réclamations auprès de la FNAC. En conséquence, celle-ci devra réparer le préjudice ainsi causé à M.B. Le tribunal estime ce préjudice à la somme de 1500 euros, et il condamnera la FNAC à payer à M.P la somme de 1500 euros à titre de dommages et intérêts ». ⁸⁰⁸

Dans cette affaire aussi, on voit que les juges non seulement ont prononcé la résolution rétroactive du contrat de vente, mais qu'ils ont aussi alloué des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par la FNAC. En d'autres termes les juges admettent le cumul des sanctions: résolution plus dommages et intérêts.

Il est clair qu'en voyant les deux décisions, on comprend qu'en pratique le cumul des sanctions ou la double sanction : résolution et dommages et intérêts, est bel et bien possibles en droit positif français, les dommages et intérêts peuvent être d'ordre moral ou matériel.

620. La position de la doctrine du professeur MALAURIE.- Le professeur MALAURIE dans son ouvrage, précise que « Pendant longtemps l'enjeu de la question a été la réparation du préjudice moral subi par le créancier : comme le contrat n'a pas pour objet la protection de l'intérêt moral, l'inexécution par équivalent ne permettrait pas de le couvrir. Aujourd'hui, il ne fait plus de doute que le préjudice moral peut être réparé dans la responsabilité contractuelle ». ⁸⁰⁹

⁸⁰⁷ Tribunal de commerce de Paris , 23 avril 2003, BECKOUCHE / SA FNAC Paris : Juris Data n° 215269.

⁸⁰⁸ Tribunal de commerce de Paris , 23 avril 2003, BECKOUCHE / SA FNAC Paris : Juris Data n° 215269

⁸⁰⁹ Ph. MALAURIE , L. AYNES et Ph. STOFFL-MUNCK, Droit civil : *Les obligations*, LGDJ, Paris, 6^{ème} éd, 2013, p.961.

621. Confirmation.- La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 2 mars 1987, précise que « *M.F a subi du fait de la résolution de la vente, un préjudice matériel qui consiste notamment dans le paiement de frais notariés et d'enregistrement ainsi que de factures diverses dues à son déménagement et à des travaux d'installation.*

*Il peut également faire état du préjudice moral qui a résulté pour lui de l'obligation de quitter la maison qu'il venait d'acquérir et de défendre ses intérêts devant les tribunaux, enfin il convient de tenir compte de la privation de jouissance qu'il a subie par suite de son éviction d'une propriété dans laquelle il pensait trouver le repos ».*⁸¹⁰

622. Condition.- Il est clair que le juge pour octroyer les dommages et intérêts, en sus de la résolution rétroactive du contrat, s'assure de l'existence d'un lien entre la défaillance ou l'inexécution et le préjudice, et c'est dans ce genre de situation que l'intervention du juge prend une place très importante : lui seul peut prendre une décision juste, rationnelle et équitable ; du fait qu'il est étranger au contrat, il aura une vision différente de la situation par rapport aux contractants, il semble plus qu'évident que le juge doit avoir un rôle très important.

Si le juge estime que la défaillance ou l'inexécution n'a aucun lien avec le préjudice, il ne va pas octroyer des dommages et intérêts.

Le juge dans une affaire, avait estimé qu' « *Au vu de ces éléments, c'est à juste titre que le tribunal a tenu à préciser qu'il n'existait pas un vice rendant la chose impropre à son usage, puisque le couvercle d'une cuve est indispensable à la conservation du vin (...) La responsabilité civile suppose un lien de causalité entre la faute et le dommage ; ainsi, le préjudice (tant corporel que matériel) subi par Monsieur LAVAYE par suite de la perte de l'exploitation de sa propriété, trouve son origine dans les blessures qu'il a subies à cause de son imprudence : il a manipulé dans les conditions périlleuses le bras coincé de la potence au lieu de faire appel à l'installateur. C'est à tort que le tribunal a retenu qu'il y avait un lien de causalité suffisante entre le dommage corporel et matériel et le vice de la chose ; au sens de l'article 1645 du code civil, cette chose en l'occurrence n'a joué qu'un rôle passif et n'a causé directement aucun dommage ».*⁸¹¹

⁸¹⁰ C.A de Paris, 2 mars 1987, juris Data, n° 020965.

⁸¹¹ C.A de Bordeaux, 28 septembre 1994, SARL ETS TRANCHERE / LAVAYE : Juris Data, n° 044925.

B - LES LIMITES A LA POSSIBILITE DU CUMUL DE SANCTION

623. Présentation.- La résolution suivie d'une condamnation à des dommages et intérêts est bel et bien autorisée et admise en droit positif français ; mais il arrive que le juge se trouve dans l'impossibilité de joindre une rupture rétroactive à l'octroi des dommages et intérêts pour réparer le préjudice provoqué par l'inexécution. Ces limites sont posées soit légalement **(1)** soit par les parties elles-mêmes **(2)**.

1 - UNE LIMITE LEGALE DU CUMUL DES SANCTIONS

624. Une limite tirée de la jurisprudence.- Dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1998, les juges avaient affirmé que « *L'inexécution du contrat du fait de l'employeur entraînant nécessairement un préjudice pour l'apprenti* ». ⁸¹²

On peut très bien comprendre qu'à chaque fois qu'il y a une inexécution, il existe un préjudice. « *Dans la plupart des cas, le dommage se déduit naturellement de l'inexécution* ». ⁸¹³

Dans certaines situations, l'inexécution ou l'exécution défectueuse ne provoque pas forcément un préjudice et par conséquent un dommage.

« *Il se peut en effet que la défaillance d'une partie n'implique aucun préjudice pour l'autre, par exemple l'acheteur non livré trouve immédiatement à se fournir ailleurs au même prix ou moins cher* ». ⁸¹⁴

La Cour de cassation dans son arrêt du 19 décembre 2000, confirme les dires du professeur BENABENT ; la haute juridiction précise qu' « *Après avoir constaté que la société A s'était engagée à fournir à la société COUR des bacs exempts de tous vices et défauts de fabrication et à respecter les procédés de contrôle définis par le laboratoire national (LNE). Dans son arrêt, elle relève qu'à l'occasion d'un contrôle effectué par ce laboratoire, il a été constaté qu'un bac était défectueux, ce qui a entraîné la privation de*

⁸¹² Cass. Soc., 6 mai 1998, arrêt n° 2217, n° 95.40.913 : Bull. civ., V. n° 223.

⁸¹³ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil: les obligations*, LGDJ, 2013, n° 961.

⁸¹⁴ A. BENABENT, *Droit civil, les obligations*, domat, Droit privé, Montchristien, 8^{ème} éd 2001, n° 413.

*certificat de qualité " LNE emballage" pendant deux mois. Elle relève encore que la société COUR a revendu tous les bacs que lui avait livrés la société A et qu'aucun de ses clients ne s'en est plaint, en raison de vices ou de non-conformité. Elle retient enfin que personne n'a su que la société COUR avait vendu des bacs susceptibles d'être défectueux et que cinq ans après la livraison de la marchandise, aucun retour n'est sérieusement envisageable. En l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel en déduit souverainement que le préjudice de la société COUR était inexistant ».*⁸¹⁵

625. L'obligation du préjudice.- Dans ce cas en effet, il existe bel et bien un manquement contractuel, mais cela n'a produit aucun préjudice au créancier. On peut en déduire qu'il n'existe aucun automatisme ; autrement dit, l'inexécution ne produit pas automatiquement un préjudice.

Et dans la pratique, toute rupture de contrat suppose l'existence d'un manquement, donc d'une inexécution. En revanche, il n'est pas obligé que ce manquement ait provoqué un préjudice à l'autre partie.

Dans un arrêt de la Cour de cassation de 1982 la haute juridiction confirme cette règle. Elle précise que « *La violation de conventions légalement formées, permet au juge d'en prononcer la résiliation, laquelle n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice* ». ⁸¹⁶

Selon la même Cour et dans un arrêt de 1983 « *La résiliation du bail pour inexécution des obligations par l'une des parties n'est pas subordonnée à l'insistance d'un préjudice en découlant pour l'autre partie* ».

626. Précision doctrinale.- Selon le professeur MALAURIE et d'autres auteurs, « *Le préjudice n'est d'ailleurs pas une condition de la résolution, il n'est pris en considération qu'afin de savoir si le manquement est suffisamment grave pour justifier la résolution. Par exemple, si la chose livrée est défectueuse mais répond à l'utilité convenue, le juge peut maintenir le contrat en accordant des dommages et intérêts à l'acheteur, ce qui aboutit à une diminution du prix* ». ⁸¹⁷

627. La position de la doctrine.- Il est donc clair que l'inexécution contractuelle ou l'inexécution défectueuse ne provoque pas forcément un préjudice pour la victime de ce manquement ; même sans l'existence d'un préjudice, la rupture du contrat reste toujours possible, car la résolution du contrat pour inexécution, n'est pas subordonnée à l'existence d'un

⁸¹⁵ Cass. Com., 19 décembre 2000, arrêt n° 2182, n° 98-14108.

⁸¹⁶ Cass. 3^{ème} Civ., 4 mai 1982, arrêt n° 797, n° 81-1077.

⁸¹⁷ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, Cujas, 1999, n° 740.

préjudice ; en effet, « *Bien que l'article 1147 ne l'exige pas formellement, la responsabilité contractuelle suppose, outre l'inexécution du contrat, un dommage* »;⁸¹⁸ en revanche, « *En l'absence de préjudice, aucune responsabilité ne sera engagée* ».⁸¹⁹

Selon Madame VINEY, « *L'inexécution d'une obligation ne suffit pas à justifier l'octroi d'une réparation* » et « *Le droit à la réparation suppose [...] la preuve d'un dommage, car la réparation n'est concevable que s'il ya quelque chose à réparer* ».⁸²⁰

628. Synthèse.- On peut dire que le cumul entre la résolution du contrat et l'octroi de dommages et intérêts, bien qu'il soit admis en droit positif français, n'est pas toujours prononcé. Car, une telle sanction suppose certaines conditions et la plus essentielle est l'existence d'un manquement contractuel qui provoque un préjudice. L'un n'allant pas sans l'autre et d'une façon plus claire, pour avoir la double sanction, il faut que les deux conditions soit réunies.

Une inexécution seule peut donner lieu à une résolution : avec l'existence d'un préjudice, il permet à la victime de recevoir des dommages et intérêts.

La Cour d'appel l'Orléans avait jugé que « *S'il est établi que la chose louée a été matériellement livrée, en revanche, elle n'a jamais pu être utilisée par monsieur PAQUIET comme enseigne lumineuse, usage auquel elle était destinée et ce, du fait de l'absence d'autorisation de Maitre d'OLIVET pour l'implanter. Il s'ensuit que la société COFALOC, bailleuse, n'a pas satisfait à son obligation de délivrance et Monsieur PAQUIET est fondé, pour ce motif, à solliciter la résolution du contrat et à voir débouter la société LOCAM à restituer les loyers perçus dont le montant n'est pas contesté. Il convient d'accueillir cette demande de Monsieur PAQUIET. En revanche, faute de justificatif de son préjudice, sa demande de dommages et intérêts doit être rejetée* ».⁸²¹

629. Une limite tirée du code civil.- Selon les termes de l'article 1147 du Code civil, « *Le débiteur est condamné, s'il ya lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit en raison de l'inexécution de l'obligation, soit en raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que*

⁸¹⁸ Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit, n° 961.

⁸¹⁹ P. JOURDAN, in « *l'exigence d'un préjudice vaut aussi bien en matière contractuelle que délictuelle* » RTD.Civ, 2004, p. 269.

⁸²⁰ G. VINEY, JCP 2004, I, 163, n° 1 et 3 .

⁸²¹ C. A d'Orléans, 8 octobre 1998, STE LOCAM / PAQUIET : Juris data, n° 044362.

l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputable, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

630. L'exigence de l'imputabilité du préjudice.- Dans le cas où un contrat est rompu pour cause d'inexécution, le contractant défaillant n'est pas automatiquement condamné au paiement d'une indemnité préparatoire à la victime de l'inexécution, c'est-à-dire, que le cumul de sanction n'est pas toujours prononcé, l'octroi des dommages et intérêts ne suit pas forcément la résolution du contrat ; en effet « *Les dommages et intérêts sont la conséquence d'une faute et celui qui n'a aucune faute à se reprocher ne doit rien au delà de la restitution des choses qu'il a reçues en vertu du contrat qu'il a été lui - même dans l'impossibilité d'exécution* ». ⁸²²

631. Le cas de force majeure.- La première chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 24 mars 1998, avait décidé que « *La résolution du bail résulte de la perte de la chose louée, la responsabilité du bailleur à l'égard du preneur doit être écarté si la perte est due à un cas fortuit, de force majeure ou à la faute du preneur* ». ⁸²³

« *En cas d'inexécution d'un contrat, le débiteur de l'obligation ne peut être exonéré de sa responsabilité que s'il justifie que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*». ⁸²⁴

D'après la Cour de cassation, afin d'éviter le versement de dommages et intérêts, le débiteur se doit de prouver lui même l'existence d'une cause étrangère et que l'inexécution ne lui est pas imputable, et non pas le créancier qui doit apporter la preuve que l'inexécution n'est pas due à une cause étrangère. La Cour précise que « *Pour rejeter la demande de la société BESSIERE, le Cour d'appel retient que celle-ci ne peut obtenir des dommages et intérêts que si elle démontre l'inexécution fautive du vendeur. En se déterminant ainsi, alors que seule peut exonérer la cave (vendeur) du paiement de dommages- intérêts pour l'inexécution de ses obligations contractuelles, l'existence d'une cause étrangère qui ne lui serait pas*

⁸²² L-E. LABBE, *un mot sur la question des risques - souvenirs de droit romain à propos des article 1138 et 1184 du Code civil*, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1888, p. 385.

⁸²³ Cass. 1^{ère} Civ., 24 mars 1998, arrêt n° 602, n° 96.16.352.

⁸²⁴ Cass. Com., 6 juin 1990, arrêt n° 787, n° 89.12.278.

imputable, la Cour d'appel a violé les articles 1174 et 1184 du Code civil
».⁸²⁵

632. Un obstacle au cumul.- La résolution du contrat pour inexécution non imputable au créancier ou due à un cas de force étrangère n'entraîne pas la condamnation à des dommages et intérêts même dans le cas où l'inexécution a provoqué un préjudice au créancier. Dans une affaire de la Cour d'appel de Versailles de 1996, ce raisonnement a été bien suivi, à savoir qu'en cas d'inexécution non imputable au débiteur, sa responsabilité n'est point engagée.

En l'espèce, une promesse unilatérale de vente faite par l'établissement P.A le 18 juin 1991, pour le compte de GLATIGNY dans le but de lui vendre un terrain d'une surface de 1500 m² au prix de 540000 francs ; en même temps GALATIGNY avait versé la somme de 54000 francs, et le terrain devait être mis à sa disposition selon l'acte authentique adressé en 28 décembre 1991 ; cependant le 17 décembre 1991, la PA avait adressé un courrier dans lequel elle précise qu'il lui sera impossible de tenir sa promesse, car des nomades occupent le terrain pour le moment.

GALATIGNY a porté l'affaire devant le juge, ainsi la Cour d'appel de Versailles affirme qu'« *Il résulte de l'article 1184 du Code civil que la résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, même si cette inexécution n'est pas fautive et quel que soit le motif qui a empêché cette partie de remplir ses engagements, alors même que cet empêchement résulterait du fait d'un tiers ou de la force majeure ; le vendeur n'étant pas en mesure de délivrer le terrain libre de toute occupation au 28 décembre 1991, date ultime prévue pour la signature de l'acte authentique. Il s'ensuit que le manquement à l'obligation de délivrance constitue un manquement d'une gravité telle qu'il justifie le prononcé de la résolution de la vente* ».

Les juges rajoutent que dans le cas de « *L'anéantissement rétroactif du contrat, il convient de condamner P.A à restituer à GLATIGNY l'indemnité d'immobilisation de 54000 francs* ».⁸²⁶

La GLATIGNY avait non seulement demandé la résolution rétroactive du contrat, donc la restitution de l'indemnité d'immobilisation, mais aussi des dommages et intérêts pour les préjudices que lui a causés le manquement de P.A. Elle demande, en effet à PA, de payer 41540 francs HT comme

⁸²⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 10 juillet 1996, arrêt n° 1462, n° 94.18618: Bull. civ., I, n° 317.

⁸²⁶ C.A de Versailles, 5 avril 1996, GLATINGNY / E P.A : juris Data . n° 041464.

indemnité au préjudice financier et 30000 francs pour le préjudice moral qu'a provoqué l'inexécution de PA.

Les juges versaillais en précisent qu'« *En application de l'article 1184 du Code civil, il n'y a lieu à aucun dommage-intérêt formé par GLATIGNY en réparation du préjudice financier et moral doit être rejetée* ». ⁸²⁷

Comme le précise la Cour d'appel de Versailles, la résolution rétroactive du contrat est complètement admise, mais aucun dommage et intérêt ne peut être accordé, car il n'existe aucun préjudice pour le créancier, le cumul de sanction est donc inenvisageable.

Le créancier a certes subi un préjudice moral et financier, mais cela ne remplit pas la condition pour la double sanction, car le préjudice causé par le manquement est dû à un cas de force majeure : l'inexécution n'est par conséquent pas imputable au débiteur, qui était dans l'incapacité de remplir sa part du contrat et d'exécuter ses obligations.

633. Justification légale.- L'article 1645 du Code civil précise que « *Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur* ».

L'article 1645 rajoute que « *Si le vendeur ignorait le vice de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente* ».

Par ces deux articles, on comprend très clairement que dans les contrats de vente, et en en présence de vices cachés, le cumul entre résolution du contrat et l'octroi de dommages et intérêts ne peut être prononcé ; en revanche le juge peut ordonner le cumul de sanctions seulement si le vendeur était au courant de l'existence d'un vice caché.

634. Cas particulier.- Dans un arrêt de la Cour d'appel de Caen du 12 novembre 2002, les juges précisent que « *Le vendeur qui connaissait les vices de la chose est tenu, selon les termes de l'article 1645 du Code civil, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur. La somme allouée aux époux LEGENDRE correspond, outre les frais et commissions liés à leur acquisition, outre une indemnité de 500 euros pour les frais de déménagement et de recherche d'un nouveau logement, au coût des travaux d'aménagement qu'ils ont engagés en pure perte* ». ⁸²⁸

⁸²⁷ C.A de Versailles, 5 avril 1996, op.cit .

⁸²⁸ C.A de Caen, 12 novembre 2002, Coquain/Nousset/ Legendre : juris Data, n° 199840

Dans une autre affaire, les juges précisent qu' « *En application des articles 1610 et 1644 et compte tenu de la demande des époux BECHADE, la résolution des contrats doit être prononcée et que par conséquent le vendeur sera condamné à restituer le prix de la vente, avec dommages et intérêts de droit, à compter de l'assignation. Il n'est nullement établi que le vendeur connaissait les vices de la chose, lorsqu'il a vendu le salon, le 5 septembre 1982. M BECHADE sera donc débouté de sa demande de dommages intérêts, en application de l'article 1645 du code civil* ». ⁸²⁹

Selon l'article 1646 du Code civil, dans le cas où le vendeur n'est pas au courant de l'existence d'un vice dans la chose vendue, il « *Ne sera tenu qu'à la restitution du prix et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente* ».

La question qui se pose est de savoir quels sont alors les frais qui pourraient être occasionnés par la vente ?

635. Précision.- La Cour d'appel de Aix en Provence précise qu' « *Aux termes de l'article 1646 du Code civil, le vendeur qui ignore les vices de la chose ne sera tenu qu'à la restitution du prix et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente, ce qui s'entend exclusivement des dépenses directement liées à la conclusion du contrat dans lesquelles n'entrent pas, sauf à étendre la portée de ce texte par violation de celui-ci, les frais de dépannage et de gardiennage du camion et a fortiori l'indemnisation d'un préjudice économique inclus dans le coût d'un crédit*». ⁸³⁰

Il convient de préciser que la Cour d'appel de Metz, en 1989 avait situé dans le même sens, elle a jugé « *Qu'il résulte de l'expertise judiciaire que le tracteur vendu au sieur C, est impropre à sa destination.*

Le vendeur, de bonne foi, est limitée à la restitution du prix et au remboursement des dépenses que l'acquéreur a effectuées sur la chose pour tenter de la remettre en état, [et non pas] au paiement de dommages-intérêts ». ⁸³¹

La Cour de cassation, concernant un arrêt d'une Cour d'appel qui a admis la résolution et l'octroi des dommages et intérêts, estime « *Qu'en se déterminant ainsi après avoir énoncé qu'il n'est pas établi que le vendeur, qui doit être considéré comme non professionnel, ait connu au moment de la*

⁸²⁹ C.A d'Aix en Provence, 3 juillet 2002, JULLIEN/ Sarl BILLAUD : juris Data ,n° 185796.

⁸³⁰ C.A d'Aix en Provence, 3 juillet 2002, op.cit.

⁸³¹ C.A de Metz, 24 mai 1989, CUTRI / SOULE : Juris Data, n° 044736.

vente l'existence des vices cachés, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ». ⁸³²

636. Conclusion. D'après la Cour de cassation, tout vendeur est censé connaître tous les vices cachés en cas de vente, donc le juge du fond, non seulement peut ordonner la résolution du contrat, mais il peut aussi octroyer des dommages et intérêts pour l'acheteur, en réparation des frais. La haute juridiction avait affirmé que « *Le vendeur professionnel d'ardoises défectueuses est à bon droit condamné, outre la restitution du prix, au coût de la réfection de la toiture, à titre des dommages et intérêts* ». ⁸³³

Il est plus qu'évident que si le vendeur non professionnel n'est pas au courant de l'existence d'un vice, il ne peut être condamné au cumul de sanctions.

2 - LE CUMUL DE SANCTION EXCLU OU LIMITE PAR LES PARTIES

637. Une limitation voulu.- Outre les dispositions légales, les parties peuvent aménager les pouvoirs du juge et poser ainsi des limites, voire exclure le cumul de sanctions en cas d'inexécution.

Les parties peuvent en effet, insérer une clause pénale **(a)** dans le contrat ou bien une clause restrictive de responsabilité **(b)**.

a - L'INSERTION D'UNE CLAUSE PENALE

638. Définition.- Le droit positif français autorise les parties à insérer une clause pénale dans le contrat. cela se résume par une sanction pécuniaire forfaitaire, que les parties ont prévu préalablement dans le contrat, en cas d'inexécution de l'un des contractants ; en d'autres termes, dans le cas où une partie n'exécute pas ses obligations, elle sera dans l'obligation de verser une somme d'argent déjà déterminée dans le contrat.

⁸³² Cass. Com., 1 décembre 1984 ; Bull.Civ, IV, n° 349.

⁸³³ Cass . 1^{ère}Civ., 6 juillet 1999 ; contrats- conc-consomm. 2000 , n° 23 note L. LEVENEUR.

639. L'utilité.- Concrètement, cette clause « *N'a pas seulement pour objet de réparer le préjudice occasionné par la non-exécution totale ou partielle de la convention mais également de contraindre le débiteur à exécution sous peine de payer au créancier une « amende civile »* ». ⁸³⁴

Quand l'inexécution ne provoque aucun préjudice le juge ne peut condamner le débiteur à la double peine autrement dit le cumul de la résolution et des dommages et intérêts.

La clause pénale présente alors un avantage significatif au moment où l'inexécution ne provoque que la résolution du contrat, le fait d'insérer une clause pénale permet au créancier victime d'une inexécution d'obtenir une réparation, même dans le cas où le manquement ne provoque aucun préjudice pour le créancier.

640. L'admission de la jurisprudence.- Dans un arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 1977, la haute juridiction avait censuré la décision d'une Cour d'appel qui ne voulait pas appliquer une clause pénale existante dans le contrat au motif que malgré l'existence d'une inexécution, le créancier n'avait subi aucun dommage ; la cour de cassation affirme alors que « *Les parties étaient libres de déterminer à leur guise les moyens de contraintes destinées à assurer, même à défaut de préjudice, l'exécution de leur convention, le tribunal a violé, par refus de l'appliquer, le code civil* ». ⁸³⁵

Comme nous l'avons déjà précisé, la clause pénale en principe fait obstacle à la possibilité de cumuler les sanctions, car les parties ont déjà prévu une somme forfaitaire que le débiteur doit verser au créancier en cas de préjudice.

641. Cas Spécial.- Dans certaines situations, l'inexécution provoque un préjudice beaucoup plus important que la somme prévue dans le contrat, cela est donc injuste ; l'intérêt de l'intervention judiciaire dans la rupture de contrat, a une importance primordiale, le juge en effet dispose d'un pouvoir de changer la somme prévue dans la clause pénale s'il estime que celle-ci ne couvre pas le préjudice subi par l'inexécution.

642. La position de la haute juridiction.- La chambre sociale de la Cour de cassation avait jugé en effet que « *L'indemnité prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence étant une clause pénale, c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé, répondant ainsi aux conclusions invoquées,*

⁸³⁴ C.A de Nancy, 11 octobre 1994, SARL le nouveau/S.A.KANTERBRAU, juris data n° 047860.

⁸³⁵ Cass. Com., 10 janvier 1977 : Bull. civ., IV, n° 7, Defrenois, 1977, p.1254, note J.L AUBERT.

*qu'elle pouvait user de la faculté reconnue au juge par l'article 1152, alinéa 2, du code civil, d'en augmenter le montant si elle l'estimait dérisoire ; cela après avoir constaté, par une décision motivée, que l'indemnité convenue était manifestement dérisoire, la cour d'appel a pu l'augmenter dans des proportions qu'elle a souverainement évaluées ».*⁸³⁶

643. L'insuffisance de l'indemnité.- Il est clair que si la somme fixée par les parties couvre la majorité du préjudice, le créancier ne peut pas obtenir une augmentation. Cela se fait uniquement si la somme prévue est dérisoire et ne couvre pas la moitié du préjudice ; en effet « *La clause pénale est une indemnité forfaitaire qui a pour fonction de compenser les dommages et intérêts lorsque le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Elle ne peut donc se cumuler avec l'allocation de dommages et intérêts supplémentaire sauf à démontrer qu'il serait manifestement dérisoire en égard au préjudice réellement subi par le créancier ou à établir l'existence d'un préjudice distinct de celui résultant de la rupture du contrat, ce qui en l'espèce n'est ni allégué ni démontré. Le premier juge a donc à tort condamné les époux PICHON à payer à leur adversaire en sus de la clause pénale la somme de 30.000 Frs à titre de dommages-intérêts ».*⁸³⁷

644. Préjudice minime.- L'autre cas où il est nécessaire de donner au juge le pouvoir d'aménagement est les cas où la clause pénale est excessive, c'est-à-dire qu'elle dépasse le préjudice que le manquement a provoqué ; le créancier dans ce cas est plus qu'avantagé ; si la somme prévue dans la clause pénale dépasse de beaucoup le montant du préjudice, le juge alors intervient et fait en sorte de réduire cette somme. Si cette dernière dépasse de peu, l'intervention du juge est inutile.

645. L'avis de la jurisprudence.- La Cour d'appel de Colmar, en effet, avait précisé que « *C'est donc la brasserie, qui a résolu le contrat, sans d'ailleurs que son cocontractant ne discute la résolution intervenue, qui est fondée à se prévaloir des stipulations de l'article 5 ; cet article prévoit qu'en conséquence de la résolution, il est dû à la brasserie en réparation du préjudice effectivement subi par la brasserie pour le manque à gagner évalué forfaitairement à 20 % du prix d'achat des quantités de bière restant à prendre. Il n'est pas discuté que l'indemnité contractuelle de 80435,28 francs H.T a été calculée conformément aux stipulations conventionnelles et qu'il s'agit d'une clause pénale. En application de l'article 1152 du code civil,*

⁸³⁶ Cass. Soc., 5 juin 1996 : Bull. civ., V, n° 226, Defrénois, 1996, art 36591, n°74, note D.MAZEAUD.

⁸³⁷ C.A d'Orléans, 15 décembre 1987, PICHON/POUROL, juris Data n°047018.

le juge peut même d'office modérer ou augmenter la peine si elle est manifestement excessive ou dérisoire, c'est à bon droit que le premier juge, après avoir constaté que pendant l'exécution du contrat, il n'avait été débité qu'une moyenne de 60 HL de bière, par an, a déduit que le préjudice subi par la brasserie calculé sur la base d'une perte de 75 HL par an, était manifestement excessif, mais que le montant qu'il a retenu est encore plus excessif par rapport au préjudice réellement subi tout en tenant compte du caractère comminatoire de la clause pénale, il y a lieu de fixer ce montant à 55000 Frs HT, soit 66330,00 Frs TTC » .⁸³⁸

b - L'AMENAGEMENT PAR LES CLAUSES RESTRICTIVES DE RESPONSABILITE

646. L'admission.- Outre la possibilité pour les parties d'insérer une clause pénale dans le contrat, le droit français permet aussi aux contractants d'insérer une ou plusieurs clauses restrictives de responsabilité, qui ont pour but la diminution de la responsabilité contractuelle des contractants en cas d'inexécution de leur part. Ces clauses peuvent avoir aussi pour appellation clauses « *Exonération* » de responsabilité ou de « *Non-responsabilité* ».

647. La fonction.- Selon pourquoi elles sont insérées dans le contrat, ces clauses peuvent, soit limiter la responsabilité du débiteur en cas d'inexécution, soit carrément exonérer le débiteur de toute responsabilité. Concrètement « *Même en cas d'inexécution fautive, la réparation effective accordée au créancier peut se trouver réduite ou même supprimée par le jeu des clauses de non-responsabilité et des clauses limitant des dommages-intérêts à un plafond maximum* ».⁸³⁹

Les clauses restrictives de responsabilité sont admises en droit français par rapport à la liberté contractuelle.

648. L'admission de la jurisprudence. La Cour de cassation précise en effet qu' « *Aucune disposition légale ne prohibe de façon générale l'insertion*

⁸³⁸ C.A de Colmar, 2 octobre 2001, CABANAT/ SA BRASSERIE FISCHER/ juris Data n°185785.

⁸³⁹ J. DEPREZ, *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, in travaux de l'association Henri, CAPITANT, t, XXVII, Pairs, Librairies Dalloz, 1968, p.59.

de clauses limitatives exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion ». ⁸⁴⁰

649. L'obligation de l'intervention du juge.- C'est la clause dite limitative de responsabilité, qui peut handicaper une partie et privilégier l'autre. Il est clair que les parties sont complètement libres, mais cette liberté ne doit pas faire obstacle à l'intervention du juge ; car, des contractants de mauvaise foi, peuvent en effet profiter de cette liberté et insérer de telles clauses. Toutefois, le juge doit alors apprécier la bonne foi des parties et surtout celle de la partie défaillante.

Evidemment, il est très difficile pour le juge de connaître les intentions des parties et surtout celles du débiteur, il n'est pas évident de savoir si le débiteur au moment de la signature du contrat, avait déjà dans l'esprit qu'il n'allait pas exécuter ses obligations ; la question qui se pose est de savoir comment le juge peut déterminer si la partie agit de bonne ou de mauvaise foi?

650. Le contrôle de la bonne foi.- La réponse à cette question nous paraît logique. En effet, le juge doit se pencher sur les efforts effectués par le débiteur ; c'est-à-dire que s'il s'avère que le débiteur n'a fait aucun effort pour exécuter son obligation, cela veut dire qu'il est de mauvaise foi, en revanche si le débiteur a essayé mais qu'il est dans l'impossibilité de la faire, là la question ne se pose même pas. Le juge dans le premier cas doit avoir le pouvoir d'intervenir et supprimer carrément les effets de cette clause, étant donné qu'il joue le rôle de garant des intérêts des parties.

Il peut alors octroyer des dommages et intérêts préparatoires du préjudice causé par l'inexécution et la clause limitative de responsabilité n'aurait aucun effet.

L'autre interrogation est de savoir quelle serait l'attitude du juge face à une exécution défectueuse ou tardive?

651. Cas particulier.- La réponse à cette question a été déjà donnée ; dans ce genre de situation, le juge n'a hélas pas le pouvoir d'annuler la clause limitative de responsabilité, car il y a un effet de fait de la part du débiteur ; la clause joue son rôle totalement car à notre avis elle est insérée pour faire face à ce genre de situation.

⁸⁴⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 19 janvier 1982, n°80-15 745 : Bull. civ., I, n°29 ; D 1982, P457, note ch ; LARROUMET ; JCP 1984, II, 20215, note, F, CHABAS, RTD Civ, 1983, p.143, obs, G. DURRY.

Le jeu des clauses limitatives de responsabilité peut dans certains cas être neutralisé, dans les cas où l'un des contractants n'est pas un professionnel par exemple.

652. La position de la jurisprudence. En effet, dans un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble, il a été précisé qu' « *Une telle disposition [c'est-à-dire les clauses limitatives de responsabilité] serait inefficace, par l'effet des dispositions de l'article 2 du décret d'application du 24 Mars 1978 de la loi du 10 janvier 1978, sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services, lesquelles interdisent toute clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire les réparations du non professionnel en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations.*

*M.B entrepreneur en maçonnerie n'est pas un professionnel de l'automobile, il ne pourrait se voir opposer une telle clause évasive [...] il s'ensuit que la vente doit être résolue, le véhicule et le prix restitués. L'expert a, sans être contredit, évalué à 21360 F, les frais exposés par M.B non liés à l'entretien normal du véhicule ; ces frais sont ainsi la conséquence directe du manquement du vendeur à son obligation de délivrance. Les frais de location d'un véhicule de remplacement, pendant les réparations provoquées par l'important kilométrage du véhicule, 3993 F, sont à la charge du vendeur, pour être la conséquence directe du manquement à l'obligation de délivrance conforme ».*⁸⁴¹

653. La neutralisation de ces clauses.- Il est important de préciser qu'il est possible de neutraliser l'aménagement prévu par les parties dans le contrat, quand cela concerne l'inexécution d'une obligation essentielle.

La chambre commerciale de la Cour de cassation l'affirme clairement. En l'espèce, la Société BANCHEREAU avait envoyé à deux reprises par le biais de Chronopost des envois, mais la Société Chronopost n'avait pas tenu ses engagements, c'est-à-dire la livraison avant le lendemain midi, comme le stipule Chronopost.

La société BANCHEREAU a donc demandé à Chronopost des réparations des suites du préjudice qu'elle a subi pour le non-respect des délais ; la société Chronopost a invoqué la clause insérée dans le contrat selon laquelle « *En cas de non-respect des délais de livraison de son fait, Chronopost s'engage à*

⁸⁴¹ C.A de Grenoble, 20 décembre 1995, BOUCINHA/ STE AUTO MARTINEZ, juris Data n° 047843.

rembourser exclusivement le prix du transport sur demande écrite de l'expéditeur ».

Cette clause, en effet, limite totalement la responsabilité de Chronopost, en revanche, elle n'allège pas ses obligations : quoi qu'il arrive, Chronopost était tenu de livrer les courriers dans les délais prévus.

654. Précision.- La Cour précise que « *Vu l'article 1131 du code civil [...], spécialiste du transport rapide, garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société BANCHEREAU dans un délai déterminé et en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* ». ⁸⁴²

Plus récemment encore la Cour de cassation a eu l'occasion de réaffirmer sa position ; dans une situation similaire, elle précise que les juges du fond ont « *Fait l'exacte application de l'article 1131 du code civil en retenant, pour écarter la clause limitative de responsabilité dont se prévalait la Société SECURIFORC, qu'une telle clause revenait à priver d'effet l'obligation essentielle souscrite par cette société* ». ⁸⁴³

655. Conclusion.- Les clauses limitant la responsabilité en cas de manquement, ne remettent pas en cause l'exécution correcte de l'obligation essentielle ou fondamentale.

Le cumul entre résolution du contrat et l'octroi de dommages et intérêts en réparation du dommage subi, s'appliquent normalement dans ce genre de situation.

Conclusion du chapitre

656. Les dommages et intérêts.- Dans la pratique contractuelle, les dommages et intérêts sont une somme d'argent, allouée la victime, pour le préjudice causé par l'inexécution contractuelle. Il est clair que le juge octroie des dommages et intérêts au créancier dans l'espoir de réparer le préjudice. Mais l'allocation d'une somme d'argent ne peut pas toujours satisfaire le créancier, en particulier, si ce dernier attends une prestation de son

⁸⁴² Cass. Civ., 22 octobre 1996, Bull. civ., IV, n° 261, D 1997, note A. SERIAUX, Defrénois, 1997, P333 ; note D. MAZEAUD, JCP 1997, II, 22881, note, D. COHEN .

⁸⁴³ Cass. Com., 17 juillet 2001, JCP 2002, 1, 148, n° 17 et s, note G. LOISEAU.

partenaire et que sa situation demande l'urgence, le fait de ne pas recevoir ce qui l'attend de son partenaire pourrait provoquer un préjudice bien plus important, il est, à notre avis, temps de considérer les dommages et intérêts comme étant une sanction, les sommes allouées doivent être considérables afin de dissuader toute éventualité d'inexécution.

Il est regrettable que l'ordonnance du 10 février 2016 n'ait pas admis les dommages et intérêts punitifs.

Mais ne serait-il pas plus juste que les dommages et intérêts soient perçus comme une sanction?

Conclusion du titre II

657. La satisfaction.- Qu'elle soit en nature, par équivalent ou effectuée par un tiers, l'exécution prononcée par le juge est toujours la sanction la plus satisfaisante et surtout la plus équitable, le but étant de remédier à l'inexécution. Le rôle du juge serait de préserver les intérêts du créancier, victime d'une inexécution, mais sans pour autant négliger celle du débiteur, même coupable d'une défaillance. Il veuille à satisfaire la partie victime d'un manquement contractuel en prenant compte de la situation du contractant défaillant.

Avant de prendre sa décision, le juge ne va pas se borner à suivre la demande du créancier, il prendra en compte les attentes de celui-ci et les possibilités du débiteur.

Conclusion de la partie II

658. Une sanction équitable.- L'intervention du juge comporte un avantage incontestable : d'une part, le juge est une garantie sans équivoque du respect de la force obligatoire du contrat; et par conséquent de l'exécution des obligations. D'autre part, il constitue l'assurance d'une sanction plus juste et plus équitable pour les deux parties.

Le juge est aussi garant du principe de " réparation intégrale du dommage ", il s'assure cependant de prononcer une condamnation qui soit satisfaisante pour le créancier et qui couvre la totalité ou une grande partie du préjudice provoqué par l'inexécution.

CONCLUSION GENERALE

659. Le contrat.- Le contrat une fois formé, devient la loi des parties comme c'est précisé dans le code civil. Etant donné qu'il est un accord entre elles, il leur est imposé. Par conséquent, il s'impose au juge aussi, qui se doit de le respecter et de ne pas s'ingérer. La force obligatoire du contrat impose aux contractants d'exécuter les obligations comme convenues. La force obligatoire du contrat en effet, « Est une conséquence du principe de l'autonomie de la volonté et repose sur des considérations d'ordre moral (le respect de la parole donnée) et d'ordre économique (la nécessité d'assurer la sécurité des transactions). Il ne reste pas moins que le caractère obligatoire du contrat constitue son élément le plus essentiel, bien que ce principe ait subi de nombreuses altérations dues au déclin de la valeur reconnue aux volontés individuelles»⁸⁴⁴.

Si le contrat est exécuté normalement, le juge ne joue aucun rôle, il ne peut, en aucun intervenir de son propre chef.

Cependant, le contentieux contractuel apparaît lorsque l'un des contractants n'exécute pas ses obligations. Un anéantissement des liens est donc envisageable.

660. La rupture du contrat.- La rupture du contrat pour inexécution est admise qu'elle que soit la raison pour laquelle le débiteur ne s'est pas exécuté. « En réalité, la résolution judiciaire est un mode de réparation du préjudice que cause au créancier l'inexécution de son obligation par le débiteur »⁸⁴⁵

Les juges français ont souvent prononcé la rupture du contrat sans prendre en compte l'imputabilité du contractant défaillant. L'origine du manquement contractuel n'a aucune influence sur leurs décisions.

La Cour de cassation affirme en effet, que le contrat peut-être rompu, même en l'absence de faute du débiteur⁸⁴⁶, de préjudice issu de l'inexécution⁸⁴⁷ et

⁸⁴⁴ La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français, op. cit, p. 237.

⁸⁴⁵ J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, Les obligations, 9^e éd. par F. CHABAS, 1998, Montchrestien, n^o 1089.

⁸⁴⁶ « La résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en vertu de l'article 1184 du code civil, en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, même si cette inexécution n'est pas fautive »; Cass. Civ 1^{re}, 4 févr. 1976, Bull. civ. I, n^o 53. - Civ. 3^e, 9 oct. 1979, Bull. civ. III, n^o 169.

en présence de force majeure. Le contentieux contractuel tourne alors sur un axe principal qui est l'inexécution contractuelle.

La résolution judiciaire était, en principe, la seule façon pour rompre le contrat. Car, le contrat légalement formé ne peut être révoqué que par leur consentement ou par le juge. Le passage devant les tribunaux était indispensable pour se séparer de son cocontractant, comme le précise l'article 1184 du code civil. Le juge détenait un large pouvoir. Une fois saisi, il devient le maître du contrat; le sort du contrat est entre ses mains. Il peut décider de son maintien, comme il peut décider de sa rupture. Il jouit aussi d'un large pouvoir de sanction, en cas d'abus ou d'infraction avérée.

Mais progressivement, des dérogations à la rupture judiciaire, commencent à voir le jour.

Il existe en effet, plusieurs règles qui permettent à la victime de l'inexécution, de sortir du contrat, sans l'intervention du juge ; mais un respect des conditions est primordial.

Hormis la possibilité de demander au juge la rupture du contrat, le droit français offre aux contractants un arsenal de procédures pour faire face à une éventuelle inexécution de la part du cocontractant. Un assouplissement des conditions peut-être établi par les contractants eux-mêmes; afin que le contrat puisse être rompu sans recours préalable au juge. L'insertion d'une clause résolutoire par exemple, permet aux parties d'anéantir le contrat de plein droit, si les conditions prévues dans le contrat sont réunies. Le juge ne dispose d'aucun pouvoir dans ce genre de situation. Il est en effet, « *Admis que l'existence d'une clause résolutoire suppose que les parties précisent expressément qu'elles entendent exclure le juge, faute de quoi leur stipulation doit être interprétée comme un rappel inutile de l'article 1184 c. civ., ne faisant obstacle ni à la nécessité d'une demande en justice, ni au pouvoir souverain du juge d'apprécier la gravité de l'infraction* »⁸⁴⁸. Le juge ne peut que constater la rupture du contrat, que l'une des parties a prononcé. « *L'existence d'une clause résolutoire dépend alors de l'exclusion du juge qui ne saurait être appelé à prononcer la résolution du contrat* »⁸⁴⁹.

L'admission de la rupture unilatérale du contrat par la jurisprudence, puis par l'ordonnance du 10 février 2016, permet au créancier d'une obligation

⁸⁴⁷ Cass. Civ 3^e, 4 mai 1994, n° 92-11.196, Bull. civ. III, n° 84. - 5 févr. 1971, Bull. civ. III, n° 90 ; JCP 1971. IV. 65. - 4 mai 1982, n° 81-10.770 ; Gaz. Pal. 1982. 2. Pan. 282.

⁸⁴⁸ Ch. PULIN, note sous Cass. Civ., 17 mai 1993 : D. 1994, jur. p. 483.

⁸⁴⁹ Ibid, n° 3.

de rompre le contrat par une simple notification. Cela permettrait aux parties en générale et au créancier en particulier de faire face à la négligence de leur partenaire et à toute situation pouvant créer un déséquilibre contractuel; sans forcément passer par le juge. La rupture après avoir été judiciaire est devenue unilatérale. Le juge a perdu son pouvoir d'appréciation. Certes, la jurisprudence ainsi que l'ordonnance du 10 février 2016 ont posé quelques conditions que la partie désireuse de rompre le contrat unilatéralement doit respecter.

661. La place du juge.- Cette initiative écarte complètement le juge du jeu de la rupture du contrat. Après avoir été l'acteur principal, il est désormais relégué au rang de simple figurant.

Avec l'adoption de l'ordonnance de 2016, il semblerait que le rôle du juge est réduit considérablement en amont. Il ne dispose d'aucun pouvoir ou presque, vu que les parties ont la possibilité de rompre le contrat par le jeu de la clause de résolution; ou mieux encore, par un acte unilatéral. Le juge peut, toutefois, récupérer son pouvoir en aval, si la partie qui a subi la rupture unilatérale, conteste les faits que son créancier lui reproche. Dans ce cas, le juge doit « prendre en compte toutes les circonstances de la cause intervenues jusqu'au jour de la décision ».

Toutefois, « *Le fait de fixer un critère objectif à la rupture unilatérale est insuffisant car, sous couvert d'efficacité, malgré la tentative pour évincer toute considération subjective, il faut bien reconnaître avec MONTESQUIEU que " tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser"*⁸⁵⁰. Ainsi le réalisme du droit proposé ne saurait évincer le risque d'arbitraire en l'absence d'un encadrement. L'inexécution ne doit pas être [un] prétexte pour échapper à un contrat qui n'est plus souhaitable »⁸⁵¹.

C'est justement dans le but de préserver les intérêts des parties et d'instaurer une justice contractuelle, que le juge doit avoir un rôle très important et en aucun cas, être écarté ou évincé.

L'ordonnance de 2016 vise en effet, à un renforcement de la sécurité juridique et apporter une modification radicale au système de rupture du contrat, en droit français. Il est cependant, un peu tôt de dire que l'ordonnance ait évincé le juge, car « *La modification ainsi apportée au droit positif français n'est peut-être pas si importante qu'il n'y paraît à première lecture* »⁸⁵².

⁸⁵⁰ De l'esprit des lois, Livre XI, Chapitre V.

⁸⁵¹ unilatéralisme p 593.

⁸⁵² J-F. FEDOU, Le juge et la révision du contrat, RDC, 2016, p. 382.

662. Suggestions.- Il est inadmissible d'écarter le juge du droit des contrats en général et de sa rupture en particulier, car « *Au stade de l'inexécution et des remèdes, un jeu d'équilibre des pouvoirs se met en place entre les parties et le juge. Si les contractants se voient accorder un rôle plus important, le contrat étant plus que jamais la chose des parties, le juge voit en contrepartie ses pouvoirs se densifier et s'intensifier. La politique du législateur est simple : encourager les parties à faire preuve de modération dans l'exercice de leurs libertés et de leurs prérogatives et les inviter à envisager le juge comme un dernier recours, une mesure ultime. À défaut de quoi, elles doivent se soumettre à un juge dont la boîte à outils, notamment composée de nombreux standards juridiques, lui accorde une marge de manœuvre considérable* »⁸⁵³.

Le développement de notre étude a permis de constater que, quoi qu'il arrive, le juge ne doit en aucun cas être écarté de la rupture du contrat. Il est primordial de suivre la mutation et l'évolution des rapports contractuels. L'admission de la rupture unilatérale par l'ordonnance de 2016, est une véritable progression. Il est important de laisser aux parties le choix entre rupture judiciaire et anéantissement unilatérale du contrat. Cela permettrait aux contractants de faire face à des situations d'urgence ainsi qu'à la lenteur des procédures judiciaires et aux coûts élevés de celles-ci.

Il aurait été préférable que l'ordonnance de 2016 ait admis la rupture unilatérale uniquement dans le cas où l'inexécution est totale et définitive. Car le débiteur n'aurait aucune excuse pour saisir le juge, du moment qu'il sait que la rupture du contrat sera affirmée. Il faut laisser les autres cas à l'appréciation exclusive du juge. Admettre la rupture unilatérale du contrat en cas d'inexécution, comporte des dangers. En effet, un contractant désireux de se séparer de son cocontractant, peut prétexter une inexécution pour rompre le contrat. Le débiteur cependant, n'hésitera pas à saisir le juge pour contester la décision de son partenaire. Cela reviendrait au même, car la rupture dans ce cas sera judiciaire. Il existera un risque de multiplication de saisine du juge pour contester le bien fondé d'une rupture. Il est regrettable que l'ordonnance de 2016 n'ait pas précisé les cas où l'inexécution peut être considérée comme étant grave.

L'admission de la rupture unilatérale pour inexécution, sera contrôlée par le juge. Mais contrairement à la procédure actuelle, le juge effectuera son

⁸⁵³ M. MEKKI, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, RDC, 2016, p. 400.

contrôle automatiquement après notification, sans avoir besoin d'être saisi par la partie qui subie la rupture du contrat. L'auteur de la rupture doit, informer le juge de sa décision de rompre le contrat, qui décidera par la suite de valider la rupture ou pas.

Ce contrôle systématique de la rupture unilatérale a deux avantages: D'une part il réduit considérablement la possibilité de rupture abusive et d'autre part, il garantit une protection intégrale et efficace des intérêts des parties.

Le juge doit avoir un large pouvoir et un rôle considérable en droit des contrats en générale et en rupture du contrat en particulier, car il est le garant d'une rupture juste et une sanction équitable.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

ANCEL M-É, La prestation caractéristique du contrat , Paris, Economica, 2002. ANDRE

ANDRE. M-E, DUMONT M-P et autres , L'après-contrat, Lefebvre, Paris, 2005.

ATIAS. Ch, Droit civil, Le contentieux contractuel, PUAM, 4^{ème} édition, 2008.

- Philosophie du droit, 1^{ère} éd, Presses Universitaire de France, 1999

AUBERT J- L et COLLARD-DUTILLEUIL. F, Droit des obligations, Le contrat, Dalloz, 4^{ème} édition, Paris, 2010.

BACACHE-GIBEILI. M, Traité de droit civil, t. 5, Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, 2^e éd., 2012, Économica.

BÉNABENT. A, Droit civil. Les obligations, 15^e éd., 2016, Montchrestien.

BEUDANT. Ch, Cours de droit civil français, tome 8, Le contrat et les obligations, 2^{ème} édition, 1936.

BRUN. Ph, Responsabilité civile extracontractuelle, 2^e éd., 2009, Litec.

CABRILLAC. R, Droit des obligations, 10^e éd., 2012, Dalloz.

CADIET. L, Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives, Litec, Paris, 1985.

CANIN. P, Droit civil les obligations, Hachette supérieur, 5^{ème} édition, Paris, 2011, 159 p.

CARBONNIER. J, Droit civil, t. 4, Les obligations, 22^e éd., 2000, PUF.

- Les obligations. Droit civil 4, 22^e éd., 2000, coll. Thémis, PUF.

CASTALDO. A et LEVY. J-F, Histoire du droit civil, 2^e éd., 2010, Dalloz.

- CHEVREAU. E, MUASEN. Y et BOUGLÉ. C**, Histoire du droit des obligations, 2^e éd., 2011, LexisNexis.
- COLLART DUTILLEUL. F et DELEBECQUE. Ph**, Contrats civils et commerciaux, 5^{ème} édition, Dalloz, 2001.
- DE LAUBADÈRE. A, MODERNE. F et DELVOLVÉ. P**, Traité des contrats administratifs, t. 1 et t. 2, 3^e éd., 1984, LGDJ.
- DELEBECQUE. Ph et PANSIER. F-J**, Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat, 5^e éd., 2010, LexisNexis.
- DEROUSSIN. D**, Histoire du droit des obligations, 2^e éd., 2012, Économica.
- DUGUIT. L**, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris, 1912, F. Alcan.
- FABRE-MAGNAN. M**, Droit des obligations, t. 1 : Contrat et engagement unilatéral, 3^e éd., 2012, PUF.
- Responsabilité civile et quasi-contrats, PUF, 3^{ème} éd, 2013.
- FAGES. B**, Droit des obligations, 3^e éd., 2011, LGDJ.
- FLOUR. J, AUBERT. J-L et SAVAUX. E**, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation, Armand Clon, 8^{ème} éd, 2013.
- Les obligations, 1. L'acte juridique, 15^e éd., 2012, Sirey.
 - Les obligations, t. 2, Le fait juridique, 14^e éd., 2011, Sirey.
- GHESTIN. J**, Cause de l'engagement et validité du contrat, 2006, LGDJ.
- GHESTIN. J, JAMIN. C et BILLIAU. M**, Les effets du contrat, 3^e éd., 2001, LGDJ.
- GHESTIN. J**, La formation du contrat, T2, 4^e éd, 2013, LGDJ.
- GONOD. P, MELLERAY. F et YOLKA. P**, Traité de droit administratif, t. 2, 2011, Dalloz.
- GRYNBAUM. L et NICOD. M (dir.)**, Le solidarisme contractuel, 2004, Économica.

GUETTIER. C, Droit des contrats administratifs, 3^e éd., 2011, PUF.

KHALVADJIAN. B, ROUVIERE. F, Droit des obligations, Armand Colin, Paris, 2010.

LARROUMET. Ch, Droit civil, Les obligations, Le contrat, Economica, 6^{ème} éd, 2007.

LE TOURNEAU. Ph et ALII, Droit de la responsabilité et des contrats, 9^e éd., 2012-2013, Dalloz Action.

MALAURIE. Ph, AYNÈS. L et STOFFEL-MUNCK. Ph, Droit civil. Les obligations, 6^e éd., 2013, Defrénois.

MALAURIE. Ph, MORVAN. P, Introduction au droit, LGDJ, 2016.

MALINVAUD. Ph et FENOUILLET. D, Droit des obligations, 12^e éd., 2012, LexisNexis.

MARCADÉ. V, Explication théorique et pratique du code civil, t. 4, 7^e éd., 1873, Delamotte.

MARTY. G et RAYNAUD. P, Droit civil. Les obligations, t. 1, Les sources, 2^e éd., 1988, Sirey.

MAZEAUD. H et L et CHABAS. F, Leçons de droit civil, t. II, vol. 1^{er}, Obligations, 9^e éd. par CHABAS, 1998, Montchrestien.

OPPETIT. B, Droit et économie, Archives de Philosophie du Droit, t 37, 1992.

ORNU. G, Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, 9^{ème} édition, Montchrestien, 1999.

PLANIOL. M et RIPERT. G, Traité pratique de droit civil français, t. V, 2^{ème} éd. par TRASBOT et LOUSSOUARN, LGDJ.

PORCHY-SIMON. S, Les obligations, Dalloz, 7^{ème} éd, 2012.

POTHIER. R-J, Traité des obligations, préf. HALPÉRIN, 2011, Dalloz.

RAMPELBERG. R-M, Repères romains pour le droit européen des contrats, 2005, LGDJ.

RANOUIL. V, L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept, 1980, PUF.

RICHER. L, Droit des contrats administratifs, 8^e éd, 2012, LGDJ.

ROCHFELD. J, Les grandes notions du droit privé, 2011, PUF.

SALEILLES. R, De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, 1901, F. Pichon.

SAUPHANOR-BROUILLAUD. N, Les contrats de consommation : règles communes, LGDJ, 2012.

SÉRIAUX. A, Droit des obligations, 2^e éd, 1998, PUF.

STARCK. B, ROLAND. H et BOYER. L, Droit civil. Les obligations, t. 2, 3^e éd, 1989, Librairies techniques.

- Obligations, t. 1, Responsabilité délictuelle, 5^e éd, 1996.

TERRÉ. F (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, 2008, Dalloz.

TERRÉ. F, SIMLER. Ph et LEQUETTE. Y, Droit civil : les obligations, 11^e éd, 2013, Dalloz.

MARTIN. X, Nature humaine et Révolution française, du siècle des Lumières au Code Napoléon, 2^e éd, 2002, DMM.

OUVRAGES SPECIAUX ET THESES

ABERKANE. H, Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem, thèse Alger, 1955.

AI ACHKAR. R, La clause de Hardship et clause d'amicable composition, thèse Université Panthéon-Assas (Paris), 2010.

ALTER. M, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, thèse Grenoble, LGDJ, 1972.

ANCEL. M-E, La prestation caractéristique du contrat, Economica , Paris, 2002.

ANDREU. L, La réforme du régime général des obligations, Dalloz, 2011.

ANTONMATTEI. P-H, JACQUES RAYNARD. J, Contrats spéciaux, Litec, 8^{ème} Paris, 2015.

ATIAS. Ch, Le contrat dans le contentieux judiciaire, Litec, 5^{ème} édition, Paris, 2010.

- Précis élémentaire de contentieux contractuel, PUAM, Aix-en-Provence, 2001.

BAKOUCHE. D, L'excès en droit civil , LGDJ, 2004.

BEIGNIER. B, L'honneur et le droit, 1995, LGDJ. -

BÉNABENT. A, La chance et le droit, 1973, LGDJ.

BERLIOZ. G, Le contrat d'adhésion, 1973, LGDJ.

BERTHIAU. D, Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, LGDJ, Paris, 1999.

BERTRAND, L'opposabilité du contrat aux tiers, thèse Paris II, 1979.

BOURRIER. Ch, La faiblesse d'une partie au contrat, Académia Bruylant, 2003.

BOYER. G, Recherche historique sur la résolution des contrats : origines de l'article 1184 du code civil, PUF 1924.

BRES. A, La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, Litec, Paris, 2009.

BUCHER. C-E, L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, thèse Paris Panthéon, Dalloz, 2011.

CABAS. F, Les clauses de hardship, thèse Montpellier, 1981.

CABRILLAC. R, L'acte juridique conjonctif en droit privé français, 1990, LGDJ.

CAPITANT. H, TERRE. F et autre, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T 2, Obligations, contrats spéciaux, sûretés, Dalloz, 13^{ème} édition, Paris, 2015.

CHABAS. C, L'inexécution licite du contrat, LGDJ, Paris, 2002.

CHANTEPIE. G, La lésion, 2006, LGDJ.

- La responsabilité des tiers impliqués dans la conclusion d'un contrat déséquilibré, Études offertes à Geneviève Viney, LGDJ ; Lextenso, 2008.

CHÉNEDE. F, Les commutation en droit privé, thèse Paris II, 2007.

CONSTANTINESCO. L-J, Inexécution et faute contractuelle en droit comparé, Librairie encyclopédique, Bruxelles, 1960.

CORGAS-BERNARD. C, La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, PUAM, Aix-en-Provence, 2006.

CORNU. G, Vocabulaire juridique, 11^{ème} éd, PUF, 2016.

CUNIBERTI. G, La faible attractivité internationale du droit français des contrats, Les relations privées internationales Dédicataire : Bernard Audi, LGDJ ; Lextenso, 2014.

DADOUN. A, La nullité du contrat et le droit pénal, 2011, LGDJ.

DAVASSE-BONTE. C, Le rôle du juge dans la rupture du contrat, thèse Toulouse I, ANRT, 2009.

DELOBEL. C, L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation, thèse Nice, ANRT, 2012.

DOUCHY. M, La notion de quasi-contrat en droit civil français, 1997, Economica.

DUBIGEON. A, Le concours de qualités juridiques sur la tête d'une même personne dans les rapports d'obligation, thèse, Nantes, 2005.

ENCIANAS DE MUNAGORRI. R, L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, LGDJ, Paris.

ETIENNEY. A, La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation, 2008, LGDJ.

FAGES. B, le comportement du contractant, PUAM. 1997.

FIN-LANGER. L, L'équilibre contractuel , LGDJ, Paris, 2002.

FROSSARD. J, La distinction des obligations de moyens et de résultat, 1965, LGDJ.

GAUDU. F, VATINET. R et autres, Traité des contrats, Les contrats du travail, contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux, LGDJ, Paris, 2001.

GENICON. T, La résolution du contrat pour inexécution, 2007, LGDJ.

GHESTIN. J, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, LGDJ, Paris 1963.

GHOZI. A, La modification de l'obligation par la volonté des parties, préf. D. Tallon, 1980, LGDJ.

- La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français, LGDJ, 1980.

GILSON. B, Inexécution et résolution en droit anglais, LGDJ, Paris, 1969.

GINOSSAR. S, Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, 1960, LGDJ.

GOLDIE-GENICON. C, Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, 2009, LGDJ.

- Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, LGDJ, Paris, 2009, 674 p.

GOUNOT. E, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse Dijon, 1912.

GOUTAL. J-L, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, LGDJ, 1981.

GRYNBAUM. L, Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, LGDJ, Paris, 2004.

GUERLIN. G, L'attente légitime du contractant, thèse Amiens, 2008.

GUYENOT. J, La rupture abusive des contrats à durée indéterminé, la tendance à la stabilité du rapport contractuel, LGDJ, 1960.

HELLERINGER. G, Les clauses du contrat. Essai de typologie, 2012, LGDJ.

HIEZ. D, Le contrat d'association et le contrat de coopération, Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux, Dalloz ; LGDJ, 2009,269-283.

HOUIN. R, La distinction des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux, thèse Paris, 1937.

HUET. J, Responsabilité contractuelle et délictuelle, essai de délimitation des deux ordres de responsabilité, thèse Paris II , 1978.

JAMIN. C et MAZEAUD. D, L'harmonisation du droit des contrats en Europe, economica, Paris, 2001.

- La nouvelle crise du contrat, Dalloz, Paris, 2003.

- (sous la dir. de), L'unilatéralisme et le droit des obligations, 1999, Economica.

JAMIN. C, Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence, l'unilatéralisme et le droit des obligations, études juridique, Economica, Paris, 1999.

JÉGOUZO. L, L'application de la force majeure en droit des contrats, À propos des contrats des personnes publiques, Dédicataire : Laurent Richer, LGDJ ; Lextenso, 2013.

KAHN. Ph, La notion de l'aléa dans les contrats, thèse Paris, 1925.

LABARTHE, La notion de document contractuel, 1994, LGDJ.

LAFaix. J-F, La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat, À propos des contrats des personnes publiques, Dédicataire : Laurent Richer, LGDJ ; Lextenso, 2013.

LAITHIER. Y- M, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, Paris, 2004.

LAOUANI. Z, Le juge et la résolution du contrat, thèse Lille II, ANRT, 2001.

LASBORDES. V, Les contrats déséquilibrés, t1 et t2, PUAM, Aix-en-Provence, 2000.

LATINA. M, Essai sur la condition en droit des contrats, 2009, LGDJ.

LE GAC-PECH. S, MUIR WATT H, La proportionnalité en droit privé des contrats , LGDJ, Paris, 2000.

LEMAY, Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme, thèse Lille II, 2012.

LEWKOWICZ. G, XIFARAS. M, Repenser le contrat, Dalloz, Paris, 2009.

LIBCHABER. R, Recherches sur la monnaie en droit privé, 1992, LGDJ.

LOKIEC. P, Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, 2004, LGDJ.

LUCAS-PUGET, Essai sur la notion d'objet du contrat, 2005, LGDJ.

MAKKI. M, L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, Paris, 2004.

MALIN-SOUCRAMANIEN, le juge des référés et le contrat, PUAM, Aix en Provence, 2000.

MAZEAUD. D, La clause pénale, 1992, LGDJ. - MIRABAIL, La rétractation en droit privé français, 1997, LGDJ.

MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, thèse Lyon, 1947.

MOURALIS. J-L, La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires, thèse Grenoble, 1968.

NAJJAR. I, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, 1967, coll. Bibl. de droit privé, LGDJ.

NANA. G-J, La réparation des dommages causés par les vices d'une chose, thèse Paris, LGDJ.

NECHITCH. D, L'action en résolution dans le contrat, thèse 1909.

NOBLOT. C, LABARTHE. F, La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative, LGDJ, Paris, 2002.

OSMAN. F, Les principes généraux de la lex mercatoria, 1992, LGDJ.

OVERSTAKE. J- F, Essai de classification des contrats spéciaux, LGDJ, 1969.

PANCRAZI-TIAN. M-E, La protection judiciaire du lien contractuel, Thèse Aix En Provence, PUAM, 1969.

PAULIN. C, La clause résolutoire, LGDJ, Paris, 1996.

PEGLION-ZIKA, La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation, thèse Paris II.

PEI-HENG CHANG. M, La résolution du contrat pour inexécution : étude comparative du droit français et du droit chinois, thèse Aix En Provence, PUAM, 2005, p. 28.

PEISS. L, Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais, PUA M, Aix en Provence, 2003.

PENIN. O, La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision, 2012, LGDJ.

PICOD. Y, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat , LGDJ, Paris, 1989.

PORUMB. O, La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale : Essai d'une théorie générale, thèse Paris, Les Presses modernes, 1937.

PRIETO. C, Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, Aix en Provence, 2003.

REMY-CORLAY. P, **EENOUILLET. D**, Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, Paris, 2003.

RIEG. A, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, préf. R. Perrot, 1961, LGDJ.

RIGALLE. C, La résolution partielle du contrat, Dalloz, Paris, 2003.

RIPERT. V-L, La réparation de préjudices dans la responsabilité délictuelle, thèse Paris, 1933.

ROCHFELD. J, Cause et type de contrat, LGDJ, Paris, 1999.

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

- La force obligatoire du contrat : rapport français, dans TALLON et HARRIS (dir.), Le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaise, 1987, LGDJ.

ROUJOU DE BOUBÉE. G, Essai sur l'acte juridique collectif, 1961, LGDJ.

ROUJOU DE BOUBÉE. M, Essai sur la notion de réparation, thèse Toulouse I, LGDJ, Paris, 1974.

ROUVIÈRE., Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution, PUAM, 2005, Thèse Aix en Provence, préf. ATIAS.

SAGUES. M-L, La rupture unilatérale du contrat, thèse Paris, 1937.

SAUPHANOR. N, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, LGDJ, Paris, 2000.

SAVATIER. R, L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUF, 1986.

SCIOLDO ZURCHER. U-J, La résolution des contrats au cas d'inexécution partielle, thèse, Paris, 1934.

SEFTON-GREEN. R, La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise, thèse Paris I, 1997, Préf. J Ghestin, Paris, LGDJ. 2000.

SIRI. A, Le mutuus dissensus. Notion, domaine, régime, thèse Aix-Marseille III, 2011.

SONET. A, Le préavis, le préavis en droit privé ; PUAM 2003.

SOON-KOO. M, La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français , LGDJ, 1996.

STARCK. B, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et peine privée, thèse paris, L. Rodstein, 1947.

TEYSSIE. B, Les groupes de contrats, LGDJ, Paris, 1975.

VAN DAI. D, Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français, thèse Aix En Provence, préf J. MESTRE, PUAM , 2004,

WICKER. G, Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, 1997, LGDJ.

ARTICLES, CHRONIQUES ET NOTES

AMRANI-MEKKI. S, Droit des contrats Janvier2008- janvier 2009, Recueil Dalloz Sirey, 28 janvier 2010, n°4, P. 224-235.

- Droit des contrats Janvier2012- janvier 2014, Recueil Dalloz Sirey, 13mars 2014, n° 10, P.630-641.

- Droit des contrats. Octobre 2009-novembre 2010, Recueil Dalloz Sirey, 17 février 2011, n°7, P. 472-485.

- Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ?, JCP 2008, n° 27, I, 160.

AMRANI-MEKKI. S, MEKKI. M, Droit des contrats Janvier 2012- janvier 2013, Recueil Dalloz Sirey, 14 février 2013, n°6, p.391-401.

- Droit des contrats Janvier 2014- janvier 2015, Recueil Dalloz Sirey, 05 mars 2015, n°9, p. 529-543.

AMSELEK. P, L'acte juridique à travers la pensée de C. Eisenmann, Archives Phil. dr., t. 32, 1987. 304 s.

- Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen, RRJ 1999. 37 s.

ANCEL. P, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999. 771 et s.

- Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999. 771.

ANTONMATTÉI. P-H, Ouragan sur la force majeure, JCP 1996. I. 3907.

ARLIE. D, La résolution du contrat de rente viagère, RTD civ. 1997. 855.

ASTAIX. A, Régulation financière européenne : proposition de résolution, Recueil Dalloz Sirey, 24 juin 2010, n°24, P. 1481.

ASTAIX. A, Vente à distance et démarchage à domicile : publication de la directive, D. 2011. Chron. 2926 s.

AUBERT DE VINCELLES. C, Double harmonisation du droit européen des contrats : instrument optionnel et directive-cadre, RTD eur. 2011. 621 et s.

- Harmonisation totale et directive relative à la responsabilité des produits défectueux, RDC 2009. 1448 s.

- Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente, JCP 2011. 1376.

- L'acquis communautaire : les sanctions de l'inexécution du contrat, 2006, Economica.
- Naissance d'un droit commun communautaire de la consommation, RDC 2009. 578 s.
- Pour une généralisation encadrée de l'abus dans la fixation du prix, D. 2006. 2629 et s.

AUBERT. J-L, L'aléa et l'assurance sur la vie, in Responsabilité civile et assurances. Études offertes à Hubert Groutel, 2006, Litec, p. 13 s.

AYNÈS. L, À propos de la force obligatoire du contrat, RDC 2003. 323 s.

- La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, 1984, Economica.

BAKOUCHE. D, L'articulation des résolutions unilatérale et conventionnelle, JCP E Semaine Juridique, 07 avril 2014, n°14, P.650-652.

BARBIER. H, Dommages-intérêts ou nullité pour dol : deux demandes distinctes, RTD Civ, 2015 p.867.

- Clause pénale et période de formation du contrat, RTD Civ. 2014, p.111.
- La force de la mention « de plein droit » des clauses résolutoires, RTD Civ. 2015 p.875.
- Le créancier de deux codébiteurs d'obligations indivisibles peut-il résilier le contrat à l'égard d'un seul ? ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 11 septembre 2013, pourvoi numéro 12-13.879, RTD Civ, 01octobre 2013, n°4, 841.
- Une résiliation unilatérale irrégulière requalifiée de proposition de résiliation bilatérale, RTD Civ. 2015 p.879.

BECQUÉ-ICKOWICZ. S, Le parallélisme des formes en droit privé, 2004, éd. Panthéon-Assas.

BEHAR-TOUCHAIS. M, La rupture d'une relation commerciale établie, LPA n° 203, 9 oct. 2008, p. 9 s.

BEHAR-TOUCHAIS. M, Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le code de commerce, RDC 2009. 1258 s.

BÉLISSANT. J, Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, préf.

BELLIVIER. F et SEFTON-GREEN. R, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 91 s.

BENSAUDE. D, Clause de résolution des litiges, à tiroirs ; Note sous Cour d'appel de Douai, première section, deuxième Chambre, 27 juin 2013, arrêt numéro 12/03177, *La Gazette du Palais*, 27 septembre 2013, n°270-271, P.20-21.

- Dommages-intérêts non compensatoires et ordre public international ; Note sous Cour d'appel de Paris, Premier Pôle, Première Chambre, 30 juin 2015, arrêt numéro 14/12333, *La Gazette du Palais*, 05 décembre 2015, n° 338-339, p. 19-20.

BENSOUSSAN. A, BENSOUSSAN-BRULE. V, Clause limitative de responsabilité : la Cour de cassation tranche dans l'affaire Oracle ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 29 juin 2010, Société Faurecia sièges automobiles contre Société Oracle France, pourvoi numéro 09-11841, *La Gazette du Palais*, 20 octobre 2010, n° 295-296, P. 32-34.

BERGÉ. J-S, Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ?, RDC 2012. 569 s.

BERLIN. D, Un contrat n'a pas besoin d'être conclu à distance pour être un contrat conclu par un consommateur, JCP E Semaine Juridique, 24/09/2012, n°39, P.1733.

BLANC. N, Les clauses relatives à l'exécution et à l'inexécution, JCP N Semaine Juridique, 20 octobre 2015, n° 47, p. 44-48.

- Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés, 2010, Dalloz.

BLOCH. C, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ. 1988. 673 s.

BLOCH. C, STOFFEL-MUNCK. Ph, Responsabilité civile, JCP N Semaine Juridique, 11 avril 2011, n°15, p. 712-719.

BOFFA. R, Pas de force majeure pour les obligations de somme d'argent, JCP N Semaine Juridique, 03 avril 2015, n° 14, p. 33-34.

BOILLOT. C, L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires, RTD com. 2010, 243 s.

BOISMAIN. C, Étude sur l'évaluation des dommages-intérêts par les juges du fond, Petites affiches, 2007, p. 7.

BORRICAND. J, La clause résolutoire expresse dans les contrats, RTD civ. 1957. 433, n° 1.

BOUCARD. H, Article 1218 : la force majeure contractuelle, RDC, 2016, n° 3, p. 779.

- Les instruments internationaux d'unification : concurrence ou modèle pour les droits nationaux, in Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe : quelles perspectives pour quel équilibre ? [Colloque de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV], sous la dir. de G. WICKER, 2008, LexisNexis, p. 21 s.

BOULOC. B, Exécution ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 30 mai 2012, Cour de cassation, première Chambre civile, 28 juin 2012, Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 16 mai 2012, Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 mai 2012, Cour de cassation, première Chambre civile, 28 juin 2012, Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 mai 2012, RTD Civ, 01 juillet 2012, n°3, P. 606-608.

BOURGEOIS. C, Loi de sauvegarde des entreprises et acquisition de la clause résolutoire en cas de procédure collective du preneur à bail commercial, JCP E 2009. 1382.

BOUSTANI. D, La réparation intégrale et les règles de procédure : principe prétendu ou droit effectif ?, Recueil Dalloz Sirey, 13février 2014, n° 6, p. 389-395.

BOYER. L, La clause de dédit, Mélanges Raynaud, 1985, Dalloz, p. 43 s. - S. BROS, Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, D. 2009. 960.

BRUN. P, La possibilité reconnue par la Cour de cassation d'une dérogation conventionnelle prévoyant l'exécution forcée d'une promesse unilatérale de vente ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 27 mars 2008, pourvoi numéro 07-11.721, *Revue des contrats*, 01 janvier 2009, n° 2009/1, p. 143-147.

BUCHBERGER. M, Le rôle de l'article 1315 du code civil en cas d'inexécution d'un contrat, *Recueil Dalloz Sirey*, 17/02/2011, n°7, P.465-471.

- Le contrat d'apport, essai sur la relation entre la société et son associé, 2011, éd. Panthéon-Assas.

BUSTIN. O, Les présomptions de prévisibilité du dommage contractuel, *Recueil Dalloz Sirey*, 26 janvier 2012, n° 4, p. 238-243.

CASTON. A, Réforme du droit des contrats et marchés privés de travaux, *Gaz. Pal*, 2016, n° 28, p. 46.

- Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006, La Documentation française.

- Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, *D.* 2006. Chron. 535 s.

CATALA. P, La réforme du droit des contrats : projet et perspectives, *RDC* 2006, n° 1.

- Le droit des contrats, Perspectives européennes et réformes internes, *Dr. et patr.*, oct. 2008.

Cent ans de responsabilité civile, *Gaz. Pal.* 24 oct. 2000.

CHABAS. F, La réforme de l'astreinte, *D.* 1992, chron. 299

CHAGNY. M, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, 2004, Dalloz.

- Un an de droit des contrats de distribution, *Journ. sociétés* 2008, n° 51, p. 60 s.

CHAUVIRÉ, L'acquisition dérivée de la propriété, thèse, Paris I, 2009.

CHAZAL. P et VICENTE. S, Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil, RTD civ. 2000, 477 s.

CHAZAL. P, Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin, dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), La nouvelle crise du contrat, 2003, coll. Thèmes et Documentaires, Dalloz, p. 99 s.

CHÉNEDÉ. F, le contrat d'adhésion, RDC 2012 , 1017 s.

- Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles, RDC 2011. 709 s.

CHONÉ-GRIMALDI. A-S, La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, CCC 2012. 5 s., n° 4.

COLLART-DUTILLEUL. F, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, 1988, Sirey.

- Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ?, dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), La nouvelle crise du contrat, 2003, coll. Thèmes et Documentaires, Dalloz, p. 225 s.

COMPARATO. F-K, Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé, 1964, Dalloz.

CORDIER-CUISINIER. A-S, Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner (Essai sur les causes d'une controverse doctrinale), RTD civ. 2005. 521 .

- Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner, RTD civ. 2005. 521 s.

COUTANT-LAPALUS. C, Variations autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère, LPA 26 févr. 2002, n° 41, p. 15.

DAGORNE-LABBE. Y, La résolution emporte anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur, JCP E Semaine Juridique, 26 octobre 2005, n°43, P. 2021.

DE JUGLART. M, Obligation réelle et servitudes, thèse, Bordeaux, 1937. - Ph. le TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action 2008-2009, n° 2709 et s.

DE RAVEL d'ESCLAPON. P-F, Deux arrêts rendus à New York invoquent l'inexécution anticipée comme motif de résolution unilatérale extrajudiciaire, Bull. Joly Bourse 1^{er} oct. 2008, n° 5, p. 430, n° 55.

DEBET. A, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, 2002, Dalloz.

DEFFERRARD. F, Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère, D. 1999. Chron. 364 .

DELEBECQUE. P, Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature, Dr. et patr. mai 2004. 56 ; L'anéantissement unilatéral du contrat, in C. JAMIN et D. MAZEAUD (sous la dir. de), L'unilatéralisme et le droit des obligations, 1999, Études juridiques, t. 9, Economica, p. 61.

DELGRANGE. O et BUCCIANO. M, Quelques réflexions sur la force majeure en matière contractuelle, Gaz. Pal. 2004. 1. Doctr. 214.

DEMOGUE. R, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, RTD civ. 1907. 243.

DESBARATS. I, Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, JCP 2003. I. 112.

DESHAYES. O, La sanction de la résiliation fautive d'un contrat à durée déterminée ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 mai 2011, pourvoi numéro 10-15.884, Revue des contrats, 01 octobre 2011, n°2011/4, P.1176-1182.

- Les cocréanciers doivent-ils agir ensemble pour mettre en œuvre les sanctions de l'inexécution contractuelle? ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 22 mars 2012, pourvoi numéro 09-72.792, Revue des contrats, 01 juillet 2012, n°2012/3, P. 795-806.

-Les restitutions consécutives à la résolution de la vente d'une chose viciée ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 19 février 2014, pourvoi numéro 12-15.520, Cour de cassation, première Chambre civile, 19 février 2014, pourvoi numéro 12-13.668 et Cour de cassation, première Chambre civile, 19 février 2014, pourvoi numéro 12-13.668, Revue des contrats, 01 décembre 2014, n° 2014/3, P. 374-377.

- Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles, RDC 2011, n° 726-745.

- L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle-Rapport français, Revues des contrats, 01 juillet 2010, 2010/3, p. 1139-1151.

DEUMIER. P, Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques, RTD civ. 2009. 77 s.

- Les principes Unidroit ont dix ans : bilan en demi-teinte, RDC 2004. 774 s.

DIDRY. C, L'abus de droit : une notion sans histoire ?, in L'abus de droit, Comparaisons franco-suisses, 2001, PU Saint-Étienne.

DIESSE. F, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, Archives Phil. dr., t. 48, 1999. 259 s.

DONDERO. B, De la condition potestative licite, RTD civ. 2007. 677 s.

DUBARRY. J, Hiérarchiser n'est pas choisir : du bon usage de l'option entre actions rédhitoire et estimatoire en présence d'un vice caché, JCP E Semaine Juridique, 13 octobre 2014, n°42, 1829-1832.

DUPICHOT. J, La prétendue « résolution amiable », Gaz. Pal. 1983. 1. Doctr.215.

EL BADAWA. L, Les restitutions consécutives à l'exercice de l'action rédhitoire, Les petites affiches, 20 mai 2014, n°100, P.8-14.

ESMEIN. F, Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, RTD civ. 1933. 627.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE. A, Menace sur les clauses ayant vocation à survivre à la résolution du contrat, Recueil Dalloz Sirey, 05juillet 2012, n°26, P.1719-1723.

FABRE-MAGNAN. M, Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996. 85 .

- L'engagement du promettant - Engagement au contrat préparatoire, RDC 2012, n° 2012/2, p. 633-649.

- Réforme du droit des contrats : « un très bon projet », JCP 2008. I. 199 ;
Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996. 85 s.

FAGES. B, Des contractants privés de résolution ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 19 mai 2010, pourvoi numéro 09-13.296 et Cour de cassation, première Chambre civile, 20 mai 2010, pourvoi numéro 09-10.086, RTD Civ, 01 juillet 2010, n°3, P.554-555.

- La clause résolutoire n'échappe pas à la loi de la loyauté, RTD Civ. 2012 p.727.

- Le comportement du contractant, 1997, PU Aix-Marseille.

- Les clauses de résiliation unilatérale échappent à la loi de la gravité, RTD Civ. 2012 p.726.

- L'option de l'article 1184, alinéa 2, du code civil, érigée au rang de choix définitif, RTD Civ, 2011 p.762.

- Quels dommages-intérêts le contractant peut-il obtenir sur le fondement du dol quand il fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat ?, RTD Civ. 2012 p.725.

- Rupture unilatérale pour comportement grave et modalités formelles de résiliation contractuelle, RTD Civ. 2014 p.118.

- Validité d'une clause écartant par avance la résolution judiciaire ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 3 novembre 2011, pourvoi numéro 10-26.203, RTD Civ, 01 janvier 2012, n°114-115.

- La résolution suppose l'inexécution d'une obligation contractuelle, RTD Civ, 01 octobre 2009, n°4, p.720.

FAMILY. R, La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme, D. 2013. Chron. 1558 s.

FARJAT. G, Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée, in Les transformations de la régulation juridique, 1998, coll. Droit et société, LGDJ, p. 151 s.

- Réflexions sur les codes de conduite privés, in Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman, 1982, Litec, p. 51 s.

FAURE- ABBAD. M, La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala, 18 janvier 2007, Recueil Dalloz Sirey, n° 3, p. 165-173.

- La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala, Recueil Dalloz Sirey, 18/01/2007, n °3. P. 165-173

- La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala, Recueil Dalloz Sirey, 18 janvier 2007, n°3, p. 165-173.

BEAUGENDRE. S, Effet suspensif de la force majeure et responsabilité subséquente, Recueil Dalloz Sirey, 07 décembre 2006, 43, p. 2972-2976.

FAUVAQUE-COSSON. B, La réforme du droit français des contrats : perspective comparative, Revue des contrats, 01 janvier 2006, n °2006/01, P.147-166.

FAUVARQUE-COSSON. B, MAZEAUD. D, L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétique dans l'univers contractuel, Les petites affiches, 24 juillet 2006, n°146, P.3-11.

FAUVARQUE-COSSON. B, La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats, RDC 2005. 1215 s.

FAUVARQUE-COSSON. B, Le changement des circonstances, RDC 2004. 67 s.

- Réflexions sur le principe de subsidiarité en droit communautaire des contrats, Constitutions 2010. 87 .

- Vers un droit commun européen de la vente, D. 2012. 34 s.

FOREST. G, Essai sur la notion d'obligation en droit privé, 2012, Dalloz.

GABET-SABATIER. C, Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations, RTD civ. 1980. 39.

GAHDOUN. P-Y, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, 2008, Dalloz.

GAUDU. F, L'exigence de motivation en droit du travail, RDC 2004. 566.

GAUTIER. P-Y, Crise du contrat... ou crise des juge et de la doctrine, RDC 2003. 277 s.

GEBLER. M.-J, Les obligations alternatives, RTD civ. 1967. 1.

GENICON. T, Des dangers de la rupture unilatérale du contrat : résolution sur résiliation extrajudiciaire ne vaut ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile 19 mai 2010, pourvoi numéro 09-13.296, Revue des contrats, 01 octobre 2010, n°2014/4, P.1215-1219.

- La faute du créancier comme nouvelle limite à l'exécution forcée en nature ? ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 2 octobre 2013, pourvoi numéro 12-19.887, Revue des contrats, 01 juillet 2014, n°2014/2, p. 171-175.

- Les conséquences de la résolution pour inexécution : la question de l'indemnité d'usage de la chose restituée, RDC 2008. 255 s.

- Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 27 mars 2012, pourvoi numéro 11-11.798 et Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 février 2012, pourvoi numéro 10-20.937, Revues des contrats, 01 juillet 2012, n° 2012/3, p. 773-781.

- Retour sur l'option entre exécution forcée et résolution : un revirement de jurisprudence regrettable ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 20 janvier 2010, pourvoi numéro 09-65.272, Revue des contrats, 01 juillet 2010, n° 2010/03, P.825-834.

- Sanction de la violation de la procédure contractuelle de résiliation ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 15 novembre 2011, pourvoi numéro 10-27.838, 01 juillet 2012, n° 2012/3, P. 787-793.

GÉNY. F, De l'application de l'article 1657 du code civil aux ventes de bois sur pied entre particuliers, JCP 1944. I. 396, spéc. n° 12. - B. GORCHS, Le

relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée, D. 2010. 1300.

GHESTIN. J et BILLIAU. M, Contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation, JCP 2001. I. 219.

GHESTIN. J, La notion de contrat, D. 1990. Chron. 147.

- L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution des contrats à exécution successive, in Mélanges offerts à Pierre Raynaud, 1985, Dalloz-Sirey, p. 203 s.

- L'utile et le juste dans les contrats, D. 1980. Chron. 1 s.

- Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, D. 1981. Chron. 13 s., n° 1.

GHESTION. J, BARTHEZ A-S; GROSSER. P, Droit des contrats, JCP E Semaine Juridique, 16 janvier 2012, n°3, P.112-119.

- Droit des contrats, JCP E Semaine Juridique, 17 janvier 2011, n°3, P.126-133.

- Droit des contrats, JCP E Semaine Juridique, 04 octobre 2010, n°3, P.1858-1865.

GHOZI. A et LEQUETTE. Y, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, D. 2008. Chron. 2609 s.

GOUT. O, L'exécution en nature du contrat : fondements substantiels et contraintes processuelles, Recueil Dalloz Sirey, 19 avril 2007, n° 16, p. 1119-1122.

GRATTON. L, Le dommage déduit de la faute, RTD Civ, 01 avril 2013, n° 2, p. 275-298.

GRIDEL. J-P, LAITHIER. Y-M, Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux, JCP E Semaine Juridique, 21 mai 2008, n° 21, P. 13-21.

- (sous la dir. de), Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux, JCP 2008. I. 143.

GRIMALDI. C, Quasi-engagement et engagement en droit privé, 2007, Defrénois.

GRIMALDI. M, La clause résolutoire, en cas d'inexécution des charges, apposée à une donation est valable, RTD Civ. 2013 p.880.

GROSSER. P, La réforme en pratique. La résolution pour inexécution du contrat, JCP E Semaine Juridique, 01 avril 2014, n°1, P.26-27.

- Observations de Paul Grosser, Les petites affiches, 01 septembre 2015, n°176, P.78-95.

GUÉGUEN. J-M, Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D. 1999. Chron. 352.

GUELFUCCI-THIBIERGE. C, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997. 357.

GUEVEL. D, Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats – Propos introductifs, RDC, 2016, n° 2, p. 352.

HAUSSER. J, Dommages-intérêts et divorce pour acceptation du principe, RTD Civ. 2015 p.860.

- Dommages-intérêts sur l'article 266 : gravité exceptionnelle, RTD Civ. 2014 p.349.

HEUZÉ. V, Le technocrate et l'imbécile. Essai d'explication du droit européen de la vente, JCP 2012. Doctr. 750.

- Un monstre et son régime : le contrat commutatif d'assurance sur la vie, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot, 2010, LGDJ, p. 193 s.

HOCQUET-BERG. S, Survie de la clause pénale à la caducité d'une promesse de vente, JCP E Semaine Juridique, 04 octobre 2010, n° 40, P. 1835-1837.

HONORAT. J, Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, RTD civ. 1969. 653.

HONTEBEYRIE. A, La résolution du contrat et la clause de résiliation anticipée-Conjectures sur les dessous d'un arrêt ; Note sous Cour de

cassation, Chambre commerciale, 3 mai 2012, pourvoi numéro 11-17.779, JCP E Semaine Juridique, 06 septembre 2012, n°36, P.31-34.

- La résolution du contrat et la clause de résiliation anticipée, JCP E Semaine Juridique, 27 juillet 2012, n°35, P. 1501-1504.

HOUTCIEFF. D, Les bonnes résolutions se pratiquent de bonne foi ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 10 novembre 2010, Société Stock contre SCI Micnat, pourvoi numéro 09-15.937, La Gazette du Palais, 12/01/2011, n° 12-13, P. 24.

- De l'étendue des restitutions en cas de résolution de la vente ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 10 février 2015, pourvoi numéro 13-24.501, La Gazette du Palais, 09 juillet 2015, n° 189-190, P. 19.

- Le principe de cohérence en matière contractuelle, 2001, PU Aix-Marseille.

- Les dommages et intérêts contractuels, actes de prévision... ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 28 avril 2011, SNCF contre Époux X., pourvoi numéro 10-15.056, La Gazette du Palais, 03 août 2011, n° 215-216, p. 20-21.

HUET. J, Des différentes obligations et, plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, inMélanges GHESTIN, LGDJ 2001, p. 425.

- Des distinctions entre les obligations, RDC 2006. 89 s.

- Les contrats internationaux et les nouveaux principes Unidroit : une nouvelle Lex mercatoria ?, LPA 10 nov. 1995, n°135, p. 8.

IZORCHE. M-L, L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, 1996, PUAM.

- L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, 1995, PU Aix-Marseille.

JACQUES. Ph, Regards sur l'article 1135 du code civil, 2005, Dalloz. - JUILLET, Les accessoires de la créance, 2009, Defrénois.

- Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources, in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin

du xx^e siècle, À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges offerts à Philippe Kahn, 2000, Litec, p. 75 s.

JAMIN. C, Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, Dr. et patr., mars 1998. 46 s.

- Le droit des contrats, saisi par les droits fondamentaux, dans LEWKOWICZ et XIFARAS (dir.), Repenser le contrat, 2008, Dalloz, p. 175 s.

- Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique, in Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle, 2002, Bruylant-LGDJ, p. 451 s.

- Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence, in C. JAMIN et D. MAZEAUD (sous la dir. de), L'unilatéralisme et le droit des obligations, Études juridiques, t. 9, 1999, Economica, p. 71.

- Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin, 2001, LGDJ, p. 441 s.

- Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, D. 2002. Chron. 901 s.

JEANDIDIER. W, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, RTD civ. 1976. 700.

JOSSERAND. L, L'essor moderne du concept contractuel, in Recueil d'études sur les sources du droit : en l'honneur de François Génay, t. 2 : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, 1934, Sirey, p. 333 s.

JOURDAIN. P, À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution, Mélanges le Tourneau, 2008, Dalloz, p. 449 s.

- La mise en demeure n'est pas exigée pour l'allocation de dommages-intérêts en matière contractuelle ; Note sous Cour de cassation, Chambre mixte, 6 juillet 2007, société Château de Soubeyran contre SARL Dell K star, pourvoi numéro 06-13.823, RTD Civ 01 octobre 2007, n°4, p. 787-789.

- Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas manquer une occasion de progrès, D. 2003. Chron. 4.

- Réparation du préjudice moral d'un établissement public, RTD Civ. 2014 p.122.

JUVENAL. J , Dommages-intérêts punitifs : comment apprécier la conformité à l'ordre public international ?, JCP N Semaine Juridique, 07 février 2011, n° 6, p. 257-259.

KARAQUILLO. J-P, Illicéité (ou licéité) d'une clause libératoire au profit d'un club sportif employeur dans un CDD, Recueil Dalloz Sirey, 01 octobre 2009, n° 33, p. 2261-2263.

KENDÉRIAN. F, Que reste-t-il du caractère automatique de la clause résolutoire ? Florilège de décisions, RTD com. 2009. 81.

KESSLER. G, Restitutions en nature et indemnité de jouissance, JCP 2004. I. 154.

KIRRY. A, Modes de résolution extrajudiciaire des litiges et droit des contrats, La Gazette du Palais, 23 mai 2014, n°143-144, P.17-18.

KLING. D, OUTIN-ADAM. A, Réforme du droit des obligations : la CCIP réagit au rapport Catala, Les Petites Affiches, 16 janvier 2007, 12, p. 3-7.

La liquidation du contrat, in Regards comparatistes sur le phénomène contractuel, 2009, PU Aix-Marseille, p. 203-221.

LACHIEZE. Ch, La résolution unilatérale dans les contrats spéciaux, JCP E Semaine Juridique, 18 janvier 2010, n° 3, P. 24-26.

LAITHIER. Y-M, La clause de renonciation à la résolution judiciaire est valable ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 3 novembre 2011, pourvoi numéro 10-26.203, Revue des contrats, 01 avril 2012, n°2012/2, P. 402-407.

- La clause de renonciation à la résolution judiciaire est valable ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 3 novembre 2011, pourvoi numéro 10-26.203, Revues des contrats, 01 avril 2012, n° 2012/2, p. 402-407.

- Le prononcé de l'exécution forcée en nature ne dépend pas de la gravité du

manquement du débiteur ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 22 mai 2013, pourvoi numéro 12-16.217, Revues des contrats, 01 avril 2014, n° 2014/1, p. 22-23.

LAITHIER. Y-M, MAZEAUD. M , La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ?, Revues des contrats, 01 avril 2012, n° 2012/2, p. 681-694.

LAITHIER. Y-M, Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles, JCP E Semaine Juridique, 25 mai 2015, n° NS21, P. 47-59.

- L'inopposabilité du contrat serait-elle une sanction de son inexécution ? ; Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 12 juillet 2012, pourvoi numéro 09-11.582, Revue des contrats, 01 janvier 2013, n° 2013/1, P. 83 - 86.

- L'articulation de la clause résolutoire et de la résolution unilatérale du contrat pour inexécution : l'incertitude persiste ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 1 er octobre 2013, pourvoi numéro 12-20.830 et Cour de cassation, troisième Chambre civile, 9 octobre 2013, pourvoi numéro 12-23.379, Revue des contrats, 01 juillet 2014, n°2014/2, P. 181-183.

LAMMERVILLE. D, WYHAENDTS. L, Inapplication d'une clause de médiation préalable à l'occasion de la rupture d'une relation commerciale établi ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 12 juin 2012, SAS Eurochan contre Société Moyrandbally, pourvoi numéro 11-18.852, JCP E Semaine Juridique, 05 octobre 2012, n°40, P.34-37.

LANTHIEZ. M-L, Conditions et nature de la responsabilité contractuelle, Les Petites Affiches, 11 septembre 2007, n° 182, p. 7-13.

LATINA. M, Les derniers développements du droit européen des contrats, RDC 2012. 299 s.

- L'impact de l'harmonisation européenne sur le droit commun des contrats, in Les nouvelles échelles du droit commun, 2013, Larcier, p. 95 s.

LE BOURG. J, A propos de l'apparente harmonisation du régime des restitutions suite à la résolution d'un contrat de vente ; Note sous Cour de

cassation, première Chambre civile, 19 février 2014, pourvoi numéro 12-15.520, Revue des contrats, 01 décembre 2014, n°2014/4, P. 641-44.

LE BOURG. J, QUEZEL-AMBRUNAZ. C, Article 1221 : l'exécution forcée en nature des obligations, Revues des contrats, 01 septembre 2015, n° 2015/3, p. 782-783.

LE COUVIOUR. K, Regards critiques sur la rupture des relations commerciales établies, RTD com. 2008. 1 s.

LE GAC-PECH. S, La proportionnalité en droit privé des contrats, 2000, LGDJ.

- Rompre son contrat, RTD civ. 2005. 223.

- Rompre son contrat, RTD Civ, 01 avril 2005, n°2, P. 223-251.

- Vers un droit des remèdes, Les Petites Affiches, 04 décembre 2007, n° 242, p. 7-20.

LEBORGNE. A, Droit de l'exécution. Mars 2014-mars 2015, Recueil Dalloz Sirey, 25/06/2015, n° 23, p. 1339-1348.

LECORRE. P-M, Résolution du plan de cession et adoption d'un second plan de cession, La Gazette du Palais, 02 juillet 2010, n°138-184, P. 9-12.

LÉCUYER. H, Donations alternative et facultative, Dr. fam. 1999, chron. 6.

- Le contrat, acte de prévision, in L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré, 1999, Dalloz, p. 643 s.

L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat, note sous Nancy, 20 nov. 2000, JCP 2002. II. 10113.

LEQUETTE. S, Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat, 2012, Économica.

LEQUETTE. Y, Bilan des solidarismes contractuels, in Mélanges Paul Didier, 2008, Économica, p. 247 s.

LIBCHABER. R, Des moyens et des fins en matière de contrat, Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, Dédicataire : Paul Le Cannu, Dalloz ; LGDJ, 2014, p.195-208.

- Réflexions sur les effets du contrat, in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, 2005, Dalloz, p. 211 s.

L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala, D. 2007. 384 s.

L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, RDC 2004. 579.

LOHOUES-OBLE. J, Innovations dans le droit commercial général, LPA 13 oct. 2004, n° 205, p. 8.

MAHUNGA. J-G, L'indemnité pour dépréciation ou usure de la chose vendue en cas de résolution de la vente pour réhabilitation : vers la fin d'un schisme ?, Les petites affiches, 06 juin 2014, n°113, P. 15-21.

MALINVAUD. P, De l'application de l'article 1152 du code civil aux clauses limitatives de responsabilité, in L'avenir du droit, Mélanges Terré, 1999, Dalloz, Juris-Classeur, PUF, p. 689.

MARTIN DE LA MOUTTE. J, L'acte juridique unilatéral, essai sur sa technique et sa notion, Paris, 1951, Sirey.

MARTIN. D, L'engagement de codébiteur solidaire adjoint, RTD civ. 1994. 50.

MARTIN. X, Fondements politiques du Code Napoléon, RTD civ. 2003. 247.

- L'insensibilité des rédacteurs du code civil à l'altruisme, RHDFE 1982. 589 s.

MATHEY. N, L'évaluation du préjudice en cas de rupture d'un contrat de distribution, obs. CCC 2010. Comm. 4.

MAUGÜÉ, Ph. TERNEYRE. Ch, La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat, À propos des contrats des personnes publiques, Dédicataire : Laurent Richer, LGDJ ; Lextenso, 2013, p. 203-210.

MAURY. F, Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, RID comp. 1951. 485 s.

- Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, RRJ 1998. 1243.

MAZEAUD. D, Sanction de la révocation unilatérale du contrat ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 27 mars 2008, pourvoi numéro 07-11.721, Revues des contrats, 01 juillet 2008, n°2008/3, p. 734-738.

- Durée et rupture, RDC 2004. 129 s.

- La place du juge en droit des contrats. RDC, 2016, n° 2, p. 353.

- Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, 1999, Dalloz, PUF, éditions du Juris-Classeur, p. 603 s.

- À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando, in Mélanges Michel Cabrillac, 1999, Litec, p. 205 s.

- La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises..., in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, 2012, Dalloz, p. 905 s.

- La cause, in Le code civil : un passé, un présent, un avenir, 2004, Dalloz.

- La protection par le droit commun des contrats, in Les clauses abusives entre professionnels, 1998, Economica, p. 35.

- La révision du contrat, LPA 30 juin 2005, p. 4 s.

- La résolution unilatérale du contrat pour inexécution ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 avril 2010, pourvoi numéro 06-15.590, Revue des contrats, 01 octobre 2010, n °2010/4, P.1213-1214.

- Le contrat et les tiers dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, in Liber amicorum Guido Alpa : Private Law beyond the National Systems, 2007, British Institute of International and Comparative Law, p. 663 s.

- Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ?, RLC 2006. 136 s.
- Le nouvel ordre contractuel, RDC 2003. 295 s.
- L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution-Rapport français, Revue des contrats, 01 juillet 2010, n°2010/3, P. 1076-1084.
- Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet !, D. 2008. 2675 s.
- Regards français sur les dispositions relatives aux clauses abusives, in L'amorce d'un droit européen du contrat, 2010, SLC, p. 96 s.

MAZEAUD. H, Essai de classification des obligations, RTD civ. 1936. 1.

MEKKI. M, Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, RDC 2006. 297 s.

- Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, RDC, 2016, p. 400.
- Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, La Gazette du Palais, 29 avril 2015, n° 119-120, P. 37-46.
- Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, La Gazette du Palais, 29 avril 2015, n° 119-120, p. 37-46.

MESTRE. J, FAGES. B, La résolution judiciaire d'un contrat emporte l'anéantissement de la confusion qu'avait opérée l'acte initial : note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 22 juin 2005, société Ulaf contre Madame Y., pourvoi numéro 03-18.624, RTD Civ, 01 avril 2006, n°2, P. 313-314.

MESTRE. J, Des effets de la résiliation amiable d'un contrat, RTD civ. 1994. 356.

MESTRE. J, FAGES. B, Le juge face à la clause résolutoire... on stipulée : note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 29 novembre 2005, société Le Grand Bleu, pourvoi numéro 02-13.550, RTD Civ, 01 avril 2006, n°2, P.311.

MESTRE. J, Force majeure et sort du lien contractuel, RTD civ. 1990. 658.

- La pluralité d'obligés accessoires, RTD civ. 1981, p. 1 s.

- Rupture abusive et maintien du contrat, RDC 2005. 99.

MIGNOT. M, Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français, préf. E. Locquin, 2002, Dalloz.

MONSÉRIÉ-BON. M-H, L'après-résiliation du contrat non continué : figure juridique mal identifiée !, Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, Dédicataire : Paul Le Cannu, Dalloz ; LGDJ, 2014, p 209-217.

MORIN. A, Contribution à l'étude des contrats aléatoires, 1998, PU Auvergne.

- La rupture du contrat, in Le contrat : journées brésiliennes, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, Paris, 2008, p. 733-752.

MOURY. J, Force majeure : éloge de la sobriété, RTD civ. 2004. 471.

NEISS. Ph, Le juge des référés et la résolution du contrat, Les petites affiches, 18 novembre 2010, n °230, P.3-8.

NIEMIEC. A, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription : une véritable codification de la rencontre de volontés, Les Petites Affiches 23 janvier 2008, n° 17, p. 11-21.

NOGUÉRO. D, La maladie du débiteur cas de force majeure, D. 2006. Chron. 1566.

OPPETIT. B, L'engagement d'honneur, D. 1979, chron. 107.

- Les engagements d'honneur, D. 1979. Chron. 107 s.

OSMAN. F, Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en oeuvre de la clause résolutoire de plein droit, Defrénois 1993. 65.

OUDOT. P, Des remèdes aux sanctions : le retour de la faute au galop !, JCP G, 2016, p. 769.

PAISANT. G, La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, JCP 2012. Doctr. 62.

- La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne, JCP 2012. Doctr. 560.

PANCRAZI-TIAN M.-E, La protection judiciaire du lien contractuel, 1996, PU Aix-Marseille.

PELLET. S, Restitutions consécutives à la résolution: à quoi bon?, Recueil Dalloz Sirey, 13 mars 2014, n°10, P. 642-646.

PELLIER. J-D, Le domaine de la mise en demeure en matière de dommages et intérêts contractuels, Les Petites Affiches, 01 novembre 2007, 219, p. 14-18.

PIAZZON. T, La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ?, Revue des contrats, 01 octobre 2012, n° 2012/4, P. 1459-1468.

PICASSO. S, L'exécution forcée des obligations contractuelles-Brèves étude comparative des droits français et argentin, Revues des contrats, 01/09/2015, n° 2015/3, p. 700-705.

PICOD. Y, Droit des contrats et droit du marché, entre harmonie et turbulence, RDC 2006. 1330 et s.

- La clause résolutoire et la règle morale, JCP 1990. I. 3447. - A. PINNA, L'exception pour risque d'inexécution, RTD civ. 2003. 31.

- Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale, in Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau, 2007, Dalloz, p. 805 s.

PIEDELIEVRE. S, Compromis et exécution forcée ou résolution, JCP E Semaine Juridique, 08 janvier 2010, n° 1, P. 26.

PIERRE. Ph, L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français, RDC, 2010, p. 1117.

PIGNARRE. G, L'obligation de donner à l'usage dans l'avant-projet Catala : analyse critique, D. 2007. 384 .

- À la redécouverte de l'obligation de praestare, RTD civ. 2001. 41 s.

- À la redécouverte de l'obligation de praestare. Pour une relecture de quelques articles du code civil, RTD civ. 2001. 41.

PIGNARRE. G, PIGNARRE. L-F, L'inexécution essentielle et ses implications sur le sort du contrat dans la proposition de règlement, Les petites affiches, 24 décembre 2013, n° 256, P.48-52.

PIGNARRE. L-F, Les obligations en nature et de sommes d'argent en droit privé, Montpellier I, 2005.

PIGNATARI. O, La validité de la renonciation anticipée à l'action en résolution : un pas de plus vers la contractualisation de la résolution judiciaire, Les Petites affiches, 28 mai 2012, n°106, P.10-16.

PIMONT. S, Peut-on réduire le droit en théories générales ? exemples en droit du contrat, RTD Civ, 01 juillet 2009, n° 3, p. 417-431.

- Une clause résolutoire pour défaut de paiement du prix peut s'appliquer au cas de non-paiement des arrérages dans le délai imparti ; Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 4 avril 2008, pourvoi numéro 07-14.523, Revue des contrats, 01 avril 2006, n°2006/4, P. 543-551.

PLANCQUEEL. A, Obligations de moyens, obligations de résultat. Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution, RTD civ. 1972. 334.

PLANIOL. R, Classification des sources d'obligations, Rev. crit. législ. et jurispr. 1909. 224.

- Classification synthétique des contrats, Rev. crit. législ. et jur. 1904. 470 s.

POMART-NOMDEDEO. C, Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, RTD civ. 2010. 209 .

PUIG. P, Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrat, in Études de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004 p. 913 s.

- L'avènement des sources optionnelles de droit, RTD civ. 2012. 493 s.

QUEZEL-AMBRUNAZ. Ch, La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil, RTD Civ. 2012 p.251.

RAKOTOVAHINY. M-A, Entre confusion et résolution, Recueil Dalloz Sirey, 01 décembre 2005, n°43, P. 3003-3004.

RAYMOND. P, Directive consommateurs du 25 octobre 2011, CCC févr. 2012. Étude 3.

- Les dettes de valeur en droit français, Mélanges Brethe de la Gressaye, 1968, Dalloz, p. 611.

Rédaction Lextenso, La réforme du droit des contrats, Petites Affiche, 2016, n° 160, p. 2.

RÉMY. P, La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997. 323 s.

- Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat, in La sanction du droit, Mélanges Couvrat, t. 38, 2001, Poitiers, PUF, p. 121 s.

REMY-CORLAY. P, Exécution et réparation : deux concepts ?, Revues des contrats, 01 janvier 2005, n°1, P.13-35.

REVET. T, La prise d'effets du contrat, RDC 2004. 29 s.

- Les apports au droit des relations de dépendance, in La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'assemblée plénière, 1997, coll. « Thèmes et Commentaires », Dalloz, p. 37.

- L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, RDC 2004. 579.

RIZZO. F, Regard sur la prohibition des engagements perpétuels, Dr. et patr. janv. 2000. 66.

ROBERT. J- A et CHARLUTEAU. Q, Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires, RLDC 2010/68.

ROCHFELD. J, Du statut contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme, in Études offertes à Geneviève Viney, 2008, LGDJ, p. 835 s.

- Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme, Études offertes à Geneviève Viney, LGDJ ; Lextenso, 2008, p. 835-866.
 - La contractualisation des obligations légales : la figure du contrat pédagogique, dans LEWKOWICZ et XIFARAS (dir.), Repenser le contrat, 2008, Dalloz, p. 261 s.
 - La méthode de l'harmonisation par directive, dans D. MAZEAUD, SCHULZE et WICKER (dir.), L'amorce d'un droit européen du contrat, 2010, SLC, p. 156 s.
 - Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du contrat pédagogique, RDC 2006. 665 s.
 - Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale, D. 2009. Chron. 2047 s.
 - Les droits potestatifs accordés par le contrat, in Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin, 2001, LGDJ, p. 747 s.
 - Les droits potestatifs accordés par le contrat, in Le contrat au début du XXI^e siècle, Mélanges Ghestin, 2001, LGDJ, p. 747 s.
 - Les modes temporels d'exécution du contrat, RDC 2004. 47 s.
 - L'eupéanisation des sources du droit, RDC 2010. 15 s.
 - Une nouvelle manifestation du contrat pédagogique : le contrat d'accueil et d'intégration, RDC 2008. 193
- RONZIER-JOLY. A**, Résolution judiciaire et prise d'acte de la rupture du contrat de travail du salarié protégé : de la séparation des pouvoirs au conflit de juridictions ?, JCP E Semaine Juridique, 09 mai 2006, n° 19, P.16-18.
- ROUHETTE. G**, La révision conventionnelle du contrat, RID comp. 1986. 369 s.
- Le droit privé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, 1999, Economica.

- Regards sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, RDC 2007. 1371 s.

ROUVIÈRE. F, L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente, RTD civ. 2009. 617.

SAEDI. O, Dommages-intérêts ou dommages et intérêts celle-ci ou celle-là ; Ou bien les deux ?, Les Petites Affiches, 07 juin 2005, 112, p. 6-16.

SAINT-ALARY H, Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière, in Mélanges offerts à Pierre Raynaud, 1985, Dalloz-Sirey, p. 733 s.

SAVAUX. E, Les dommages et intérêts en cas de résolution du contrat : des principes à la casuistique ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 mai 2015, pourvoi numéro 14-11.148 et Cour de cassation, troisième Chambre civile, 30 juin 2015, pourvoi numéro 13-26.932, Revues des contrats, 01 décembre 2015, n° 2015/4, p. 845-847.

SCAPEL. J, La notion d'obligation réelle, thèse, Paris I, 2002.

SÉRIAUX. A, La notion de contrat synallagmatique, in Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin, 2001, LGDJ, p. 777 s.

SEUBE. J-B, Option du contractant entre la résolution et l'exécution : jusqu'à quand ? ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 20 janvier 2010, pourvoi numéro 09-65.272, Revue des contrats, 01 juillet 2010, n°2010/3, P. 909-613.

- Clause résolutoire et clause aménageant les effets de la résolution judiciaire ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 26 janvier 2011, pourvoi numéro 08-21.781, JCP G Semaine Juridique, 23 juin 2011, n°25, P.33.

SIMLER. Ph, L'article 1134 du code civil et la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, JCP 1971. I. 2413.

- Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 septembre 2011, pourvoi numéro 10-11.975, JCP N Semaine Juridique, 19 janvier 2012, n° 3, p. 37-38.

- Cl. civ., Obligations de donner, de faire et de ne pas faire, fasc. 10, art. 1136 à 1145.

SIMON. F-L, La spécificité du contrat unilatéral, RTD civ. 2006. 209 s.

SOUSI. G, La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, RTD civ. 1982. 514.

STOFFEL-MUNCK. Ph, Exécution et inexécution du contrat, RDC 2009. 333.
- D. TALLON, La résolution du contrat aux torts réciproques, Mélanges Freyria, 1994, Ester, p. 231.

- Exécution et inexécution du contrat, Revue des contrats, 01 janvier 2009, n°2009/1, P.333-349.

TADROS. A, Vers la réhabilitation des servitudes personnelles sous couvert de l'article 1184 du Code civil ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 13 novembre 2014, pourvoi numéro 13-24.633, Revue des contrats, 01juin 2015, n °2015/2, P. 366-369.

TALLON. D, Le surprenant réveil de l'obligation de donner, D. 1992. Chron. 67 s.

- Le surprenant réveil de l'obligation de donner, D. 1992, chron. 67.

TERRÉ. F (sous la dir. de), Arch. phil. droit, Dalloz, t. 44, 2000, L'obligation.

TESTU. F-X, Le juge et le contrat d'adhésion, JCP 1993. I. 3673.

TEYSSIÉ. B, Les clauses de résiliation et de résolution, Cah. dr. entr. 1975, n° 1, p. 13.

THIBIERGE-GUELFUCCI. C, Libres propos sur la transformation en droit des contrats, RTD. civ. 1997. 357 s.

THIERIET-DUQUESNE. C, Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale, LPA n° 83, 27 avr. 2009, p. 9 s.

TOURNAFOND. O, De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil, D. 2002. Chron. 2883.

TREPPOZ. E, La résolution perturbatrice européenne des conflits de conventions en matière de contrats de transport ; Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 19 décembre 2013, affaire numéro C-452/12,

Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd contre Inter-Zuid Transport BV,
Revue des contrats, 01 juillet 2014, n° 2014/2, P. 251-254.

TRICOIRE. J-Ph, Exécution forcée du contrat et demandes du maître de l'ouvrage, La Gaz. Pal, 18 mai 2014, n°138-140, P.25-26.

TRICOT. D, La rédaction des contrats du commerce international, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 831-839.

VAISSIÈRE. A, À propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, RLDC 2006/29, n° 2163. - M. VASSEUR, Urgence et droit civil, RTD civ. 1954. 421.

VANWIJCK-ALEXANDRE. M, Les modalités de l'exercice de l'option conférée par l'article 1184 du code civil, note sous Cass. civ. belge, 2 févr. 1989, RCJB 1994, p. 361.

VATINET. R, Le mutusdissensus, RTD civ. 1987. 252 s. - R. VERDOT, L'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et des actes de disposition, RTD civ., 1968. 449.

- Le mutus dissensus, RTD civ. 1986. 252 s. - VIANDIER, La complaisance, JCP 1980. I. 2987.

VIGNAL. N, La transparence en droit privé des contrats. Approche critique de l'exigence, 1998, PU Aix-Marseille.

VINEY. G, Après la réforme du contrat la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité, JCP N Semaine Juridique, 25 janvier 2016, n°3, p. 169-182.

- La réparation du dommage contractuel, Revues des contrats, 01 avril 2008, n° 2008/2, p. 281-286.

- La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle, D. 2006. 2885 s.

- Le régime de la responsabilité contractuelle : le choix entre la réparation en nature et dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire ; Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 25 janvier 2006, pourvoi numéro 04-

18.672 et Cour de cassation, troisième Chambre civile, 28 septembre 2005, pourvoi numéro 04-14.586, Revue des contrats, 01 juillet 2006, n° 2006/3, p. 818-822.

- Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ?, JCP 2002. I. 158.

VOGEL. L et J, Vers un retour des contrats perpétuels ? Évolution récente du droit de la distribution, CCC août-sept. 1991 p. 1.

WESSNER. P, Les sanctions de l'inexécution des contrats : questions choisies. Exposé du droit suisse et regard comparatiste sur les droits belges, in M. FONTAINE et G. VINEY (sous la dir. de), Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, 2001, Études de droit comparé, t. 32, Bruylant/LGDJ, n^{os} 60, 61 et 84.

WESTER-OUISSE. V, La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, JCP 2001. I. 290.

WICKER. G, Force obligatoire et contenu du contrat, dans RÉMY-CORLAY et FENOUILLET (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen du contrat, 2003, Dalloz, p. 151 s.

- La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général, RDC 2007. 593 s.

WILSON. C. P, Les remèdes à l'inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France : regard d'un juriste chilien, RDC 2016, n° 3, p. 706.

WINTGEN. R, Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand, 2004, LGDJ.

- La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé, RDC 2008. 73 s.

- Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution, RDC 2006. 543 s.

WITZ. C, Contrat ou acte juridique ?, dans TERRÉ (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, 2008, Dalloz, p. 51 s.

ZOLYNSKI. C, Méthode de transposition des directives communautaires. Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins, 2007, Dalloz.

ARTICLES DE MELANGE

ALBIGES. C, Le développement discret de la réfaction du contrat, Mélanges Michel Cabrillac, Litec, 1999, p. 3-21.

ALPA. G, Les nouvelles frontières du droit des contrats, Le contrat au début du XXI^e siècle
Dédicataire : Jacques Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 1-18.

ANDRÉ. M-A, L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels, Mélanges Michel Cabrillac, Litec, 1999, p. 23-44.

BART. J, Le contrat chez Pierre-Joseph Proudhon, Utopies : entre droit et politique, Dédicataire : Claude Courvoisier, Éditions universitaires de Dijon, 2005, p. 89-101.

BATIFFOL. H, La crise du contrat et sa portée, Choix d'articles rassemblés par ses amis
Dédicataire : Henri Batiffol, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, p. 393-408.

BAUCHARD. J, Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation, Études de droit de la consommation Dédicataire : Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2003. p. 55-67.

BEHAR-TOUCHAIS. M, L'ordre concurrentiel et le droit des contrats, L'ordre concurrentiel, Dédicataire : Antoine Pirovano, Frison-Roche, 2003, p. 235-250.

- Le droit européen des contrats et les droits nationaux, Liber amicorum Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz, 2013, p. 67-76.

BELLIVIER. F; SEFTON-GREEN. R, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Le contrat au début du XXI^e siècle, Mélanges dédiés à Jacques Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p.91-112.

BÉNABENT. A , L'hybridation dans les contrats, Perspectives du droit économique, Mélanges dédiés à Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p 27-31.

BERAUDO. J-P, Faut-il avoir peur du contrat sans loi ?, Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges dédiés à Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 93-112.

BERLIOZ-HOUIN. B, Georges BERLIOZ, Le droit des contrats face à l'évolution économique, Études offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises Dalloz ; Sirey, 1985, p. 3-33.

BILLIAU. M, Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges dédiés à Jacques Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 119-138.

- Toujours pas de cession de dette en droit positif, même à l'occasion d'une cession légale de contrat (à propos d'un arrêt de la 3e chambre civile de la Cour de cassation du 9 juillet 2003), *Droit et actualité Dédicataire* : Jacques Béguin, LexisNexis ; Litec, 2005, p. 17-26.

BOULOIS. N, Contrats administratifs entre personnes privées : quid novi sub sole ?, À propos des contrats des personnes publiques, *Dédicataire* : Laurent Richer, LGDJ ; Lextenso, 2013, p. 27-35.

BOUTONNET. M, Des obligations environnementales en droit des contrats, Pour un droit économique de l'environnement, *Dédicataire* : Gilles J. Martin, Frison-Roche, 2013, p. 57-70.

BROUSSEAU. É, L'économiste, le juriste et le contrat, Mélanges dédiés à Jacques Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 153-176.

BRUN. P, Leçon n° 7 : mises à jour parcellaires autour du consentement et du processus de formation du contrat, *Leçons du droit civil, Dédicataire* : François Chabas, Bruylant, 2011, p. 165-172.

CASTRES SAINT-MARTIN-DRUMMOND. F, Le contrat comme instrument financier, *L'avenir du droit, Dédicataire* : François Terré, Presses universitaires de France, 1999, p. 661-675.

CATALA. P, Des contrats déséquilibrés, Études à la mémoire de Fernand Charles Jeantet, LexisNexis, 2010, p. 77-90.

- La renégociation des contrats, Mélanges dédiés au président Michel, Despax, Presses de l'Université des sciences sociales, 2002, p. 91-99.

CHASSAGNARD-PINET. S, Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel, *Contrat et Convention européenne des droits de l'homme, Libre droit, Dédicataire* : Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, 225-249.

CLAMOUR. G, Tiers et responsabilité(s) liée(s) au contrat public, À propos des contrats des personnes publiques, *Dédicataire* : Laurent Richer, LGDJ ; Lextenso, 2013, p. 325-354.

COUSY. H, Vers un droit européen du contrat d'assurances ?, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Bigot, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2010, p.93-104.

DACOSTA. B, Le contrat de concession de travaux publics issu de l'ordonnance du 15 juillet 2009 : un intrus dans le paysage contractuel ?, À propos des contrats des personnes publiques, Dédicataire : Laurent Richer, LGDJ ; Lextenso, 2013, p. 57-66.

DALCQ. C, GLANSDORFF. F, Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, Bruylant, 2000, p.71-89.

DE JUGLART. M, La vente : un contrat en voie d'extinction au profit de l'entreprise, Les activités et les biens de l'entreprise, Dédicataire : Jean Derrupé, Joly ; Litec, 1991, p. 63-70.

DE VAREILLES-SOMMIÈRES. P, L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum, Defrénois, 2005, p. 393-411.

DEGUERGUE. M, Contrat privé et responsabilité extra-contractuelle publique : retour sur le cas du contrat nouvelles embauches, À propos des contrats des personnes publiques, Dédicataire : Laurent Richer, LGDJ ; Lextenso, 2013, p. 77-90.

DESGORCES. R, La combinaison des remèdes en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur, D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit , Dédicataire : Denis Tallon, Société de législation comparée, 1999, p. 243-250.

DESHAYES. O, Précisions sur la nature et les fonctions de la règle d'effet relatif des contrats (effet relatif, prohibition et interprétation), Études offertes à Geneviève Viney, LGDJ ; Lextenso, 2008, p. 333-354.

FAUVARQUE-COSSON. B , Le droit international privé des contrats en marche vers l'universalité ?, Les relations privées internationales Dédicataire : Bernard Audi, LGDJ ; Lextenso, 2014, p.269-284.

- Le droit des contrats au cœur de l'innovation juridique, Liber amicorum Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz, 2013, p. 323-337.

FERRIER. D, La preuve et le contrat, Mélanges Michel Cabrillac, Litec, 1999, p. 105-118.

FONTAINE. M, Fertilisations croisées du droit des contrats, Mélanges dédiés à Jacques Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 347-361.

- La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats, Études de droit de la consommation Dédicataire : Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2003. p. 385-397.

- Les contrats internationaux à long terme, Études offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises, Dalloz ; Sirey, 1985, p.263-274.

- Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats, Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, Bruylant, 2000, p. 115-133.

FORIERS. P-A, La peur du vide (propos sur la rédaction des contrats et de la loi), Contestation, combats et utopies, Dédicataire : Christine Matray, Larcier, 2015, p. 175-181.

FORT. F-X, Le bilan des contrats de Plan après deux décennies d'exécution, Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité, Dédicataire : Jean-Philippe Colson, Presses universitaires de Grenoble, 2004, 215-228.

GANDOLFI. G, La responsabilité contractuelle dans le projet « pavesan » d'un code européen des contrats, Mélanges Jean-Pierre Sortais, Bruylant, 2002, p. 205-219.

GARELLO. P, Les économistes et le contrat, Mélanges Christian Mouly. Volume 1

GHESTIN. J, Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ?, D'ici, d'ailleurs : harmonisation et

dynamique du droit , Dédicataire : Denis Tallon, Société de législation comparée, 1999, p. 251-262.

- L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat, Droit et actualité Dédicataire : Jacques Béguin, LexisNexis ; Litec, 2005, p. 311-326.

- L'annulation d'office d'un contrat, Le juge entre deux millénaires Dédicataire : Pierre Drai, Dalloz, 2000, p. 593-607.

- L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz ; Sirey, 1985, p. 203-226.

GRIMALDI. M, Le contrat et les tiers, Libres propos sur les sources du droit, Mélanges dédiés à Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, p. 163-181.

GRYNBAUM. L, Responsabilité et contrat : l'union libre, Variations sur la responsabilité contractuelle, le préjudice corporel et les groupes de contrats, Libre droit, Dédicataire : Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 409-437.

GUYON. Y, Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives, Mélanges dédiés à Jacques Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p.405-417.

HOANG. P, La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre, Mélanges dédiés au président Michel, Despax, Presses de l'Université des sciences sociales, 2002, p. 205-220.

HOUIN. R, Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations, Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, Mélanges dédiés à Léon Julliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p.223-231.

JAMIN. C, Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels, Droit et actualité Dédicataire : Jacques Béguin, LexisNexis ; Litec, 2005, p. 381-414.

JAUFFRET-SPINOSI. C, Le Code civil à l'épreuve des directives communautaires et des principes relatifs au contrat (principes européens du contrat et principes Unidroit), De tous horizons Dédicataire : Xavier Blanc-Jouvan, Société de législation comparée, 2005, p. 297-308.

JOBIN. P-G, L'exécution forcée en nature du contrat au Québec. Les sources du droit remises en question, Libres propos sur les sources du droit, Mélanges dédiés à Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, p. 235-246.

JOURDAIN. P, À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution, Libre droit, Dédicataire : Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 449-463.

JULIEN. J, La langue française et le contrat, Libre droit, Dédicataire : Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 465-499.

KNAUB. G, Le contrat d'établissement, entre mythe et réalité, Gouverner, administrer, juger, Dédicataire : Marcel Waline, Dalloz, 2002, p. 255-265.

LAPOYADE-DESCHAMPS. C, Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring, Les activités et les biens de l'entreprise, Dédicataire : Jean Derrupé, Joly ; Litec, 1991, p. 125-134.

LE FLOCH. P, Marie-Antoinette COUDERT, Les parties au contrat de location-gérance, Écrits de fiscalité des entreprises, Dédicataire : Maurice Cozian, Litec, 2009, 483-495.

LÉAUTÉ. J, Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial, Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, Mélanges dédiés à Léon Julliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p.243-252.

LÉCUYER. H, Le contrat, acte de prévision, L'avenir du droit, Dédicataire : François Terré, Presses universitaires de France, 1999, p. 643-659.

LEQUETTE. Y, La pensée humaniste de Gérard Cornu en droit des contrats, Droit et sagesse, Dédicataire : Gérard Cornu, Dalloz, 2009, p. 35-45.

LIBCHABER. R, Réflexions sur les effets du contrat, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit Dédicataire : Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, p.211. 233.

LICARI. F-X, Quelques réflexions et propositions au sujet des clauses « déraisonnables » ou « abusives » dans les contrats conclus entre professionnels, à la lueur du droit comparé et des propositions savantes, Libre droit, Dédicataire : Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 655-703.

MAINGUY. D, L'actualité des actions directes dans les chaînes de contrats, Droit et actualité Dédicataire : Jacques Béguin, LexisNexis ; Litec, 2005, p. 449-469.

- Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats, Mélanges Michel Cabrillac, Litec, 1999, p. 165-186.

MALAURIE. P, Le droit civil français des contrats à la fin du XXe siècle, Mélanges Michel Cabrillac, Litec, 1999, p. 187-203.

- Vitalité et crise du contrat d'association, Liber amicorum Georges Daublon, Defrénois, 2001, p. 169-188.

MAZEAUD. D, Contrat, responsabilité et tiers... (du nouveau à l'horizon...), Libre droit, Dédicataire : Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 745-762.

- Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ?, Études de droit de la consommation Dédicataire : Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2003. p. 697-724.

- Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? (bis sed non repetita...), Études offertes au professeur Philippe Malinvaud, Litec, 2007, p. 397-429.

- Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ?, De tous horizons Dédicataire : Xavier Blanc-Jouvan, Société de législation comparée, 2005, p. 309-327.

- La réfaction unilatérale du contrat, sanction originale et générale de l'inexécution du contrat ?, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 543-556.
- La réforme du droit des contrats en questions..., Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009, p. 347-371.
- La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence, Liber amicorum Christian Larroume, Mélanges dédiés à Christian Larroumet, Economica, 2009, p. 329-360.
- Le contrat et les tiers : nouvelle leçon et nouvelle présentation, Leçons du droit civil, Dédicataire : François Chabas, Bruylant, 2011, p. 605-630.
- Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats, Mélanges dédiés au président Michel, Despax, Presses de l'Université des sciences sociales, 2002, p. 325-352.

MERCHIERS. Y, Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique, Études offertes au professeur Philippe Malinvaud, Litec, 2007, p. 431-449.

MESTRE. J, La société est bien encore un contrat..., Mélanges Christian Mouly. Volume 1

MOUSSERON. J-M, A propos des contrats d'assistance et fourniture (en collaboration avec A. Seube, Dalloz, 1973, chro. p. 197), Inventer, Dédicataire : Jean-Marc Mousseron, Centre du droit de l'entreprise, 2001, p. 355-382.

- Secret et contrat : de la fin de l'un à la fin de l'autre (in Mélanges Jean Foyer, PUF 1997, p. 257), Inventer, Dédicataire : Jean-Marc Mousseron, Centre du droit de l'entreprise, 2001, p. 215-237.

MUIR WATT. H, Reliance et définition du contrat, Prospectives du droit économique, Mélanges dédiés à Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p. 57-69.

MYOUNG. S-K, La formalité « délai supplémentaire » dans la résolution du contrat, Mélanges dédiés à Jacques Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p.703-717.

NIAL. H, Les clauses pénales dans les contrats de vente internationaux, Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, Mélanges dédiés à Léon Julliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p.417-420.

NOGUELLOU. R, Contrats publics et aides d'État, L'identité du droit de l'Union européenne Dédicataire : Claude Blumann, Bruylant, 2015, p. 447-459.

NOZAWA. M, La cession de contrat en France et au Japon : cessibilité du contrat dans les contrats successifs, Liber amicorum Christian Larroume, Mélanges dédiés à Christian Larroumet, Economica, 2009, p. 397-410.

PAISANT. G, De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 233-251.

- Essai sur le temps dans les contrats de consommation, Études offertes au Doyen Philippe Simler, Dalloz ; Litec, 2006, p. 637-666.

PEROT-MOREL. M-A, Les limites de l'autonomie de la volonté dans les contrats relatifs aux dessins et modèles industriels, Propriétés intellectuelles, Dédicataire : André Françon, Dalloz, 1995, 337-350.

PICOD. Y, Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale, Libre droit, Dédicataire : Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 805-817.

PIROVANO. A, Le thème du contrat dans le Faust de Goethe, Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Dédicataire : Yves Serra, Dalloz, 2006, p. 373-386.

POUYAUD. D, Le nouveau juge du contrat, Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, Dédicataire : Philippe Godfrin, Mare et Martin, 2014, p. 393-437.

PREBISSY-SCHNALL. C, Vers la fin de l'approche catégorielle des contrats de la commande publique, Droit et économie. Interférences et interactions Dédicataire : Michel Bazex, LexisNexis ; Litec, 2009, p.261-281.

PRIEUR. J, Droit des contrats et droit des sociétés, Droit et vie des affaires, Dédicataire : Alain Sayag, Litec, 1997, p. 371-388.

PUIG. P, Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ?, Études de droit de la consommation Dédicataire : Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2003. p. 913-942.

PUIG. P, Pour un droit commun spécial des contrats, Le monde du droit Dédicataire : Jacques Foyer, *Économica*, 2007, 825-856.

RAFFRAY. J-G, Les clauses destinées à écarter la responsabilité du rédacteur d'un contrat envers les parties à l'acte, Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Mélanges dédiés à Christian Lapoyade-Deschamps, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p.267-281.

RAVILLON. L, L'adaptation du droit des contrats aux réalités technologiques : l'exemple des activités spatiales, L'adaptation du droit de l'espace à ses nouveaux défis, Dédicataire : Simone Courteix, Pédone, 2007, p. 205-229.

RÉMY. P, Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat, La sanction du droit, Dédicataire : Pierre Couvrat, Presses universitaires de France, 2001, p.121-129.

REJET. T, Le « contrat-règles », Libre droit, Dédicataire : Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 919-932.

RICHARD. S-A, La formation du contrat : étude comparée des principes du droit européen des contrats au regard du droit positif français, Mélanges DEA. Recherches et travaux. Juin 2007, Faculté de droit , Montpellier, 2007, p. 193-204.

RÍOS LABBÉ. S, Les rapports entre les cessions légales et la cession conventionnelle de contrat, Liber amicorum Christian Larroume, Mélanges dédiés à Christian Larroumet, *Économica*, 2009, p. 439-463.

SAVAUX. E, Rose-Noëlle , Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs. Réflexions à partir du contrat de bail, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit Dédicataire : Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, p.271-293.

SCHMIDT-SZALEWSKI. J, Regards comparatifs sur les conditions générales des contrats, Mélanges offerts à André Colomer, Litec, 1993, p. 415-429.

SÉRIAUX. A, La notion de contrat synallagmatique, Mélanges dédiés à Jacques Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 777-788.

SEUBE. A, Les conditions générales des contrats, Études offertes à Alfred Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1984, p. 621-633.

SOURIOUX. J-L, Religion et droit des contrats, Par le droit, au-delà du droit Dédicataire : Jean-Louis Souriou, LexisNexis, 2011, p. 297-306.

TALLON. D, La résolution du contrat aux torts réciproques, Mélanges offerts à Charles Freyria, Ester, 1994, p. 231-243.

- La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, Droit et vie des affaires, Dédicataire : Alain Sayag, Litec, 1997, p. 403-417.

- Vers un droit européen du contrat ?, Mélanges offerts à André Colomer, Litec, 1993, p. 485-494.

TENDLER. R, Le rôle de la volonté dans l'exécution des contrats, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Dédicataire : Alfred Rieg, Bruylant, 2000, 801-810.

TERNEYRE. P, Les rapports hiérarchiques entre Constitution, loi et contrat en droit positif français, Renouveau du droit constitutionnel, Dédicataire : Louis Favoreu, Dalloz, 2007, 1435-1450.

TEYSSIÉ. B, Le contrat dans le droit des instances européennes de représentation du personnel, Droit et actualité Dédicataire : Jacques Béguin, LexisNexis ; Litec, 2005, p.743-752. Michel JEOL, La fixation du prix dans les contrats d'affaires : de l'indétermination de la loi à la détermination du juge,

Le juge et le droit de l'économie Dédicataire : Pierre Bézard, Montchrestien, 2002, p. 225-230.

WALD. A, Le contrat et l'économie au XXI^e siècle, , Liber amicorum Christian Larroume, Mélanges dédiés à Christian Larroumet, Economica, 2009, p.475-495.

WALINE. J, Contrats et recours pour excès de pouvoir, Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges dédiés à Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 859-872.

ARRETS, JUGEMENTS ET DECISION

Cour Royale de Rennes, 2 octobre 1815.

Cass. Civ. 20 Décembre 1820, S 1821, I, p. 428; S 1819-1821. p.349.

Cass. Ch. Req., 27mars 1832 : S. 1832, p. 290.

C.A de Douai, 2 mai 1843. In D et A DALLOZ,

Cass. Civ., 28 novembre 1843, in D. et A. Dalloz, Répertoire préc, tome 43, (vente), p. 187.

Cass. Civ., 15 avril 1845, D.P. 1845, 1, 411 ; S. 1845, 1, 345.

Cass. Civ., 2 juillet 1860, D. 1860, 1, 284.

Cass., Rêq, 21 février 1862, Dallez, 1862. I, p. 185.

Cass. Civ., 29 novembre 1865, D. 1866, I, p. 27.

Cité Paris, 1er choix, 13 janvier 1871, Rev. Arb, 1973, p.69, note Ph. FOULARD.

Cass. Req. , 13 février 1872, DP 1872, I, p. 287.

Cass. Req., 26 juillet 1875, D. 1876, 1, 199.

Cass. 3^{ème} Civ., août 1875, DP 1875, I, p. 409.

Req, 18 juin 1883, D. 1884, V, p.353.

Cass Req. , 14 avril 1884, S. 1890, 1, p. 434.

Cass. Civ., 13 mai 1885 DP 1885, 1, p. 350.

Cass. Civ., 15 novembre 1887 : DP 1888, I, p. 120.

Cass. Civ., 15 février 1888, DP1888, I, p. 203.

Cass. Ch., req, 4 juin 1888, DP 1889, I, p. 248.

Cass. Civ., 14 avril 1891, Bull. civ., n° 55, p. 103.

Tribunal Civil de la Seine 31 Juillet 1897, n° 499.

Cass. Civ, 13 octobre 1918, Bull. civ., 1, n° 300, p. 207.
 Cass. Civ., 1920, p. 369, note R.MOREL.
 Cass. Civ., 25 juillet 1922, D.1992, I, p.154. Bull. civ., 1970, III, n° 501.
 Cass. Ch, rep. 7 mai 1928, S. 1928. I, pp. 277. 278.
 Cass. Req., 20 novembre 1929, Gaz. Pal, 1929, 2, 978.
 Cass. Civ., 25 avril 1936, Gaz. Pal, 1936, I, p. 879.
 Cass. Civ., 28 Novembre 1943, in D. et A Dalloz, Répertoire préc, tome 43 (vente), p. 187.
 Cass, Rep 4 août 1947, Gaz. pal, 1947, n° Sommaire 30.
 Cass. Civ., 27 avril 1948, JCP. 1948, II, 4594; RTD Civ. 1949, p. 95, obs. E. BECQUE .
 Cass. 1^{ère} Civ., 20 janvier 1953, JCP 1953, II, 7677.

 Cass. Civ., 7 octobre 1953, Bull. civ., III, n° 290, p. 205.
 Cass. Civ., 9 novembre 1953, D. 1954,5; 5 mars 1963, JCP 1965.II, 13148.
 Cass. 2^{ème} Civ., 17 février 1955, D. 1956. 17.
 Cass. 1^{ère} Civ., 14 mars 1956, Bull, civ., I, n° 133, p. 107.

 Cass. soc. , 12 avril 1956, D.1956, somm., p. 110.
 Cass. Civ., 25 janvier 1961, JCP, IV, p. 73.
 Cass Civ., 14 février 1961, Bull. Civ., I, n° 84, p. 77.
 Crim , 15 mai 1961, Bull. Crim, 1961, p. 483 .
 Cass. 1^{ère} Civ., 26 juin 1961, Bull. civ., I, 285.
 Cass 1^{ère} Civ., 29 juin 1961, Bull. civ., 1961, I, n° 357.
 Cass. 2^{ème} Civ., 29 juin 1961, Bull. civ., II, n° 285.
 Cass. 1^{ère} Civ., 5 juin 1962, Bull. civ , IV, n° 143, p.119.

 Crim, 3 octobre 1962, Bull. crim., p. 542.
 Cass. Civ., 12 octobre 1962, Bull. civ, 1962, II, 473.
 Cass. Com, 7 janvier 1963, Bull, civ., III, n° 16, p. 14.

 Cass. 1^{ère} Civ., 9 janvier 1963, arrêt n°24, n° 58-12.741.
 Cass, 27 mai 1963, B, III, n° 251, p. 206.
 Cass. Civ., 10 juin 1963, BII, I, n° 284, p. 237.
 Cass. Com., 16 juin 1963, Bull.civ, III, n° 316, p. 24.
 Cass. Civ., 19 juin 1963, Bull. civ, I, p.284.
 Cass. 1^{ère} Civ., 20 janvier 1964, Bull. civ., I, n° 36, p. 25.
 Cass. Civ., 8 mai 1964, Gas. Pal, 1964, II, 233, Bull. civ., II, p. 269. JCP 1965, II, 15140.

Cass. Com., 23 mai 1964, Bull. civ. III, n° 260, p. 224.
 Cass. 2^{ème} Civ., 3 décembre 1964, Bull. civ, 1964, II, 574.
 Cass. Com., 22 février 1965, Bull. civ, III, n° 141, p.119
 Cass. 2^{ème} Civ., 20 novembre 1965, Bull. civ, II, p. 617.
 Cass. 2^{ème} Civ., 28 avril 1966, Bull. civ, II, n° 498, p. 354.
 Cass. Civ ,20 décembre 1966, D. 1967, p.169.
 Cass. 1^{ère} Civ., 26 juin 1967. D. 1967, p.673.
 Cass. 3^{ème} Civ., 12 janvier 1968, n° 65-12044, Bull. civ., 1968, III, n° 19.
 Cass. 3^{ème} Civ., 28 novembre 1968, Bull. civ., III, n° 498.
 Cass. 3^{ème} Civ., 28 février 1969, Bull. civ., III, n° 182.

 Cass. 3^{ème} Civ., 14 mai 1969, B, III, n° 187, p. 297.
 Cass. 1^{ère} Civ., 4 décembre 1969, arrêt n° 1.594, n° 68-11.466.
 Cass. 3^{ème} Civ., 9 décembre 1970, Bull. civ., III, n° 683

 Cass. 3^{ème} Civ., 5 février 1971, Bull. Civ., III, n° 90, p. 65.
 Cass. 3^{ème} Civ., 17 mars 1971 : Bull. civ., 1971, III, n° 194.
 sentence CCI n° 17/03/1971, JDI, 1974, op 894-895.
 Cass. 3^{ème} Civ., , 17 juin 1971, Bull. civ., II, n° 392.
 Cass. 3^{ème} Civ., 24 Juin 1971, n° 70-12017, Bull. civ., 1971, III, n° 404.
 Cass. 1^{ère} Civ., 24 juin 1971, Bull. civ, III, n° 411.
 Cass. 2^{ème} Civ., 4 octobre 1972, n° 70-12.954, Bull. civ, II, n° 235.
 Cass. 3^{ème} Civ., 29 novembre 1972, Gaz. Pal, 1973, I, p. 223.
 T.G.T Paris, 17 octobre 1973. Gaz. Pal 1974.1. p. 170.
 Cass. Civ., 6 novembre 1973, D. 1973, IR5.
 C.A Pau, 15 décembre 1973, JCP 1973, II 17584.
 V. sentence CCI n° 24 78/ 1974 JDI, p. 926.
 Cass. 2^{ème} Civ., 26 juin 1974, D. 1974, IR, p. 218.
 Cass. 1^{ère} Civ., 4 février 1976, Bull civ, 1976, I, n° 53, p. 43;
 C.A Aix-en-Provence, 1^{er} juin 1976, Bull. arrêt Aix, n° 126.
 Crim, 27 octobre 1976, D. 1976, IR, p. 322.
 Cass. 3^{ème} Civ., 15 December 1976, Bull. civ., III, n° 465, p. 354.

 Cass. Com., 10 janvier 1977 : Bull Civ, IV, n°7 , Defrenois, 1977, p.1254.
 C.A d'Aix-en-Provence, 7 février 1977, Bull, Aix 1/1977, p. 10.
 Cass. 3^{ème} Civ., 29 juin 1977, bull. civ., III, n° 293, p. 223.

 Cass. 3^{ème} Civ., 19 October 1977 , d 1978, p. 162.
 C.A Colmar, 23 mars 1979, D 1980 I.R . p. 192.

Cass. 3^{ème} Civ., 27 avril 1979, n° 77.14.106, Bull. civ, III, n° 92.
 Cass. 1^{ère} Civ., 10 février 1981, DEFRENOIS, 1982, p. 362, obs. J-L. AUBERT.
 Cass. 3^{ème} Civ., 16 février 1982, Bull. III, n° 48.
 Cass. Civ., 28 avril 1982, Bull. civ., 1982, IV, n° 145, p. 128
 Cass. 3^{ème} Civ., 4 mai 1982, arrêt n° 797, pourvoi n° 81-1077.

 Paris, 14 octobre 1982, D. 1983, I. R., p. 494.
 Cass. 3^{ème} Civ., 22 mars 1983, Bull. Civ., III, n° 84, p. 67 ; Rép. Defrénois 1984, p. 296
 Cass. 2^{ème} Civ., 11 juillet 1983, Bull. civ., II, n° 153
 Cass. 3^{ème} Civ., 14-02-1984, arrêt n° 236, n° 83-10.697.
 Crim., 5 juin 1984, Bull. crim , n° 206
 Cass. Com., 1 décembre 1984 ; Bull.Civ, IV, n° 349.
 Cass. 1^{ère} Civ., 19 décembre 1984, Bull. civ., I, n° 343, p. 291.

 Cass. 1^{ère} Civ., 5 février 1985, Bull. civ., I, n° 54.
 Cass. 1^{ère} Civ., 12 mars 1985, Bull, Civ 1985, I, n° 94.

 Cass. Com., 3 décembre 1985, Bull. civ., IV, n° 286, p.244.
 Cass. Com., 8 avril 1986, Bull. Civ., IV, n° 58.
 Cass. 3^{ème} Civ., 16 avril 1986, Bull. civ., III, n° 41, p.32. RTD Civ. 1987, p. 316
 Cass. 1^{ère} Civ., 22 juillet 1986, Bull, I, n° 223.
 C.A de Versailles, 8 octobre 1986, SARABONI/Sarl France Internationale, juris Data, n° 047831
 Cass. 1^{ère} Civ., 15 novembre 1986, n° 84-15705, Bull. civ., I, n° 279,
 Cass. 1^{ère} Civ., 16 décembre 1986, D.5 1988, p.173.
 Crim., 20 janvier 1987, Bull. crim., n° 25, p. 59.
 C.A de Paris, 2 mars 1987, juris Data, n° 020965.
 Crim., 31 mars 1987, Bull. crim., n° 145, p. 397.
 Cass. 3^{ème} Civ., 8 avril 1987, Bull, III, n° 88 p. 53.
 Cass. 3^{ème} Civ., 27 mai 1987, Bull civ., III, n° 108, p. 63.

 Cass. 3^{ème} Civ., 24 juin 1987, Bull. civ , III, n° 130.
 C.A d'Orléans, 15 décembre 1987, PICHON/POUROL, juris Data n°047018.
 Cass. 3^{ème} Civ., 12 janvier 1988, Bull. civ. III, n° 7.

 Cass. 3^{ème} Civ., 9 mars 1988, n° 86-17869, Bull.civ., III, n° 54.

Cass. 3^{ème} Civ., 27 avril 1988, D. 1989, 351.
Cass. 3^{ème} Civ., 4 mai 1988, JCP 1989, IV, p. 240
C.A de Montpellier, 14 décembre 1988, EL YAHIAOUI/BOUSQUET, juris Data, n° 034298.
C.A de Metz, 24 mai 1989, CUTRI / SOULE : Juris Data, n° 044736.
Cass. 1^{ère} Civ., 28 juin 1989, Bull. civ., I, n° 265, p. 165.
C.A de Paris, 23 novembre 1989, Paris, 5 avril 1990, D. 1990.
Crim , 31 mai 1990, Bull. crim , n° 223.
Cass. Com, 6 juin 1990, arrêt n° 787, n° 89.12.278.
C.A Paris, 19 juin 1990, D.S 1991, p. 515.
Cass. 1^{ère} Civ., 10 juillet 1990, n° 87-18702.
Cass. 1^{ère} Civ., 19 décembre 1990, n° 88-12863, Bull.civ., I, n° 303.
Cass. Civ., 20 février 1991, Bull. civ., III, n° 62, p. 36.
Crim, 4 mars 1991, Bull. civ., II, n° 23.
Cass. 3^{ème} Civ., 27 mars 1991, Bull. civ., I, n° 120, p. 59.
Cass. 1^{ère} Civ., 22 mai 1991, n° 89-18604, Bull. civ., I, n° 161.
Cass. Com., 25 juin 1991, Bull. civ., IV, n° 236.
Cass. Civ., 25 juin 1992, D. 1922, I, p. 154, S. 1929, I, p. 111.
Cass. 3^{ème} Civ., 10 mars 1993, D.1993. p.357.
Cass. Com., 5 octobre 1993, JCP 1993, IV, 2554.
Cass. 1^{ère} Civ., 9 mars 1994, arrêt n° 407, n° 91-17.459 : Bull. civ., I, n° 91.
Cass. 3^{ème} Civ., 4 mai 1994, Bull. Civ., III, n° 84, p. 53 Cass. 1^{ère} Com., 05 avril 1994, JCP 94, I, n° 3803.
C.A d'Aix en Provence, 31 mai 1994, Ste JEAN DE MARSEILLE / BRINGUER : juris Data n° 045872.
C.A de Bordeaux, 28 septembre 1994, SARL ETS TRANCHERE / LAVAYE : Juris Data, n° 044925.
C.A de Nancy, 11 octobre 1994, SARL le nouveau/S.A.KANTERBRAU, juris data n° 047860.
Cass. 3^{ème} Civ., 12 octobre 1994, n° 92-13211 Bull. civ., III, n° 178.
Sentence CCI, n° 7539/1995.
Cass. 1^{ère} Civ., janvier 1995. D.1995, p. 389 .
Cass. 3^{ème} Civ., 11mai 1995, Bull.civ, II, n° 115, p.76.
Cass. 1^{ère} Civ., 28 septembre 1995, pas, 1995, I, p. 581.
C.A de Grenoble, 20 décembre 1995, BOUCINHA/ STE AUTO MARTINEZ, juris Data n°047843.
C.A de Versailles, 5 avril 1996, GLATINGNY / E P.A : juris Data . n° 041464.

Cass. Soc., 5 juin 1996 : Bull Civ, V, n°226, Defrénois, 1996, art 36591, n°74.

Cass. Com., 2 juillet 1996, Defrénois 1996, p.1364, note D. MAZEAUD.

Cass. 1^{ère} Civ., 3 juillet 1996, Bull. civ., I, n° 296.

Cass. 1^{ère} Civ., 10 juillet 1996, arrêt n° 1462, n° 94.18618: Bull. Civ, I, n° 317.

Cass. Civ., 22 octobre 1996, Bull. Civ, IV, n°261, D 1997.

Cass. Civ., 03 juin 1997, Bull. civ., IV, n° 171.

Cass. 3^{ème} Civ., 17 juil 1997, n° 95-22.070, Bull. civ, III, n° 166.

Cass. 1^{ère} Civ., 18 novembre 1997, Bull. civ., I, n° 317.

C.A de Colmar, 10 mars 1998, SA JAMONT SERVICES/S A BEFS TECHNOLOGIE, Juris Data n° 049925.

Cass. 1^{ère} Civ., 24 mars 1998, arrêt n° 602, n° 96.16.352.

Cass. 1^{ère} Civ., 7 avril 1998, Bull. civ., I, n° 142, p. 95.

Cass. Soc., 6 mai 1998, arrêt n° 2217, pourvoi n° 95.40.913 : Bull.Civ. V. n° 223.

C.P d'Orléans, 8 octobre 1998, STE LOCAM / PAQUIET : Juris data, n° 044362.

Cass. 1^{ère} Civ., 13 octobre 1998, n° 96-21485, p.51.

Cass. 1^{ère} Civ., 6 juillet 1999 ; contrats- conc-consomm. 2000 , n° 23 note L. LEVENEUR.

C.A de Toulouse, 10 janvier 2000, le Store circelli/ SARL anacouba France , juris Data, n° 110392.

C.A Nancy, 3 mai 2000, SARL CHEF/SA MARKET ; juris Data n° 130693.

Cass. 3^{ème} Civ., 3 octobre 2000, arrêt n°1349, n° 99-11.833.

Cass. Com., 19 décembre 2000, arrêt n° 2182, pourvoi n° 98-14108.

Cass. Com., 9 janvier 2001, n° 97-14440.

Cass. 1^{ère} Civ., 20 février 2001, Bull. civ., I, n° 40, D. 2001, p. 1568.

Cass. Com., 17 juillet 2001, JCP 2002, 1, 148, n°17 et s.

CA de Colmar, 2 octobre 2001, CABANAT/ SA BRASSERIE FISCHER/ juris Data n°185785.

C.A Colmar, 4 fevrier 2002, THOMANNCIAMARONE/SCI ECRIN : juris Data, n° 197295.

Cass. 1^{ère} Civ., 26 février 2002, Bull. civ, I, n° 68.

C.A Toulouse, 20 juin 2002, Société ECOFRANT/SNCEI Toulouse midi Pyrénées, juris Data, n° 181869.

C.A d'Aix en Provence, 3 juillet 2002, JULLIEN/ Sarl BILLAUD : juris Data ,n° 185796.

Ch mixte, 6 septembre 2002, 2 arrêts. Bull.civ, 2002, ch. mixte, n° 4- 5.

Cass. Civ., 6 novembre 2002, Sté Clio "Voyages Culturels" c/ T. : Juris-Data n° 016221

C.A de Caen, 12 novembre 2002, Coquain/Nousset/ Legendre : juris Data, n° 199840

Cass. Soc., 4 décembre 2002, Bull. civ, V, n° 368

Cass. 1^{ère} Civ., 28 janvier 2003, n° 00-15.519 , Bull. civ., I, n° 27;

Cass. 1^{ère} Civ., 25 mars 2003, n° 00-15115 .

Tribunal de commerce de Paris , 23 avril 2003, BECKOUCHE / SA FNAC Paris : Juris Data n° 215269

Cass. 3^{ème} Civ., 6 mai 2003, arrêt n° 556, n° 02-10.624.

C.A de Nîmes, 13 mai 2003, TOURNIER / SARL ANSELME IMMOBILIER, juris Data n° 215878.

C.A de Toulouse, 17 juin 2003, CIL Interlogement/SOUAKRI, juris Data, n° 219254.

Cass. 1^{ère} Civ. , 3 février 2004, n° 01-00.004 , Bull. civ., I, n° 34 ; CCC 2004. Comm. 53.

Cass. 2^{ème} Civ., 21 avril 2005, D. 2005, IR, p.506, Resp . Civ et assur, juillet , août 2005, com, 214.

Cass. 3^{ème} Civ., 22 juin 2005, n° 03-18.624 , Bull. civ., III, n° 143

Cass. 3^{ème} Civ., 11 janvier 2006, JCP, IV. 1229, D. 2006, p. 248.

Cass. 3^{ème} Civ., 25 janvier 2006, n° 04-18672, Bull. civ., III, n° 20 (bail).

Cass. 1^{ère} Civ. , 21 février 2006, n° 02-21.240 , CCC 2006. Comm. 99,

Cass. 3^{ème} Civ., 17 mai 2006, n° 05-14.495, AJDI 2007. 200, obs. Laporte-Leconte ; D. 2007. 903, spéc. 911.

Cass. 3^{ème} Civ., 27 juin 2006, D.2006, IR, p.1986.

Cass. 3^{ème} Civ., 8 novembre 2006, JCP 2006, IV, 3351, 2007, I, 115, n° 1.

Cass. 2^{ème} Civ., 7 décembre 2006, Bull. civ, II, n° 348.

Cass. 1^{ère} Civ., 16 janvier. 2007, n° 06-12207, Bull. civ. I, n° 23.

Cass. Com., 13 février 2007, Bull. civ, I, n° 43,

Cass. 1^{ère} Civ., 13 mars 2007, JCP 2007. 1. 161. n° 12.

C.A Paris ; ch. 19 section A, 28 mars 2007. Sci 17 Boulevard -Saint-Denis/
st Negro, jurisdata n°2007-330003.

Cass. 3^{ème} Civ. , 4 avril 2007, n° 06-12.195 .

Cass. 2^{ème} Civ., 5 avril 2007, Bull. civ, II, n° 85.

Cass. 1^{ère} Civ., 31 mai 2007, Bull. civ, I, n° 212.

Cass. 3^{ème} Civ., 13 juin 2007, n° 06-13661, Bull. civ., 2007, III, n° 106.

Cass, Ch mixte, 6 juil 2007, n° 06.13.829, Bull,ch, mixte, n° 9, D.2007,
2642.

Cass Com, 10 juill 2007, n° 06-14 .768, rldc 2008/46, n° 2840

Cass. Com. - 8 avril 2008, BICC 685 du 15 juillet 2008

Cass. 2^{ème} Civ., 11 septembre 2008, RDC 2009, p. 77

Cass. 3^{ème} Civ., 1 octobre . 2008, AJDI 2009. 189.

Cass. 1^{ère} Civ., 30 octobre 2008, n° 07-17134, Bull. civ., 2008, I, n° 243 .

Cass. 1^{ère} Civ., 27 novembre 2008, n° 07-15226, Bull. civ., I, n° 275.

Cass. 1^{ère} Civ., 8 janvier 2009, n° 06-17.630; CCC 2009.

Com, 17 février 2009, n° 08-13.896, NP, RTD Civ. 2009, p. 322, obs, B.
FAGES.

Cass. 3^{ème} Civ., 25 mars 2009, n° 08-11.326, Bull. civ. III, n° 67.

Cass. 3^{ème} Civ., 13 mai 2009, n° 08-10.927.

Cass. 1^{ère} Civ., 28 mai 2009, n° 08-15.802 , Bull. civ., I, n° 110 .

Cass. 3^{ème} Civ., 10 juin 2009, n° 08-14.422 et 07-18.618, Bull. civ., III,
n° 137,

Cass. Com., 3 novembre 2009, n° 08-88178.

Crim., 3 novembre 2009, n° 09-81321; Resp, Civ. et assur, février 2010,
com. 46.

Cass. Com., 26 janvier 2010, n° 09-65086 : Bull. civ., IV, n° 18 .

Cass. 3^{ème} Civ., 17 février 2010, n° 08-20943.

Cass. 3^{ème} Civ., 30 mars 2010, n° 09-15011 et 23 mars 2010, n° 09-11873.

Cass. 3^{ème} Civ., 8 avril 2010, n° 09-11292.

Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-11841.

Cass. 3^{ème} Civ., 15 September 2010, n° 09-10339.

Cass. 2^{ème} Civ., 16 septembre 2010, n° 09-68.849.

Cass. 3^{ème} Civ., 10 November 2010 (*cassation*), n° 09-15937 :
Bull. civ., 2010, III.

Cass. 1^{ère} Civ., 17 févr. 2011, n° 10-13980 : Bull. civ., I, n° 28.

Cass. 1^{ère} Civ., du 23 juin 2011, n° 10-15811, BICC n° 751 du 15 novembre 2011.

Cass. 3^{ème} Civ., 3 novembre 2011, n° 10-26. 203, BICC n° 757 du 01 mars 2012.

Cass. 3^{ème} Civ., 5 septembre 2012, n°11-22336.

Cass. 3^{ème} Civ., 11 septembre 2012, n° 11-11.031.

Cass. Com 19 mars 2013, JCP 2013, p. 705.

Cass. 1^{ère} Civ., 20 mars 2013, n° 12-14.432 , Bull. civ., I, n° 53.

Ch.Mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927.

Cass. 3^{ème} Civ., 23 mai 2013, n° 11.29.011, Bull. civ, III, n° 59.

Cass. Com., 1 octobre 2013, n° 12-20830.

Cass. Com., 8 oct. 2013, n° 12-22952.

Cass. 1^{ère} Civ., 19 février 2014, n° 12-15520, BICC n° 802 du 15 mai 2014 et Legifrance.

Cass. 1^{ère} Civ., 11 mars 2014, n° 12-29876.

Cass. 3^{ème} Civ., 23 juin 2015, n° 14-12606, *Sté Sport Dépôt Thonon c/ Sté de Tata Musy, F-D (cassation CA Chambéry, ch. civ., 1^{re} sect., 17 déc. 2013.*

Cass. 3^{ème} Civ., 07 juillet 2015, n° 14-20497.

Cass. Com., Arrêt n° 689, 7 juillet 2015. n° 13-25.206.

INDEX ALPHABETIQUE

(N.B: Les chiffres renvoient au numéros de pages)

- A**
- abus de droit, 57, 88,
96, 99, 106, 166,
199
- appréciation**, 20,
21, 32, 34, 35, 36,
39, 41, 43, 52, 60,
65, 74, 76, 100,
101, 122, 150,
151, 152, 155,
165, 166, 170,
172, 173, 177,
179, 193, 201,
203, 204, 212,
229, 262, 263,
267, 284, 299,
300, 311, 312,
314, 315, 316,
319, 320, 326,
329, 356, 363
- B**
- bail**, 32, 42, 46, 47,
58, 59, 73, 83, 84,
85, 86, 87, 88, 95,
96, 156, 161, 162,
163, 197, 199,
200, 202, 206,
208, 213, 304,
305, 364, 366
- bonne foi, 3, 34, 41,
53, 59, 65, 86, 89,
97, 98, 99, 107,
112, 114, 115,
116, 123, 126,
127, 144, 146,
148, 163, 166,
168, 184, 185,
193, 194, 195,
196, 197, 198,
202, 203, 204,
205, 206, 207,
218, 225, 226,
233, 237, 239,
253, 256, 268,
305, 370, 375, 411
- C**
- charge de la preuve*,
14, 15, 20, 188,
344, 422
- clause abusive, 167,
168, 170, 171,
175, 177
- clause de hardship,
126, 128, 129,
133, 137, 138,
139, 140, 141,
143, 144, 145,
146, 147, 148, 149
- clause de résolution*,
305
- clause pénale**, 371,
372, 373, 374
- clause résolutoire, 7,
47, 59, 62, 63, 75,
90, 122, 150, 151,
152, 153, 154,
155, 156, 157,
158, 159, 160,
161, 162, 163,
164, 165, 166,
167, 169, 170,
171, 172, 173,
174, 175, 176,
177, 178, 179,
180, 181, 182,
183, 184, 185,
187, 188, 189,
190, 191, 192,
193, 194, 195,
196, 197, 198,
201, 202, 203,
204, 205, 206,
207, 208, 209,
210, 211, 213
- clauses restrictives
de responsabilité**,
374, 375
- comportement grave,
36, 49, 50, 51, 52,
53, 83, 99, 103,
104, 105, 106,
107, 108, 109,
112, 114, 121, 406
- contrat, 1, 2, 3, 4, 5,
6, 7, 8, 9, 10, 11,
12, 13, 14, 16, 17,
18, 20, 21, 23, 24,
25, 26, 27, 28, 29,
30, 31, 32, 33, 34,
35, 36, 37, 38, 39,
40, 41, 42, 43, 44,
45, 46, 47, 48, 49,

50, 51, 52, 53, 54,
55, 56, 57, 58, 59,
60, 61, 62, 63, 64,
65, 66, 67, 68,
69, 70, 71, 72,
73, 74, 75, 76, 77,
78, 79, 80, 81, 82,
83, 84, 85, 86, 87,
88, 89, 90, 91, 92,
93, 95, 96, 97, 98,
99, 100, 101, 102,
103, 104, 105,
106, 107, 108,
109, 110, 111,
112, 113, 114,
115, 116, 117,
118, 119, 120,
121, 122, 123,
124, 125, 126,
127, 128, 129,
130, 131, 132,
133, 134, 135,
136, 137, 138,
139, 140, 141,
142, 143, 144,
145, 146, 147,
148, 149, 150,
151, 152, 153,
154, 155, 156,
157, 158, 159,
160, 161, 162,
163, 164, 165,
166, 167, 168,
169, 170, 171,
172, 173, 174,
176, 177, 178,
179, 180, 181,
182, 183, 185,

186, 187, 188,
189, 190, 193,
194, 196, 197,
198, 199, 200,
202, 203, 204,
206, 207, 208,
209, 210, 212,
213, 214, 215,
216, 217, 218,
219, 220, 221,
222, 223, 224,
225, 226, 227,
228, 229, 230,
231, 232, 233,
234, 235, 236,
237, 238, 239,
240, 241, 242,
243, 244, 245,
246, 247, 248,
249, 250, 251,
252, 253, 254,
255, 258, 259,
260, 262, 264,
265, 267, 269,
270, 271, 272,
273, 277, 278,
279, 280, 281,
282, 283, 284,
285, 286, 287,
288, 289, 291,
292, 293, 294,
298, 299, 300,
301, 302, 303,
304, 305, 306,
307, 308, 309,
310, 323, 324,
325, 326, 327,
329, 330, 331,

332, 333, 334,
335, 336, 337,
338, 339, 344,
345, 346, 347,
350, 358, 359,
360, 361, 363,
364, 365, 366,
367, 368, 369,
370, 371, 372,
373, 374, 375,
377, 378, 379,
380, 381, 382,
383, 384, 385,
386, 388, 389,
390, 391, 392,
393, 394, 395,
396, 397, 398,
399, 400, 401,
402, 403, 404,
405, 406, 407,
408, 409, 410,
411, 412, 413,
414, 415, 416,
417, 418, 419,
421, 422, 423,
424, 425, 426,
427, 428, 429,
430, 431, 432,
433, 434, 435,
436, 437, 438,
439, 440

D

de grâce, 6, 41, 110,
136, 158, 184,
195, 208, 209,
210, 211, 212,
213, 217, 218,

219, 220, 221,
222, 223, 224,
225, 226, 227, 228
demeure, 180, 211
dommage, 5, 15, 16,
18, 24, 25, 30, 61,
80, 84, 119, 143,
144, 242, 260,
285, 286, 310,
311, 312, 313,
314, 315, 316,
317, 318, 319,
320, 321, 322,
324, 325, 326,
327, 328, 329,
331, 333, 336,
337, 338, 339,
341, 342, 343,
348, 349, 350,
352, 362, 363,
365, 368, 372,
378, 379, 401,
404, 409, 427
dommages et
intérêts, 7, 17, 18,
19, 25, 29, 42, 46,
49, 56, 58, 60, 61,
69, 87, 89, 100,
117, 118, 119,
120, 130, 132,
133, 149, 165,
177, 206, 218,
232, 234, 247,
248, 249, 250,
251, 252, 253,
254, 255, 257,
261, 262, 263,
264, 265, 267,

268, 270, 271,
272, 273, 275,
279, 280, 281,
285, 287, 288,
293, 294, 299,
300, 301, 310,
311, 312, 315,
318, 320, 321,
322, 323, 325,
326, 327, 328,
329, 330, 331,
332, 335, 336,
337, 338, 339,
340, 342, 343,
344, 345, 347,
348, 349, 350,
351, 352, 353,
354, 355, 356,
357, 358, 359,
360, 361, 362,
364, 365, 366,
367, 368, 369,
370, 372, 373,
376, 378, 411,
420, 421, 422,
424, 439
dommages et
intérêts punitifs,
348, 350, 351,
352, 353, 354,
355, 356, 357
E
exécution forcée, 39,
78, 99, 118, 215,
217, 246, 247,
248, 249, 250,
251, 252, 253,

254, 255, 256,
257, 258, 259,
260, 261, 262,
263, 264, 265,
266, 267, 268,
269, 270, 271,
272, 273, 275,
276, 277, 278,
279, 280, 282,
289, 298, 310,
353, 401, 408,
412, 414, 415,
420, 434
exécution tardive,
13, 44, 54, 56, 57,
58, 61, 66, 229
EXÉCUTION
TARDIVE, 53, 54,
55
F
faute, 12, 13, 17, 18,
20, 21, 22, 23, 24,
25, 28, 32, 33, 53,
56, 58, 60, 62, 74,
82, 87, 97, 99,
110, 115, 140,
148, 149, 154,
179, 188, 197,
208, 221, 239,
245, 295, 296,
298, 303, 311,
317, 327, 328,
329, 336, 339,
340, 341, 342,
343, 344, 345,
346, 348, 349,
351, 353, 355,

358, 362, 365,
366, 380, 381,
390, 408, 409, 420
force majeure, 29,
226, 303, 340
force majeure, 7, 12,
14, 22, 26, 27, 28,
29, 30, 31, 32, 33,
75, 100, 129, 130,
131, 132, 133,
134, 137, 141,
144, 145, 158,
188, 189, 190,
191, 192, 193,
201, 211, 213,
227, 229, 255,
256, 258, 263,
302, 303, 304,
305, 306, 307,
310, 344, 366,
367, 368, 380,
392, 397, 400,
404, 407, 420
force obligatoire, 7,
57, 91, 92, 93,
216, 217, 218,
255, 266, 278,
280, 282, 291,
298, 300, 321, 379

I

impossibilité, 27, 32,
65, 82, 86, 158,
187, 188, 202,
218, 224, 227,
228, 229, 251,
255, 260, 263,
269, 270, 275,

276, 277, 288,
289, 290, 295,
300, 353, 360,
362, 366, 376
imprévision, 125,
126, 127, 131,
136, 140, 337, 440
imputabilité, 20, 26,
27, 29, 188, 203,
302, 328, 340,
354, 357, 366, 380
inexécution, 3, 4, 7,
8, 9, 10, 11, 12,
13, 14, 15, 16, 17,
18, 19, 20, 21, 22,
23, 24, 25, 26, 27,
28, 29, 30, 31, 33,
34, 35, 37, 38, 39,
40, 41, 42, 43, 44,
45, 48, 49, 50, 51,
52, 53, 54, 55, 56,
57, 60, 61, 63, 64,
68, 70, 71, 72, 73,
74, 75, 76, 77, 80,
81, 84, 89, 97,
100, 101, 103,
104, 107, 108,
109, 113, 114,
116, 118, 119,
120, 121, 125,
128, 133, 144,
145, 147, 149,
150, 151, 152,
153, 154, 155,
156, 157, 158,
159, 160, 161,
162, 163, 164,
165, 166, 171,

172, 178, 180,
181, 182, 183,
184, 185, 186,
187, 188, 189,
190, 191, 192,
193, 196, 197,
202, 203, 204,
205, 206, 208,
209, 210, 211,
213, 214, 215,
216, 217, 219,
221, 222, 223,
225, 226, 227,
231, 232, 234,
235, 236, 243,
245, 246, 247,
248, 249, 250,
251, 254, 256,
257, 258, 259,
260, 261, 262,
263, 264, 265,
267, 269, 272,
273, 277, 279,
280, 281, 282,
283, 284, 285,
286, 287, 288,
289, 290, 291,
293, 294, 295,
296, 297, 299,
301, 302, 303,
304, 305, 306,
307, 308, 310,
311, 313, 314,
317, 318, 319,
320, 322, 323,
324, 325, 326,
327, 328, 329,
330, 332, 333,

334, 335, 336,
338, 339, 340,
341, 342, 343,
344, 346, 347,
348, 349, 350,
352, 353, 354,
355, 356, 357,
359, 361, 362,
363, 364, 365,
366, 367, 368,
371, 372, 373,
374, 375, 376,
377, 378, 379,
380, 381, 382,
383, 389, 390,
391, 392, 393,
394, 396, 398,
400, 401, 403,
404, 406, 407,
408, 409, 410,
412, 414, 418,
421, 422, 425,
426, 427, 428,
432, 434, 436, 439
inexécution
contractuelle, 11,
24, 26, 27, 31, 52,
63, 154, 164, 189,
190, 193, 204,
205, 216, 251,
259, 260, 262,
263, 265, 282,
283, 284, 287,
289, 290, 294,
299, 310, 317,
324, 326, 327,
328, 334, 336,

339, 340, 352,
355, 357
INEXÉCUTION
GRAVE, 34
inexécution partielle,
31, 37, 38, 56, 71,
72, 73, 305, 396

M

maintien du contrat,
44, 82, 100, 118,
120, 177, 230
manquement, 8, 9,
10, 12, 13, 14, 16,
17, 18, 21, 24, 34,
35, 36, 37, 38, 39,
40, 42, 43, 44, 45,
46, 47, 48, 49, 50,
51, 52, 53, 55, 56,
58, 59, 60, 61, 64,
67, 68, 69, 76, 77,
78, 91, 98, 99,
100, 108, 109,
110, 114, 117,
119, 121, 145,
150, 151, 155,
156, 157, 163,
165, 171, 178,
179, 183, 184,
185, 186, 187,
192, 193, 197,
201, 205, 214,
215, 221, 231,
249, 250, 254,
255, 259, 261,
262, 263, 280,
282, 288, 297,
311, 314, 325,

333, 341, 343,
346, 347, 349,
352, 358, 364,
365, 368, 372,
373, 376, 377,
378, 379, 380,
414, 428
mauvaise foi, 14, 39,
40, 51, 79, 85,
118, 186, 194,
196, 198, 199,
200, 201, 202,
205, 212, 220,
278, 325, 366,
375, 376
mise en demeure, 6,
19, 47, 61, 62, 63,
64, 65, 66, 67, 68,
69, 70, 112, 113,
157, 158, 159,
163, 180, 181,
182, 183, 186,
187, 200, 209,
210, 211, 229,
230, 247, 251,
252, 259, 278,
294, 297, 330,
331, 332, 333,
336, 412, 420

P

perte subie, 322, 336
préjudice, 14, 16, 17,
18, 19, 21, 22, 24,
25, 28, 29, 33, 41,
42, 43, 45, 46, 47,
48, 49, 54, 56, 57,
58, 59, 61, 66, 69,

76, 81, 87, 88, 89,
98, 100, 103, 111,
112, 117, 119,
120, 142, 158,
165, 184, 192,
214, 236, 243,
244, 249, 250,
260, 261, 267,
273, 280, 282,
283, 284, 285,
286, 287, 288,
289, 291, 293,
295, 299, 301,
310, 311, 312,
313, 314, 316,
317, 318, 319,
320, 321, 322,
325, 327, 328,
329, 330, 331,
332, 334, 336,
338, 339, 340,
342, 344, 345,
347, 349, 350,
352, 353, 355,
356, 357, 358,
359, 360, 361,
362, 363, 364,
365, 366, 367,
368, 370, 371,
372, 373, 374,
376, 377, 378,
379, 380, 394,
413, 417, 433
PRÉJUDICE, 16, 24,
45, 322

R

remplacement, 283,
286, 291, 293,
294, 295, 296,
297, 298, 299,
300, 301, 376
réparation en nature,
119, 120, 281,
282, 283, 284,
285, 286, 287,
288, 289, 290,
291, 292, 294
réparation intégrale,
311, 313, 314,
321, 325, 326,
329, 339, 348,
350, 379
résiliation unilatérale,
92, 94, 96
résolution, 4, 5, 7,
12, 14, 16, 17, 18,
25, 26, 27, 28, 29,
33, 35, 36, 37, 38,
39, 40, 41, 43, 44,
45, 46, 47, 48, 49,
50, 51, 52, 53, 54,
55, 56, 57, 58, 59,
60, 61, 62, 63, 64,
65, 66, 67, 68, 69,
70, 71, 72, 73, 74,
75, 76, 77, 78, 80,
82, 84, 94, 101,
108, 109, 113,
114, 118, 121,
122, 127, 149,
150, 151, 152,
153, 154, 155,
156, 157, 158,
159, 160, 161,
163, 164, 166,
171, 177, 179,
186, 187, 188,
189, 193, 197,
206, 207, 211,
214, 218, 219,
220, 221, 222,
223, 224, 226,
227, 228, 229,
230, 233, 234,
236, 237, 239,
252, 255, 264,
268, 279, 294,
299, 301, 302,
303, 304, 305,
306, 307, 308,
309, 310, 325,
331, 347, 358,
359, 360, 361,
362, 364, 365,
366, 367, 368,
369, 370, 372,
373, 378, 380,
381, 382, 389,
391, 393, 394,
395, 396, 398,
399, 403, 404,
405, 406, 408,
409, 410, 411,
412, 413, 414,
415, 416, 418,
419, 420, 421,
422, 424, 425,
426, 428, 433,
437, 439, 440

résolution judiciaire,
 82, 154, 164, 166,
 303
responsabilité, 7, 18,
 21, 23, 24, 25, 44,
 106, 118, 197,
 206, 207, 251,
 254, 270, 282,
 284, 285, 286,
 298, 299, 301,
 311, 316, 319,
 320, 321, 328,
 329, 331, 333,
 334, 335, 337,
 339, 340, 341,
 343, 344, 345,
 346, 349, 350,
 351, 352, 357,
 361, 362, 364,
 366, 367, 371,
 374, 375, 376,
 377, 378, 392,
 395, 396
restitution, 267, 309,
 334, 359, 360,
 366, 368, 369, 370
risques, 77, 82, 101,
 102, 106, 110,
 116, 121, 139,
 143, 158, 180,
 206, 346, 366
rupture unilatérale,
 5, 6, 7, 11, 50, 52,
 53, 54, 61, 77, 78,
 79, 80, 81, 82, 83,
 84, 85, 86, 87, 89,
 90, 91, 93, 94, 95,
 96, 97, 98, 99,
 100, 101, 102,
 103, 104, 105,
 106, 107, 108,
 109, 110, 111,
 112, 113, 114,
 115, 116, 117,
 118, 119, 121,
 122, 174, 381,
 382, 383, 384,
 396, 403, 408

S

sanction, 3, 7, 8, 9,
 12, 16, 17, 18, 19,
 40, 41, 42, 54, 55,
 58, 60, 61, 63, 64,
 72, 74, 83, 87, 89,
 99, 114, 116, 118,
 119, 120, 145,
 147, 150, 154,
 155, 164, 165,
 167, 173, 174,
 176, 177, 181,
 190, 205, 210,
 213, 214, 215,
 217, 220, 232,
 234, 235, 237,
 238, 239, 240,
 241, 242, 245,
 246, 250, 251,
 255, 256, 257,
 260, 261, 262,
 263, 264, 270,
 272, 273, 274,
 276, 277, 278,
 279, 280, 281,
 282, 283, 284,
 288, 289, 290,
 291, 292, 293,
 294, 295, 298,
 300, 308, 311,
 328, 343, 347,
 348, 350, 353,
 354, 356, 358,
 360, 365, 366,
 368, 371, 378,
 379, 381, 384,
 404, 412, 414,
 422, 428, 434,
 436, 439
suspension, 175,
 219, 224, 226,
 227, 228, 229, 230

T

traité, 85, 178

U

urgence, 11, 67, 68,
 79, 80, 81, 90,
 110, 145, 184,
 209, 210, 378, 383

V

violation des obligations, 47

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PARTIE 1 - L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL JUDICIAIREMENT CONTRÔLÉ AU MOMENT DE LA RUPTURE	11
TITRE 1 - LE CONTRÔLE DU JUGE EN L'ABSENCE D'AMÉNAGEMENT DE LA RUPTURE DU CONTRAT.....	11
CHAPITRE 1 - LA CONSTATATION JUDICIAIRE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE.....	12
SECTION 1 - UNE INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES.....	12
§ 1 - L'INTÉRÊT D'UNE CONSTATATION JUDICIAIRE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE.....	13
A - L'APPRÉCIATION DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE.....	13
1 - LA PREUVE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE	15
2 - LA NATURE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE.....	16
a - L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE SANS PRÉJUDICE.....	17
b - LE CAS D'INEXÉCUTION PRÉJUDICIABLE.....	18
B - CRITÈRE DE L'APPRÉCIATION JUDICIAIRE DE L'EXISTENCE D'UNE INEXÉCUTION	19
1 - LA FAUTE, UN MODE INDIRECT D'APPRÉCIATION DE L'INEXÉCUTION.....	20
2 - LA DISTINCTION ENTRE LES NOTIONS	22
a - LA DISTINCTION ENTRE L'INEXÉCUTION ET LA FAUTE.....	22
b - LA DISTINCTION ENTRE L'INEXÉCUTION ET LE PRÉJUDICE	23
§ 2 - L'IDENTIFICATION QUANT À L'ORIGINE DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE.....	25
A - L'IMPUTABILITÉ DE L'INEXÉCUTION.....	25
B - LE JUGE ET LA FORCE MAJEURE.....	28

<i>SECTION 2 - UNE INEXÉCUTION GRAVE DES OBLIGATIONS</i>	32
§ 1 - UNE ESTIMATION JUDICIAIRE DU SEUIL DE GRAVITÉ DE L'INEXÉCUTION.....	34
A - L'ABSENCE D'UNE DÉFINITION CLAIRE APPORTÉE PAR LA LOI.....	35
1- <i>LES CRITÈRES D'APPRÉCIATION DE LA GRAVITÉ DE L'INEXÉCUTION</i>	35
a - UNE APPRÉCIATION FONDÉE SUR LA NATURE DE L'OBLIGATION INEXÉCUTÉE.....	36
b - LES LACUNES DU FONDEMENT DE LA GRAVITÉ DU MANQUEMENT SUR LA NATURE DE L'OBLIGATION INEXÉCUTÉE	38
2- <i>UNE APPRÉCIATION FONDÉE SUR L'INCIDENCE DU MANQUEMENT</i> ..	40
a - L'INCIDENCE DU MANQUEMENT SUR L'UTILITÉ DU CONTRAT.	41
b - L'IMPACT DU PRÉJUDICE	43
B - <i>L'APPRÉCIATION DU JUGE DU COMPORTEMENT GRAVE</i>	46
1 - <i>L'APPROCHE SUBJECTIVE DU COMPORTEMENT GRAVE DU CONTRACTANT</i>	47
2 - <i>LA DISTINCTION ENTRE MANQUEMENT GRAVE ET COMPORTEMENT GRAVE</i>	48
§ 2 - LE JUGE FACE À UNE EXÉCUTION TARDIVE OU PARTIELLE	50
A - <i>LE CONTRÔLE PORTANT SUR L'EXÉCUTION TARDIVE DES OBLIGATIONS</i>	50
1- <i>LE TRAITEMENT DE L'EXÉCUTION TARDIVE</i>	51
a - L'INTERVENTION JUDICIAIRE NÉCESSAIRE POUR DÉFINIR LA GRAVITÉ DU RETARD	51
b - LES SANCTIONS ENVISAGÉES EN CAS DE RETARD	55
2 - <i>LA CONDITION DE LA RUPTURE DU CONTRAT EN CAS DE RETARD</i>	57
a - L'EXIGENCE DE LA MISE EN DEMEURE.....	57
b- L'ABSENCE DE L'EXIGENCE DE LA MISE EN DEMEURE	61

<i>B - LE TRAITEMENT SPÉCIFIQUE EN CAS D'EXÉCUTION PARTIELLE</i>	64
1 - <i>L'INEXÉCUTION PARTIELLE ET LA RÉOLUTION DU CONTRAT</i>	65
2- <i>LES ARGUMENTS FAVORABLES À L'ADMISSION DE LA RÉOLUTION PARTIELLE DU CONTRAT</i>	68
<i>Conclusion du chapitre</i>	70
<i>CHAPITRE 2 - LA RUPTURE UNILATÉRALE CONTRÔLÉE PAR LE JUGE</i>	71
<i>SECTION 1 - LA RUPTURE UNILATÉRALE AUTORISÉE PAR LA LOI</i>	71
§ 1 - <i>LA RUPTURE UNILATÉRALE LEGALEMENT AUTORISÉE</i>	72
A - <i>L'EXCEPTION DE RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT</i>	72
1 - <i>UNE RUPTURE UNILATÉRALE POUR FAIRE FACE À L'URGENCE</i>	73
2 - <i>UNE RUPTURE UNILATÉRALE POUR FAIRE FACE À UNE IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTION</i>	75
B - <i>LA RECONNAISSANCE DE LA RUPTURE UNILATÉRALE DANS LES CONTRATS SPÉCIAUX</i>	76
1 - <i>LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT DE BAIL</i>	76
a - <i>LA RUPTURE UNILATÉRALE DU BAIL D'HABITATION</i>	77
b - <i>LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT DE BAIL COMMERCIAL</i>	78
2 - <i>LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT DE MANDAT</i>	81
§ 2 - <i>LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT DE RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT À DURÉE INDÉTERMINÉE</i>	82
A- <i>LA PROHIBITION DE L'ENGAGEMENT PERPÉTUEL</i>	83
1- <i>L'INTERDICTION LÉGALE DE L'ENGAGEMENT PERPÉTUEL</i>	83
2 - <i>UN DROIT CONSTITUTIONNELLEMENT RECONNU</i>	85
B - <i>LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'ABUS DU DROIT DE RÉSILIATION UNILATÉRALE DES CONTRATS À DURÉE INDÉTERMINÉE</i>	87
1 - <i>L'OBLIGATION DE DONNER UN DÉLAI À SON PARTENAIRE : LE PRÉAVIS</i>	87

2 - LES EFFETS DU PRÉAVIS	90
SECTION 2 - LA RUPTURE UNILATÉRALE AUX RISQUES ET PÉRILS DE SON AUTEUR	92
§ 1 - LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE RUPTURE UNILATÉRALE	93
A - LES BASES DU DROIT DE RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT	94
B - LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT	96
§ 2 - LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'ABUS DE DROIT DE RUPTURE UNILATÉRALE AUX RISQUES ET PÉRILS DE SON AUTEUR	98
A - UN CONTRÔLE A POSTERIORI DU JUGE	99
1- LE CONTRÔLE DES CONDITIONS DE LA RUPTURE UNILATERALE	99
2- LE CONTÔLE JUDICIAIRE DU COTÉ FORMEL DE LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT	101
a - LE CONTÔLE JUDICIAIRE SUR LE RESPECT DU PRÉAVIS	102
b - LE CONTRÔLE DU JUGE PORTANT SUR LE RESPECT DE LA NOTIFICATION	103
B - LE CONTRÔLE DU COMPORTEMENT DU CRÉANCIER	105
1 - LE CONTRÔLE DE LA BONNE FOI DU CRÉANCIER DANS LA RUPTURE UNILATÉRALE DU CONTRAT	106
2 - LA SANCTION DE LA RUPTURE UNILATÉRALE JUGÉE ABUSIVE	107
a - UNE RUPTURE AUX RISQUES ET PÉRILS DE SON AUTEUR	107
b - LES SANCTIONS ENVISAGEABLES	108
Conclusion du chapitre	111
Conclusion du titre	111
TITRE 2 - LE CONTRÔLE DU JUGE EN PRÉSENCE D'AMÉNAGEMENT DE LA RUPTURE DU CONTRAT	112
CHAPITRE 1 - LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA CLAUSE DE RENÉGOCIATION DU CONTRAT	113

<i>SECTION 1- DOMAINE D'INTERVENTION DE LA CLAUSE DE HARDSHIP</i>	114
§ 1 - L'ADMISSION DE LA CLAUSE DE HARDSHIP.....	114
§ 2 - LE RÔLE DE LA CLAUSE DE HARDSHIP.....	117
A- <i>LE MAINTIEN DES LIENS CONTRACTUELS</i>	118
1- <i>LE MAINTIEN DU CONTRAT PAR LA SUSPENSION</i>	118
2 - <i>LE MAINTIEN DU CONTRAT PAR LA RENÉGOCIATION</i>	120
B - <i>UNE UTILITÉ ÉCONOMIQUE</i>	122
1- <i>UNE PÉRENNITÉ CONTRACTUELLE</i>	123
2- <i>UNE PROTECTION DES PARTIES ET DE LEURS INTÉRÊTS</i>	124
<i>SECTION 2 - LE JUGE FACE À LA CLAUSE DE HARDSHIP</i>	126
§ 1 - LE CONTRÔLE DES ÉLÉMENTS CARACTÉRISTIQUES DE LA CLAUSE DE HARDSHIP	126
B - <i>L'IMPACT DU DÉSÉQUILIBRE</i>	129
§ 2 - UN CONTRÔLE DE MISE EN ŒUVRE.....	131
A - <i>L'OBLIGATION DE NOTIFICATION</i>	131
B- <i>UN CONTRÔLE DE LA RENÉGOCIATION ELLE-MÊME</i>	134
<i>Conclusion du chapitre</i>	137
<i>CHAPITRE 2- LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA CLAUSE RÉVOCATOIRE</i>	138
<i>SECTION 1 - L'EXAMEN DU CONTENU DE LA CLAUSE RÉVOCATOIRE</i>	139
§ 1 - L'AMÉNAGEMENT DES POUVOIR DU JUGE	139
A - <i>LA NOTION DE CLAUSE RÉVOCATOIRE</i>	140
B - <i>LA MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE RÉVOCATOIRE</i>	144
1 - <i>L'ABSENCE DE LA CONDITION DE MISE EN DEMEURE</i>	144
2 - <i>LA NOTIFICATION</i>	146
§ 2 - <i>LA PORTÉE DE LA CLAUSE RÉVOCATOIRE</i>	147

<i>A - UNE PORTÉE ÉTROITE</i>	148
<i>B - LA DISTINCTION ENTRE CLAUSE RÉGULATOIRE ET RUPTURE JUDICIAIRE</i>	150
<i>SECTION 2 - LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA CLAUSE RÉGULATOIRE</i>	152
§ 1 - LE CONTRÔLE DE LA RÉGULARITÉ FORMELLE DE LA CLAUSE RÉGULATOIRE.....	153
<i>A- LA VÉRIFICATION DE LA LICÉITÉ DE LA CLAUSE : LA PRÉVENTION DES CLAUSES ABUSIVES</i>	153
1 - LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE	154
a - LA DÉFINITION D'UNE CLAUSE ABUSIVE.....	154
b - LES CARACTÉRISTIQUES DE LA CLAUSE RÉGULATOIRE ABUSIVE	155
2 - LA SANCTION JUDICIAIRE DE LA CLAUSE RÉGULATOIRE ABUSIVE	159
a - LA SUPPRESSION DE LA CLAUSE RÉGULATOIRE EN DROIT DE LA CONSOMMATION	160
b - L'ANNULATION DE LA CLAUSE RÉGULATOIRE	162
<i>B - LA VÉRIFICATION DE LA VALIDITÉ DE LA CLAUSE RÉGULATOIRE</i>	163
1 - UNE LIBERTÉ DE RÉDACTION RÉSIDUELLE.....	164
2 - L'ASSURANCE DU RESPECT DES CONDITIONS D'APPLICATION.....	165
a - LE RESPECT DE LA MISE EN DEMEURE : UNE QUESTION D'ÉTHIQUE	166
b -LE RESPECT DU DÉLAI DE PRÉAVIS RAISONNABLE.....	168
§ 2 - LE CONTRÔLE DE RÉGULARITÉ COMPORTEMENTALE DU CRÉANCIER	170
<i>A -L'EXIGENCE DE L'IMPUTABILITÉ DU MANQUEMENT</i>	170
1 - LA PREUVE DU MANQUEMENT À L'OBLIGATION CONTRACTUELLE .	171

2- L'IMPUTABILITÉ DE L'INEXÉCUTION : FAIT GÉNÉRATEUR DE RUPTURE DU CONTRAT.....	173
a - L'OBLIGATION DE L'IMPUTABILITÉ DE L'INEXÉCUTION AU DÉBITEUR.....	173
b - LA FORCE MAJEURE : UN OBSTACLE À LA MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE RÉVOCATOIRE	176
<i>B - LE CONTRÔLE DE LA BONNE FOI DANS LA PRATIQUE CONTRACTUELLE.....</i>	178
1 - LA BONNE FOI DU CRÉANCIER.....	179
a - LES ASPECTS DE LA BONNE FOI DU CRÉANCIER.....	180
b - L'EXIGENCE DE LA BONNE FOI DU CRÉANCIER DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE RÉVOCATOIRE	182
α - LA TOLÉRANCE DU CRÉANCIER VIS-À-VIS DU DÉBITEUR DÉFAILLANT.....	182
β - L'ATTITUDE DU CRÉANCIER LUI-MÊME	184
2 - LA BONNE FOI DU DÉBITEUR : OBLIGATION OU SIMPLE CONSTATATION	187
3 - LA POSSIBILITÉ D'OBTENIR DU DÉLAI DE GRÂCE.....	190
a - « LE DOMAINE » DES DÉLAIS DE GRÂCE	191
b - « LE RÉGIME » DE DÉLAI DE GRÂCE	193
Conclusion du chapitre.....	196
Conclusion du titre I.....	196
Conclusion de la partie I.....	196
<i>PARTIE II - LA PROPORTIONNALITÉ RECHERCHÉE ENTRE LE MANQUEMENT CONTRACTUEL ET LES MESURES JUDICIAIRES.....</i>	198
TITRE 1- LA SATISFACTION DU CRÉANCIER VICTIME DE L'INEXÉCUTION.....	198
CHAPITRE 1 - L'ÉVITEMENT DE LA RUPTURE DU CONTRAT PAR LE JUGE	199
SECTION 1- UN DERNIER RECOURS POUR LE MAINTIEN DU CONTRAT	200

§ 1 - UN DÉLAI SUPPLÉMENTAIRE POUR S'EXÉCUTER	200
A - LA POSSIBILITÉ D'OCTROYER UN DÉLAI DE GRÂCE	201
B - LE DÉLAI DE GRÂCE DANS LE CODE CIVIL	205
§ 2 - LA SUSPENSION DU CONTRAT	208
<i>SECTION 2 - LA RÉFACTION DU CONTRAT</i>	<i>211</i>
§ 1 LA RÉFACTION DU CONTRAT, UNE ÉVOLUTION CONTRACTUELLE	213
§ 2 - LE RÉGIME DE LA RÉFACTION DU CONTRAT	216
A - LA NATURE DE LA RÉFACTION JUDICIAIRE DU CONTRAT	216
1- LA RÉFACTION JUDICIAIRE DU CONTRAT, UN REMÈDE À L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE	216
2 - LA RÉFACTION JUDICIAIRE DU CONTRAT COMME SANCTION....	218
B - UNE RÉFACTION DU CONTRAT POUR UNE MEILLEURE JUSTICE CONTRACTUELLE	220
1- UNE RÉFACTION JUDICIAIRE DES CLAUSES DÉJÀ EXISTANTES	221
2 - UNE RÉFACTION JUDICIAIRE DU CONTRAT RAJOUTANT DES OBLIGATIONS	224
Conclusion du chapitre.....	226
<i>CHAPITRE 2- L'EXÉCUTION FORCÉE DU CONTRAT</i>	<i>227</i>
<i>SECTION 1 - LE MAINTIEN JUDICIAIRE FORCE DES LIENS CONTRACTUELS</i> <i>.....</i>	<i>228</i>
§ 1 - LE FONDEMENT DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE	229
A - L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE, DROIT DU CRÉANCIER OU VOLONTÉ DU JUGE	229
B - UN EFFET DIRECT DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT	232
§ 2 - L'APPORT DU JUGE DANS CE DOMAINE	235
A- LA DÉTERMINATION DE L'OBLIGATION EXÉCUTABLE	236

<i>B - UNE EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE AU CAS PAR CAS</i>	239
<i>SECTION 2 - LA PLACE DE L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE</i>	243
§ 1 - L'INCIDENCE DISCRÉTE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT SUR LES DÉCISIONS DU JUGE	244
<i>A - L'AMORCE D'UN « DIALOGUE SANS PAROLES »</i>	245
1 - L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DES OBLIGATIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE	245
2 - UNE TENTATIVE DE RÉCONCILIATION ENTRE L'ARTICLE 1142 ET 1134 DU CODE CIVIL.....	249
<i>B - LA NÉCESSITÉ D'UNE RELECTURE DE L'ARTICLE 1142 DU CODE CIVIL</i>	251
§ 2 - LA PRÉVENTION DU RECOURS À LA JUSTICE PRIVÉE	255
Conclusion du chapitre.....	257
Conclusion du titre.....	257
TITRE 2 - LES ALTERNATIVES À L'EXÉCUTION DU CONTRAT STRICTO SENSU ...	258
<i>CHAPITRE 1 - LA GARANTIE D'UNE SOLUTION EFFICACE ET SATISFAISANTE</i>	259
<i>SECTION 1- UNE SOLUTION ÉQUIVALENTE À L'EXÉCUTION EN NATURE</i>	259
§1- LA RÉPARATION EN NATURE.....	260
<i>A - LA LICÉITÉ DE LA RÉPARATION EN NATURE EN DROIT FRANÇAIS</i>	260
1 - LE RÉGIME DE LA RÉPARATION EN NATURE	262
2 - LIMITES DE CONDAMNATION À LA RÉPARATION EN NATURE	265
<i>B - LA DISTINCTION ENTRE L'EXÉCUTION ET LA RÉPARATION EN NATURE</i>	266
§ 2 - L'INDIFFÉRENCE SUR LA PERSONNE QUI EXÉCUTERA L'OBLIGATION	269
<i>A - LA POSSIBILITÉ D'OBTENIR UNE EXÉCUTION PAR UN TIERS : LE REPLACEMENT</i>	270

<i>B- LE CONTRÔLE DU JUGE DES CONDITIONS DU REMPLACEMENT</i>	273
<i>SECTION 2 - LA RÉOLUTION JUDICIAIRE DU CONTRAT</i>	277
§1 - Le juge et la résolution du contrat pour force majeure	278
§ 2 - LA LIMITATION DES EFFETS DE LA RÉOLUTION	283
Conclusion du chapitre	284
<i>CHAPITRE 2 - L'OCTROI DE DOMMAGES ET INTÉRÊTS</i>	285
<i>SECTION 1- LA RÉPARATION PAR ÉQUIVALENT</i>	286
contractuelle	286
§1- L'ÉVALUATION DU DOMMAGE : UN DOMAINE RÉSERVÉ AU JUGE	286
A - <i>UNE ÉVALUATION DU DOMMAGE JUSTE ET ÉQUITABLE</i>	287
B - <i>L'EXISTENCE D'UN CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION</i>	289
1 - <i>LE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION DES MOTIFS PRÉSENTÉS PAR LE JUGE</i>	289
2 - <i>LE CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION PORTANT SUR L'INSUFFISANCE DES MOTIFS</i>	292
§ 2 - LA DIFFICULTÉ D'EXPRIMER UN PRÉJUDICE SUBI EN UNE SOMME D'ARGENT	296
A- <i>LES PRINCIPES SUR LESQUELS REPOSE L'ÉVALUATION DU DOMMAGE</i>	296
1- <i>LE PRINCIPE "D'ÉQUIVALENCE QUALITATIVE" : UNE ADÉQUATION ENTRE L'AMPLEUR DU DOMMAGE ET L'ÉTENDUE DE L'INDEMNISATION</i>	297
2 - <i>LES LIMITES AU PRINCIPE D'ÉQUIVALENCE QUALITATIVE</i>	299
B - <i>LES CONDITION DE L'OCTROI DE DOMMAGES ET INTÉRÊTS</i>	302
1 - <i>LE CONTRÔLE DU JUGE DES CONDITIONS DE FORME</i>	303
a - <i>LE CONTRÔLE DE LA MISE EM DEMEURE</i>	303

b - L'ASSURANCE DU JUGE DE L'EXISTENCE D'UN CONTRAT VALABLE ENTRE LES PARTIES	306
2 - LE CONTRÔLE DES CONDITIONS DE FOND	307
a - L'EXIGENCE D'UNE INEXÉCUTION DOMMAGEABLE.....	308
b - L'EXISTENCE D'UNE FAUTE CONTRACTUELLE.....	311
c - L'EXISTENCE D'UN LIEN ENTRE L'INEXÉCUTION ET LE DOMMAGE	312
§ 3 - LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'INEXISTENCE D'OBSTACLES À LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE	315
SECTION 2 - LE CARACTÈRE PUNITIF DE LA SANCTION	318
§ 1 - LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS.....	318
A - LA PLACE DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS.....	319
B - LA TENTATIVE D'INTRODUCTION DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS	321
1 - L'INTRODUCTION DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS	322
2 - LES CONDITIONS DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS SELON LE PROJET DE RÉFORME CATALA.....	324
§1 - LE CUMUL DE SANCTION	327
A- L'ADMISSION DE LA DOUBLE SANCTION EN DROIT POSITIF FRANÇAIS.....	327
B - LES LIMITES A LA POSSIBILITE DU CUMUL DE SANCTION	331
1 - UNE LIMITE LEGALE DU CUMUL DES SANCTIONS.....	331
2 - LE CUMUL DE SANCTION EXCLU OU LIMITE PAR LES PARTIES	338
a - L'INSERTION D'UNE CLAUSE PENALE	338
b - L'AMENAGEMENT PAR LES CLAUSES RESTRICTIVES DE RESPONSABILITE	341
Conclusion du chapitre.....	344

Conclusion du titre II.....	345
Conclusion de la partie II.....	345
CONCLUSION GENERALE	346
BIBLIOGRAPHIE	351
INDEX ALPHABETIQUE.....	414