L'abstention du titulaire d'une prérogative en droit privé : ébauche d'une norme de comportement

Fanny Brunel

▶ **To cite this version:**

Fanny Brunel. L'abstention du titulaire d'une prérogative en droit privé : ébauche d'une norme de comportement. Droit. Université Clermont Auvergne [2017-2020], 2017. Français. NNT : 2017CLFAD025 . tel-02141264

HAL Id: tel-02141264
https://theses.hal.science/tel-02141264

Submitted on 27 May 2019

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.

L'ABSTENTION DU TITULAIRE D'UNE PRÉROGATIVE

Ébauche d'une norme de comportement

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES ÉCONOMIQUES, JURIDIQUES, POLITIQUES ET DE GESTION
Université Clermont Auvergne

École Doctorale des Sciences Économiques, Juridiques, Politiques et de Gestion
Centre Michel de l'Hospital
Université Clermont Auvergne

L'ABSTENTION DU TITULAIRE D'UNE PRÉROGATIVE

Ébauche d'une norme de comportement

Thèse présentée et soutenue publiquement le **9 novembre 2017**,
pour l'obtention du titre de Docteur en Droit
par

Fanny BRUNEL

sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-François RIFFARD
et de Monsieur le Professeur Julien THÉRON

Membres du Jury

M. B. FOËX	Professeur et Doyen à l'Université de Genève	Rapporteur
M^me^ S. TISSEYRE	Professeur à l'Université Toulouse I Capitole	Rapporteur
M^me^ A.-B. CAIRE	Professeur à l'Université Clermont Auvergne	Suffragant
M. V. MAZEAUD	Professeur à l'Université Clermont Auvergne	Suffragant
M. J.-F. RIFFARD	Professeur à l'Université Clermont Auvergne	Directeur de thèse
M. J. THÉRON	Professeur à l'Université Toulouse I Capitole	Directeur de thèse

L'université Clermont Auvergne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Écriture arrêtée le 12 juillet 2017.

Quelques corrections effectuées en novembre 2017 suite à la soutenance.

Remerciements

Je remercie en premier lieu mes directeurs de thèse,

M. le Professeur Jean-François RIFFARD, pour l'encadrement régulier dont il a fait preuve toutes ces années, pour la confiance qu'il m'a accordée d'abord en me soumettant un sujet aussi passionnant, puis en me permettant d'intégrer l'atelier JurisData de la Cour d'appel de Riom et d'assurer des travaux-dirigés, deux activités ayant largement contribué à mon épanouissement de doctorante.

M. le Professeur Julien THÉRON, pour les conseils avisés et rigoureux qu'il m'a prodigués lors de cette étude et qui ont participé à l'aboutissement de ce travail. Merci de m'avoir appris à faire du doute une force dans mes recherches.

Je remercie également le Centre Michel de l'Hospital, l'École de Droit et l'Université pour leur accueil et la confiance dont ils m'ont honorée en m'accordant un financement et en m'attribuant des enseignements, expérience enrichissante qui a permis de conforter mon projet professionnel.

Merci au personnel de la Bibliothèque, savant orchestre de nos principaux outils de chercheurs.

Un amical merci à Isabelle DASTUGUE pour sa relecture attentive.

Merci à Amélie et Maman pour leur utile relecture de dernière minute.

Enfin, « parce qu'une thèse ne peut se faire qu'autour d'un café » pour reprendre les sages paroles de l'initiateur de la machine à café de la salle 252, merci à tous mes courageux compagnons de café autour duquel débats, échanges et soutien s'organisent.

Merci

À mes amis, pour la constance de leurs encouragements.

À ma famille, pour son amour qui m'accompagne quels que soient les chemins que je choisis d'emprunter.

En dernier lieu, chronologie oblige, je remercie sincèrement les membres de mon jury pour la richesse et le dynamisme de nos échanges lors de la soutenance.

« Pourquoi faut-il toujours que tu fasses ce qui est raisonnable au moment le plus déraisonnable ? »

La Septième vague, Daniel Glattauer, trad. éd. Grasset&Fasquelle, 2011

Abréviations

Abréviation	Libellé
Adde	Addendum/Additionner
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJDI	Actualité juridique de droit immobilier
al.	Alinéa
Anc.	Ancien
Arch. Phil. dr.	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass. nat.	Assemblée nationale
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Assoc.	Association
Banque et Droit	Revue Banque et Droit
Bibl.	Bibliothèque
BGB	Bügerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly Sociétés
c/	Contre
C.	Cour
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCI	Chambre de commerce internationale
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Cf	Confer
ch.	Chambre
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
coll.	Collection
com.	Chambre commerciale
comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Constr.-urb.	Construction-urbanisme
Contra	En sens contraire
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
copr.	Copropriété
CPC	Code de procédure civile
CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
CPI	Code de la propriété intellectuelle
D.	Dalloz (Recueil)
déc.	Décembre
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
dir.	Directeur(s)
Doctr.	Doctrine
Doc. fr.	Documentation française

dr.	Droit
Droit et patr.	Revue Droit et Patrimoine
éd.	Édition
EDED	L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté
EDUC	L'Essentiel Droit de l'immobilier et de l'urbanisme
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
fév.	Février
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
gén.	Général
GAJ civ.	Grands arrêts-Jurisprudence civile
Ibid.	Ibidem
in	Dans
Infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides (Recueil Dalloz)
janv.	Janvier
juill.	Juillet
J.-Cl.	Juris-Classeur (Encyclopédies)
JCP E.	Juris-Classeur périodique-Édition Entreprises et affaires
JCP G.	Juris-Classeur périodique-Édition générale
JCP N.	Juris-Classeur périodique-Édition notariale et immobilière
J.O.	Journal officiel
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
Jurispr.	Jurisprudence
Lettre d'act. des Proc. coll	Lettre d'action des Procédures collectives
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loyers et copr.	Revue Loyers et copropriété
LPA	Les Petites affiches
Mél.	Mélanges
Mis à j.	Mis à jour
n°	Numéro
not.	Notamment
Nouv.	Nouveau
nov.	Novembre
obs.	Observations
oct.	Octobre
op. cit.	Opere citado
ord.	Ordonnance
p.	Page
préc.	Précité
Préf.	Préface
Proc. civ.	Procédure civile
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance
RD banc. et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép. dr. civ.	Répertoire de droit civil
Rev.	Revue
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives

Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RGDP	Revue générale des procédures
RID comp.	Revue internationale du droit comparé
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDC	Revue Droit civil Lamy
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDI	Revue trimestrielle de droit immobilier
S.	Sirey
s.	Suivant
sect.	Section
sept.	Septembre
soc.	Chambre sociale
Somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
Supra	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
trad.	Traduction
UNIDROIT	Institut international pour l'Unification du droit privé
v.	Voir
vol.	Volume
1ère civ.	Première chambre civile
2ème civ.	Deuxième chambre civile
3ème civ.	Troisième chambre civile

SOMMAIRE

PARTIE I : L'ABSTENTION, UN FAIT JURIDIQUE ÉQUIVOQUE

TITRE I : LE PARADOXE DE L'ABSTENTION

CHAPITRE I : DES CONSÉQUENCES NÉFASTES

CHAPITRE II : UNE LÉGITIMITÉ CERTAINE

TITRE II : LES CONTRADICTIONS DU TRAITEMENT DE L'ABSTENTION

CHAPITRE I : LES LIMITES TEMPORELLES GARANTES DE LA LIBERTÉ D'ABSTENTION

CHAPITRE II : LES SANCTIONS CONTESTABLES

PARTIE II : PROPOSITION D'UN ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'ABSTENTION

TITRE I : LA RESPONSABILISATION DE L'AUTEUR DE L'ABSTENTION

CHAPITRE I : LE POSITIONNEMENT DU TERME DU DÉLAI RAISONNABLE

CHAPITRE II : LA PROPOSITION DU STANDARD DE L'AGENT RAISONNABLE

TITRE II : LA RESPONSABILISATION DES DESTINATAIRES DE L'ABSTENTION

CHAPITRE I : LES FONDEMENTS

CHAPITRE II : LES OUTILS JURIDIQUES

INTRODUCTION

1. **Présentation.** « Tôt ou tard les créanciers savent bien se présenter »[1].

À l'évidence, nul débiteur ne saurait contester la réalité d'un tel préjugé, et certainement pas ceux qui, faute d'un paiement spontané de leur part, ont fait l'expérience de « relances », éventuellement suivies de moyens plus coercitifs de la part de leurs créanciers. Ces derniers concluent, il est vrai, le contrat en vue d'obtenir le paiement. Ils exigent même bien souvent des garanties. On ne saurait donc s'étonner de ce que, les créanciers voulant recouvrer leur créance, effectuent les démarches en ce sens. D'ailleurs, l'absence de contestation quant à ce préjugé pesant sur les créanciers lui confère un caractère anodin. Aussi pourrait-il passer inaperçu. Mieux, aucune difficulté juridique n'étant *a priori* soulevée, les juristes sont enclins à passer leur chemin. Ils seraient, tout au plus, tentés de rappeler la règle de comportement et de bon sens qui veut que le créancier a tout intérêt à se présenter tôt plutôt que tard, s'il ne veut pas ne recevoir que les os[2]. Ou de poursuivre des problématiques *a priori* plus substantielles, telle la question de l'abus de recouvrement des créances[3] lorsque les créanciers se montrent trop menaçants envers leurs débiteurs. Mais il n'y a pas là matière à remettre en question l'évidence. Puisque « le recouvrement implique l'existence d'une démarche, amiable ou judiciaire, en vue de la récupération d'un élément d'actif »[4], et ce que la créance soit quérable[5] ou portable[6], le créancier voudra et viendra à un moment ou à un autre réclamer son dû[7]. C'est acquis. « *Ite missa est* » serait-on tenté de dire.

---

[1] A.-S. STRINDBERG, *Créanciers*, trad. G. LOISEAU, 2ème éd. Ollendorf, 1894, p. 136.

[2] V. l'adage « *Jura vigilantibus, tarde venientibus ossa* » qui signifie « Aux vigilants les droits, aux retardataires les os ». En effet, « le paiement est étroitement lié à la vigilance du créancier » (H. ROLAND et L. BOYER *Adages du droit français*, Litec, 4ème éd. 1999, p. 368).

[3] J. MESTRE, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », Mél. RAYNAUD, Sirey, 1985, p. 439 ; J. PRÉVAULT, « L'utilisation d'une procédure irrégulière et trop lourde pour recouvrer une créance minime constitue un abus de droit », D. 1996, p. 203, note CA Paris 7 déc. 1995.

[4] Cass. com. 14 oct. 1997, n° 95-10245, Bull. civ. IV, 1997, n° 261, p. 227, JCP G. 1997, p. 528, note R. MARTIN.

[5] La quérabilité n'est cependant pas une excuse pour ne pas payer ses dettes (Cass. civ. 24 nov. 2004, n° 03-15087, D. 2005, 12, obs. Y. ROUQUET).

[6] Si le créancier veut recouvrer sa créance il faudra qu'il réagisse face au débiteur défaillant.

[7] « Sous réserve de l'abus de droit ou de la fraude, le créancier peut agir en exécution de son titre tant que cette action n'est pas prescrite » (Cass. 2ème civ. 22 mars 2012, n° 11-12546, inédit). *Adde* « La banque agira tôt ou tard contre le débiteur » : A. BOIZE, « Non exercice par la banque d'une

Pourtant, à la réflexion, notre affirmation de départ peut se révéler beaucoup plus riche qu'il n'y paraît. Ceci apparaît lorsqu'elle est envisagée de manière négative et non plus positive. *Quid* du créancier qui volontairement n'agirait pas en paiement ? Et plus généralement, *quid* du titulaire d'une prérogative qui décide de s'abstenir ? Que cache un tel comportement ? Quels en sont les conséquences juridiques ? Cette hypothèse, *a priori* étrangère et contraire aux enseignements de la prudence, mérite toutefois d'être éprouvée plus avant par le Droit. Tel est l'objet de la présente étude.

I/ CONSIDÉRATIONS PRÉALABLES

A. CONTEXTE

1) Hypothèse de départ, l'abstention du créancier d'une somme d'argent

2. **Explication du préjugé.** Il est notoire qu'en principe « le paiement est le prix de la course »[8]. Le créancier est donc supposé adopter un comportement en vue d'obtenir le paiement. Il n'en demeure pas moins que, jusqu'à ce qu'il agisse à l'encontre du débiteur, il est inactif, même si cela ne reflète pas nécessairement son état d'esprit. Certes, le droit de créance est enfermé dans un délai de prescription[9], mais le créancier peut tout aussi bien se présenter immédiatement à l'exigibilité de la créance que faire valoir son droit plus tardivement, voire très tard, dès lors qu'il prête attention au fait qu'il ne soit pas trop tard[10]. Le terme du délai marque en effet la fin de la possibilité d'agir efficacement. Encore faut-il que la prescription soit invoquée[11]. Quoi qu'il en soit, un doute persiste sur le moment de l'action du créancier au sein du délai imparti, ce qui n'est pas neutre pour le débiteur. C'est au moment où ce dernier en prend conscience que le problème devient juridique. En effet, celui qui subit l'abstention peut alors vouloir connaître

---

procédure civile d'exécution et recours contre le notaire », Gaz. Pal. 4 août 2015, p. 23, note Cass. 1ère civ. 16 avril 2015, n° 14-16288, inédit.

[8] M. BURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, 5ème éd. 2016, p. 3, n° 6.

[9] Art. 2224 C. civ.

[10] Cass. com. 2 nov. 2016, n° 14-29723, note M. BOURASSIN, Gaz. Pal. 21 fév. 2017, n° 8, p. 66. Le caractère tardif de l'action en recouvrement d'une créance ne constitue pas une faute de la banque dès lors que son action est engagée dans le délai de prescription.

[11] CA Caen ch. 01 de la section civ. et com. 11 juin 2009, n° 08/01031 ; Cass. com. 30 nov. 2004, n° 01-13797, inédit.

ce qui se cache derrière l'inaction du titulaire de la prérogative et voir les inconvénients qui l'ont affecté réparés surtout si celui qui s'abstenait sort de son inaction.

3. **Une inaction sujette à interprétations.** De nombreuses hypothèses d'inaction sont envisageables, tels l'oubli, la négligence ou l'indifférence. Le pire, diraient certains[12], serait qu'il s'abstienne, c'est-à-dire qu'il choisisse délibérément de ne pas être actif dans le recouvrement. L'abstention interroge alors davantage que les autres inactions relevées parce qu'elle découle d'une intention particulière et en cela elle déstabilise. Elle conforte, toutefois, dans le même temps, le préjugé susvisé parce qu'elle est l'outil qui permet au créancier d'agir plus ou moins tôt, ou tard. En effet, si l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution, reprenant l'article 1er de la loi du 9 juillet 1991 consacrée aux procédures civiles d'exécution[13], et l'article 1341 du Code civil affirment clairement l'existence du droit à l'exécution[14] du créancier, ces textes n'obligent pas le créancier à exercer son pouvoir de contrainte immédiatement. Mieux, l'abstention, en étant le non exercice volontaire d'un droit ou d'une faculté par son titulaire[15], permet à celui-ci de contrôler son action dans le temps. Il peut d'ailleurs aspirer, en considération de la loi, de la convention et de la force obligatoire s'y attachant, *in fine* de la source de son droit, à ce que le débiteur, respectant son engagement, s'exécute de lui-même. À défaut, le débiteur ne peut qu'être dans la crainte du réveil de son créancier. Cependant, si le préjugé selon lequel les créanciers inactifs finissent,

[12] Cette pensée se trouve chez des auteurs pour qui l'abstention, même celle émanant du titulaire d'une prérogative est une faute dès lors qu'il peut être reproché à son auteur une quelconque maladresse ou une incorrection. A.-F. DELVILANI, *La responsabilité civile pour omission ou abstention*, éd. Service de reproduction, Grenoble 2, 1978, not. p. 86 ; M.-R. COHIN, *L'abstention fautive*, Paris, Sirey, 1929 et J. BOURRINET, *L'abstention source de responsabilité civile délictuelle*, Université de Montpellier, 1959. *Adde* G. VINEY (dir.), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4ème éd. 2013, « la faute d'abstention », p. 468, n° 452 *Adde* Cass. com. 30 nov. 2004, n° 01-13797, inédit : le pourvoi qualifie l'inaction totale de la banque de « choquante » ; Cass. com. 14 déc. 2004, n° 01-13062, inédit : Le pourvoi pour prouver l'existence d'une société de fait entre une société et la banque qualifie l'absence de procédure pour rechercher le recouvrement d'un pool bancaire de « comportement inhabituel » pour une banque.

[13] Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, *J.O.* du 14 juillet 1991, p. 9228, abrogée par l'ordonnance n° 2011-1985 du 19 déc. 2011.

[14] Art. L. 111-1 CPCE : « tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ». *Adde* CEDH 19 mars 1997, n° 18357/91, Horsnby c/ Grèce, JurisData n° 1997-990015 ; AJDA 1997, p. 896, J.-F. FLAUSS ; JCP G. 1997, II, 22949, O. DUGRIP et F. SUDRE ; RTD civ. 1997, p. 1009, J.-P. MARGUÉNAUD ; D. 1998, p. 74, N. FRICERO et Cons. constit. 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, D. 1999, p. 269, W. SABETE ; JCP G. 1999, I, 141, n° 12, B. MATHIEU et M. VERPEAUX.

[15] Cass. com. 18 nov. 1997, n° 95-13581, Bull. civ. IV, n° 293, JCP E. 22 janv. 1998, n° 1, p. 9.

même « tard », par réclamer le paiement dû suscitait une crainte, donc une pression chez le débiteur, l'opinion a évolué. Ce légitime espoir du créancier de ne pas à avoir à actionner son pouvoir de contrainte pour obtenir l'exécution qui lui est due, est parfois entretenu par le débiteur[16], voire détourné par lui lorsqu'il interprète l'abstention[17] et fait le pari de la prescription.

4. **Détournement du préjugé.** Le préjugé s'est retrouvé exploité, les débiteurs jouant sur ses contours dans leurs plaidoyers pour que le « ou tard » soit petit à petit supprimé[18], marginalisant *de facto* l'abstention du titulaire d'une prérogative et exacerbant l'imprévisibilité. Le préjugé demeure donc aujourd'hui. Néanmoins, avec le temps et la prise en compte des difficultés du débiteur par le Droit, il s'est doublé d'un précepte selon lequel si le titulaire d'une prérogative ne se présente pas tôt, c'est qu'après tout il se moque de celle-ci et ne la réclamera sans doute jamais, voire qu'il y a renoncé[19]. Cela est le résultat d'une interprétation de l'inaction du créancier qui sert l'intérêt de celui qui revendique la renonciation. Il ne s'agit toutefois que d'une vue de l'esprit qui ne correspond pas toujours à une vérité juridique. Pour preuve, il est pertinent d'invoquer le droit à l'exécution forcée. Ce dernier ne disparaît pas par le seul fait que pendant plusieurs mois, voire années, le créancier n'a pas réagi à l'inexécution de son débiteur. Ce n'est pas parce qu'il est resté dans un état de latence pendant un certain temps, qu'il avait renoncé à son droit[20] ou que ce dernier n'avait plus lieu d'être[21]. Le créancier peut ainsi décider de s'abstenir pour une durée plus ou moins courte sans vouloir abandonner son droit. La Cour d'appel de Paris avait en effet rappelé dans un arrêt du 11 février 1987 que « la renonciation à un droit acquis ne se présume pas » et

[16] CA Versailles, 4 mars 2003, n° 2001-7630 Le locataire « qui, après avoir laissé trois échéances de la fin de l'année 1998 impayées, a repris les paiements de façon irrégulière, certes, pendant les dix premiers mois de l'année 1999; que le locataire a invoqué des difficultés matérielles pour justifier le retard de paiement des loyers puis a promis à plusieurs reprises jusqu'à son départ des lieux de s'acquitter de sa dette locative » ; CA RIOM, com. 29 août 2012, n° 11-02454 croyance légitime quant à la bonne foi du débiteur qui paiera sans doute plus tard au vu de la somme déjà versée.
[17] *Cf Infra* interprétation de l'abstention en une renonciation.
[18] *Cf Infra*.
[19] Cette interprétation est souvent invoquée devant les juges qui ne donnent toutefois pas toujours raison à une telle argumentation Cass. 1ère civ. 29 mai 2013, n° 12-17952, inédit (absence de réclamation de l'indexation d'une prestation compensatoire pendant vingt-cinq ans n'équivaut pas à une renonciation) ; CA Paris, pôle 4 ch. 1, 28 oct. 2016, n° 15/06304 (abstention de se prévaloir de l'indexation de la rente ne constitue pas une renonciation tacite à se prévaloir de la clause résolutoire).
[20] *Cf Infra*.
[21] Cass. com. 18 janv. 1984, Bull. civ. IV, n° 24, RTD civ. 1985, p. 161, obs. J. MESTRE.

que « le seul retard apporté par le créancier au recouvrement de sa créance n'est pas de nature, […], à entraîner l'extinction de l'obligation du débiteur »[22]. De même, la chambre commerciale de la Cour de cassation a refusé de déduire « d'un retard » à demander l'exécution du contrat une renonciation à ce droit par le créancier[23]. Ce dernier n'était toutefois pas réellement en retard, le délai de prescription n'étant pas écoulé. Ce n'est pas parce qu'il tardait à exercer son droit qu'il n'était plus dans les temps pour remédier à son inaction par la suite.

5. **L'abstention et le caractère portable ou quérable de la créance.** Du côté de celui qui s'abstient, l'abstention découle de son espoir de ne pas à avoir à utiliser les moyens de contrainte que sa prérogative l'autoriserait pourtant à mettre en œuvre sur celui qui est défaillant[24]. Ce sentiment intime, n'est donc pas neutre juridiquement et est susceptible de créer une situation de fait, l'abstention. Effectivement, le créancier peut penser que le débiteur s'exécutera sans qu'il n'ait besoin d'intervenir et qu'il pourra bénéficier de l'avantage attaché à son droit sans avoir besoin d'entreprendre des démarches à l'encontre de son cocontractant. Il veut économiser ses efforts et ses frais[25]. En présence d'une dette portable, il est aisé de comprendre qu'il se repose sur cette idée pour justifier son abstention[26] et opposer au débiteur qui se plaint qu'il n'avait qu'à payer.

   En revanche, en cas de dette quérable, le fait que le débiteur spécule sur le temps qui passe pour pouvoir se prévaloir de la prescription est peut-être à considérer autrement puisqu'alors, par principe, c'est au créancier de faire le

[22] CA Paris, 11 fév. 1987, D. 1987, IR 71.
[23] Cass. com. 18 janv. 1984, Bull. civ. IV, n° 24, RTD civ. 1985, p. 161, obs. J. MESTRE.
[24] « règlement espéré », « il était délicat de diligenter une procédure de recouvrement à l'encontre de l'unique client de la société» (CA Riom, com. 29 août 2012, n° 11/02454).
[25] En application de l'art. L. 122-16 C. conso issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon, le fait pour un professionnel de réclamer des frais de recouvrement à un consommateur dans le cadre d'un recouvrement amiable est sanctionné de deux ans d'emprisonnement et jusqu'à 300 000 euros d'amende. Les frais de recouvrement amiable ne pouvant être mis à la charge du consommateur débiteur, le créancier professionnel peut s'abstenir pour ne pas supporter de tels frais. De plus, selon l'article L. 111-8 CPCE modifié par cette loi, les frais de l'exécution forcée sont à la charge du débiteur, sauf s'il est manifeste qu'ils n'étaient pas nécessaires au moment où ils ont été exposés. Les frais de recouvrement entrepris sans titre exécutoire restent en principe à la charge du créancier. Nonobstant le fait que le créancier qui justifie du caractère nécessaire des démarches entreprises pour recouvrer sa créance peut demander au juge de l'exécution de laisser tout ou partie des frais ainsi exposés à la charge du débiteur de mauvaise foi, le système est complexe et peut décourager le créancier dans ses initiatives, lequel préfèrera patienter (Cass. 1ère civ. 28 janv. 1976, n° 74-14069, Bull. civ. I, n° 37, p. 30).
[26] Cass. soc. 16 juill. 1997, n° 94-45077, inédit. Le salarié créancier justifie son abstention de réclamer le paiement de son salaire par « l'espoir de marchés potentiels ».

premier pas. Les conséquences de l'abstention sur le débiteur sont donc finalement à analyser plus attentivement.

6. **Conséquences pour le débiteur.** L'abstention place le débiteur dans une situation inconfortable parce qu'il ne connaît pas les intentions du créancier, ni les moyens par lesquels ce dernier fera valoir sa créance dans le futur. Il peut certes essayer de les deviner mais sans grande garantie. De plus, pendant que le créancier reste inactif, le débiteur, voire des tiers intéressés, dans l'incertitude, s'interrogent sur la meilleure conduite à tenir. Mieux, le temps s'écoule entrainant la naissance de certains de ses effets, notamment des effets défavorables au débiteur. Ainsi, ce dernier se retrouve face à une dette qui s'alourdit[27], des intérêts qui s'accumulent[28], sans compter les dangers de la capitalisation de ceux-ci[29]. Sa situation financière déjà mise à mal par l'accroissement de la dette non encore réclamée peut, de plus, s'aggraver à cause d'un changement dans sa situation personnelle, un divorce par exemple. Ces conséquences expliquent pourquoi le débiteur est d'autant plus prompt à reprocher au créancier son abstention. Il avait fait le pari de la prescription pour ne rien payer et voilà qu'il est en fait poursuivi et qu'il est amené à subir les effets du temps sur sa dette. Le débiteur n'est toutefois pas le seul à subir les conséquences du temps.

7. **Risques pour le créancier.** Plus le créancier attend pour recouvrer sa créance, plus cette dernière s'érode et plus il risque de se heurter à l'insolvabilité du débiteur. Le temps grossit la créance, ne serait-ce qu'avec les intérêts moratoires, en jouant, toutefois, contre ses chances d'être recouvrée. Aussi est-il logique de se demander pourquoi le créancier n'exerce pas son droit de créance immédiatement.

[27] Cass. com. 18 nov. 1997, n° 95-13581, Bull. civ. IV, n° 293, JCP E. 22 janv. 1998, n° 1, p. 9.
[28] Certes, une mise en demeure du débiteur par le créancier est nécessaire pour faire courir les intérêts moratoires (article 1344-1 C. civ.), donc en cas d'abstention du créancier quant à cette mise en demeure, ces derniers ne naissent pas. Cependant, il résulte de l'article 1344 du Code civil que la mise en demeure peut découler de la seule exigibilité de l'obligation lorsque le contrat le prévoit, auquel cas l'abstention du créancier ne bloque pas leur course. En outre, si le créancier met le débiteur en demeure mais s'abstient face à la persistance de l'inexécution, les intérêts s'accumulent. Par ailleurs, la mise en demeure est inutile pour les intérêts compensatoires lorsque l'inexécution de l'obligation est certaine et définitive (Cass. civ. 5 janv. 1938, DH 1938, p. 97 et Cass. civ. 9 déc. 1965, Bull. civ. I, n° 694, RTD civ. 1966, p. 796, obs. J. CHEVALLIER), ou que l'inexécution est avérée dès lors que le débiteur savait ce qu'il devait faire pour satisfaire le créancier (Cass. 3ème civ. 5 juill. 2011, n° 10-17351, inédit). Enfin, l'accumulation des intérêts impayés, mais dus mois par mois dans le cadre d'un crédit bancaire, se produit par leur additionnement (Cass. com. 30 nov. 2004, n° 01-13797, inédit).
[29] Art. 1343-2 C. civ.

Cela éviterait un désordre juridique. Il devrait donc agir tout de suite. Cependant, sa brutalité est aussi condamnée par les juges[30] qui, par ailleurs, accordent des délais de grâce en considération de la situation du débiteur et des besoins du créancier[31]. De cette manière, ils encouragent la tolérance du créancier, lequel peut être amené à temporiser avec l'abstention. Par conséquent, il est à la fois exigé du créancier de la réactivité et de la souplesse dans les délais pour laisser le débiteur s'acquitter du paiement. Cela est contradictoire et source de réflexion. L'abstention intrigue d'ailleurs encore davantage lorsqu'est constaté le fait qu'elle ne se limite pas aux hypothèses d'un créancier de somme d'argent face à son débiteur défaillant.

2) Une hypothèse à étendre

8. **Constat.** L'abstention a gagné en puissance surtout avec l'augmentation de l'individualisme[32]. À l'heure des crises économiques et financières, les hommes calculent de plus en plus le coût des choses, de leurs actions. Le droit de créance n'étant qu'une prérogative parmi d'autres, il s'est révélé plus judicieux d'élargir l'étude à l'abstention de tout titulaire d'une prérogative quelle qu'elle soit. En effet, de nombreuses hypothèses font état d'un titulaire volontairement passif alors que l'initiative du passage à l'action pour faire évoluer la situation lui appartient. Tel est le cas en matière de nullité relative. La nullité peut certes être relative ou absolue[33]. Néanmoins, si la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé au vu de la gravité de l'invalidité de l'acte qui contrevient à une règle sauvegardant l'intérêt général, la nullité relative n'est prévue que pour protéger un intérêt privé et est réservée à « celui que la loi entend protéger »[34], en général il s'agira du cocontractant. Ainsi, par exemple, lorsque deux personnes concluent un contrat

[30] Brutalité par l'immédiateté : CA Bordeaux 5 fév. 2008, n° 06/05969 ; brutalité par une action intempestive après une inaction Cass. 1ère civ. 16 avril 1996, n° 94-15600, JurisData n° 1996-001680 ; CA Riom, 29 fév. 2012, RG n° 11/00244, JurisData n° 2012-007840.
[31] Art. 1343-5 al. 1er C. civ. *Adde* ex CA Paris, pôle 01, ch. 04, 2 juill. 2010, n° 10/01891.
[32] Si au début du XXème siècle, le but de la société se situait dans l'utilité sociale des actes de chacun, l'époque contemporaine, au contraire, semble marquée par l'individualisme. Pour certains, « le Droit entretient l'individualisme » depuis la libération de l'individu opérée par la Révolution française (B. JEAN, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXème siècle*, Domat, Montchrestien, dr. privé, 1998, p. 447).
[33] Art. 1179 C. civ. issu de la réforme du 10 fév. 2016 qui définit légalement pour la première fois la nullité relative et celle absolue (C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des obligations*, Gualino, Mémentos LMD, 13ème éd. 2016, p. 98).
[34] Art. 1181 C. civ.

entaché d'une nullité relative, seul le cocontractant dont les intérêts privés sont atteints peut demander la nullité en justice. Aussi, tant qu'il n'y a pas eu de confirmation[35], l'autre reste-t-il dans l'expectative du devenir du contrat. Certes, certains outils existent pour que le cocontractant ou les tiers qui subissent l'abstention puissent pallier l'incertitude, telle l'interpellation interrogatoire[36] issue de l'ordonnance du 10 février 2016, mais ces outils n'ont pas de caractère obligatoire. Mieux, la discussion ne peut se réduire à un débat de sourds « il n'avait qu'à payer », « il n'a qu'à réclamer » ou « il n'a qu'à agir en justice » parce que « juridiquement ce serait plutôt à lui de faire le premier pas », auquel cas, en caricaturant, le gagnant serait le plus obstiné. Chacun étant titulaire de diverses prérogatives tout en étant amené à entretenir des liens avec d'autres, l'abstention est susceptible de concerner toute personne. Ainsi, et bien qu'elle dérange, l'abstention mérite que le débat s'élève.

9. **L'abstention à contre-courant.** L'abstention implique l'absence volontaire d'exercice de la prérogative, sans qu'une prise de position n'ait été exprimée pour l'intégralité du délai. La société, individualiste et de l'immédiateté, se sert alors de l'absence de certitude pour supposer, par une certaine normalité descriptive, que le titulaire d'un droit veut en principe tirer les avantages de ses prérogatives et ce dès l'instant où son droit naît, ou du moins dès qu'il peut être exercé. *A contrario*, s'il n'est pas dans l'immédiateté, elle considère que le titulaire restera indifférent à sa prérogative[37] ou qu'il est malhonnête[38]. Or, dans les faits, cela n'a pas de caractère automatique[39]. Aujourd'hui, cependant, il est attendu du titulaire d'une prérogative qu'il agisse vite[40]. La société, hyper-connectée et conditionnée à un délai de

[35] Art. 1182 C. civ.
[36] *Cf Infra*.
[37] C'est pourquoi lorsque le destinataire d'une abstention est assigné en justice, il oppose l'inaction du titulaire de la prérogative pour justifier sa propre conduite (CA Paris, pôle 4 ch. 1, 28 oct. 2016, n° 15/06304).
[38] Cass. crim. 15 juin 2016, n° 80864, inédit. Pour le pourvoi, « le fait pour un président d'une société de ne pas rembourser immédiatement le trop-perçu » de commissions par le président constituait un abus de bien social, alors qu'une « régularisation annuelle s'est toujours opérée en fait ».
[39] Celui qui s'abstient peut finir par agir : Cass. 1ère civ. 28 janv. 1976, n° 74-14069, Bull. civ. I, n° 37, p. 30.
[40] Il s'agit donc d'une attente sociale. v. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 408, Préf. A. LYON-CAEN, 2004, p. 134. « Les attentes sont sociales parce que découvertes dans la société et ne sont donc pas, contrairement à l'intention, puisées dans la conscience des contractants ».

réponse quasi-immédiat, semble en mal de patience[41]. L'abstention contrarie donc, d'une part, l'évidence constituée par le fait que le titulaire d'une prérogative va tout faire pour l'exercer et profiter de ses effets, et, d'autre part, celle selon laquelle le titulaire qui exerce sa prérogative est celui qui agit vite.

10. **Abstention et comportement attendu du titulaire d'une prérogative.** Le titulaire d'une prérogative aurait un rôle à jouer[42], la question reposant alors sur la rigueur ou la souplesse d'appréciation de ce rôle[43]. Le titulaire de la prérogative doit l'exercer dans le respect des autres. C'est la raison pour laquelle Monsieur le Professeur LEGEAIS remarque que « la reconnaissance d'une faculté peut être un piège pour [celui] qui ne l'exerce pas »[44]. Il est vrai qu'alors devoir et liberté se heurtent l'un à l'autre. Il est donc utile de s'assurer de la compatibilité de l'abstention avec ce rôle. La prérogative s'inscrit, en effet, le plus souvent dans un cadre précis, que ce dernier soit familial, contractuel, ou commercial par exemple. C'est pourquoi, ce qui est communément attendu du titulaire d'une prérogative donnée dépend des circonstances particulières, lesquelles sont prises en compte par le juge lorsqu'il doit apprécier le comportement d'une personne. Le Droit modèle en effet les règles de comportement en société, arbitre entre ce qui se fait ou ne se fait pas, même si la société a le pouvoir de faire évoluer ces règles afin qu'elles correspondent à ses nouvelles aspirations. Adopter le bon comportement a donc une importance considérable. Aussi serait-il utile de savoir comment l'abstention est juridiquement perçue.

L'analyse juridique du comportement n'est d'ailleurs pas un procédé nouveau. C'est même l'étape indispensable à la mise en place, au maintien, à l'évolution et à l'application du Droit qui se doit de coordonner les comportements entre eux pour permettre la vie en société. Le Droit a en effet vocation à étudier la société pour

---

[41] M. le Professeur TERRÉ parlait déjà à la fin du XX^{ème} siècle d'une société « ivre de vitesse » : F. TERRÉ, « Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité », *in Études dédiées à René ROBLOT. Aspects contractuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif*, LGDJ, 1984, p. 11, spéc. p. 15.

[42] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1927, p. 375, n° 296 : « nous sommes tenus de mettre nos facultés juridiques au service d'un motif adéquat à leur esprit et à leur mission ».

[43] « Pour pouvoir écarter le juge des conséquences de l'inexécution, le créancier devra être lui-même au-dessus de tout soupçon » (CA Paris, 19 juin 1990, obs. Y. PICOD, « Obligation de faciliter à son débiteur l'exécution de ses engagements et clause résolutoire », D. 1991, p. 515).

[44] D. LEGEAIS, « Hypothèque : responsabilité notariale », RD banc. fin. n° 3, mai 2010, comm. 97, comm. Cass. 1ère civ. 11 fév. 2010, n° 08-21565, JurisData n° 2010-051556 (Absence d'exercice du droit de suite par le créancier hypothécaire).

répondre à ses besoins par des normes appropriées. Ainsi, le législateur, les juges et les auteurs se sont employés à la prise en compte des comportements humains. Comme le rappelait déjà Monsieur le Professeur FAGES, « le terme même de comportement se trouve désormais au cœur des textes importants, telle que la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution ou encore les Principes UNIDROIT »[45]. En outre, ce vocabulaire est « de plus en plus souvent visé par la Cour de cassation, notamment dans les domaines des vices du consentement, de l'interprétation des clauses ambiguës, de l'exécution de bonne foi ou encore de la rupture du lien contractuel »[46]. L'auteur souligne ainsi les liens forts qui existent entre le comportement et le Droit. Il poursuit d'ailleurs ses allégations, pour démontrer l'importance de cette relation, en évoquant que « lorsqu'il est pertinent, le comportement (…) n'est pas un simple fait. Il accède au rang de donnée juridique, interfère dans le litige et entraine un grand nombre de solutions »[47]. L'appréciation du comportement par le juge est donc un enjeu pour les parties. Il y a là un intérêt supplémentaire à étudier l'abstention en tant que comportement. Le fait que le titulaire d'un droit reste inactif, dans le sens où il ne réagit *a priori* pas à la situation à laquelle il est confronté, renvoie, en effet, à une manière d'être ou d'agir, or cela correspond à la définition du comportement[48]. Le Droit peut donc se saisir[49] de l'abstention du titulaire d'une prérogative. Pourtant, il ne l'a pas fait. Au contraire, il conserve une vision réductrice de l'abstention.

B. LA PERCEPTION RÉDUCTRICE DU DROIT SUR L'ABSTENTION

11. **Observation de l'absence d'intérêt du Droit pour l'abstention.** L'abstention retient peu l'intérêt des juristes qui préfèrent mettre l'accent sur le droit de réaction et sur le devoir de réaction[50]. Ceci s'explique tout d'abord par le fait qu'il s'agisse d'un terme n'apparaissant pas dans les dispositions des principaux Codes du Droit

[45] B. FAGES, *Le comportement du contractant,* PUAM, Institut de droit des affaires, Préf. J. MESTRE, 1997, p. 5.
[46] *Ibidem.*
[47] B. FAGES, *op. cit.* p. 27.
[48] Définition du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, http://www.cnrtl.fr/, v. « attente ».
[49] « En tant que comportement, l'abstention se distingue des simples situations négatives », D. FALLON, *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, thèse, Toulouse, 2012, p. 82, n° 162.
[50] H. BARBIER, « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », RTD civ. 2016, p. 856, comm. CA Paris, 12 avr. 2016, n° 14/14884, et Cass. 3ème civ. 13 juill. 2016, n° 14-26958.

civil et du Droit des affaires, à savoir le Code civil, le Code de la consommation et le Code de commerce. En outre, la jurisprudence n'utilise que rarement le terme d' « abstention ». En conséquence, le questionnement sur l'abstention n'en devient, parallèlement, que plus intense. En effet, « l'étape du doute, certes transitoire, n'est pas stérile. Elle permet de passer à un crible exigeant les certitudes qu'on pourra s'accorder et qui constituent la condition même de la vie en société »[51]. Les doutes sur l'objet de la recherche entreprise ont ainsi fortifié la volonté de voir aboutir ce travail d'autant plus qu'il convient de comprendre pourquoi le Droit voit l'abstention sous le seul angle de la faute d'abstention[52], ou éventuellement sous celui de l'obligation d'abstention[53].

12. **La faute d'abstention.** Les auteurs[54], pour la plupart, envisagent l'abstention uniquement sous l'aspect d'une faute engageant la responsabilité de son auteur. Ils n'analysent l'abstention que comme une négligence ou un manquement à une obligation. L'expression consacrée en Droit positif est « la faute d'abstention »[55]. Pourtant, de longues hésitations avaient précédé cette conception de l'abstention. En raison du fait qu'une abstention est immatérielle[56], c'est-à-dire qu'elle ne se manifeste ni par un écrit, ni par un fait matériellement appréhendable, « au XIX^{ème} siècle, (…) il semblait difficile de considérer comme dangereux celui qui était resté passif ; en reprochant une inaction, l'on craignait de porter atteinte à la liberté

[51] J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, préf. B. TEYSSIÉ, éd. Panthéon Assas, Droit privé, Paris, 2003, p. 19.
[52] V. par ex. l'interdiction de dissimulation d'actif par abstention ou omission (art. L. 654-2 C. com.), *adde* CA Grenoble, ch. correctionnelle, 11 sept. 2003, n° 02/00772 relève que le fait de ne pas recouvrer les créances constitue ici, eu égard à la procédure collective, « un risque anormal ».
[53] Chr. BOILOT, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », RTD com. 2010, p. 243. *Adde* hypothèse de porte-fort abstention (Cass. com., 1er avr. 2014, n° 13-10629, Contrats conc. consom. n° 7, juill. 2014, comm. 150 par L. LEVENEUR).
[54] V. A.-F. DELVILANI, *op. cit.* M.-R. COHIN, *L'abstention fautive*, Paris, Sirey, 1929 et J. BOURRINET, *L'abstention source de responsabilité civile délictuelle*, Université de Montpellier, 1959. *Adde* G. VINEY (dir.), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4ème éd. 2013, « la faute d'abstention », p. 468, n° 452 et Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et les contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, Dalloz action, 2014-2015. « Abstentions fautives », p. 1894, n° 7202. *Comp*. Droit public : D. FALLON, *op. cit.*
[55] D'ailleurs, pour trouver l'occurrence « abstention » dans l'index d'ouvrages juridiques, il faut souvent aller à l'entrée « faute ». V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, lextenso, Defrénois, Droit civil, 5ème éd. 2011 (dans la 8ème éd. DE 2011 une entrée à « abstention a été ajoutée, néanmoins avec la juxtaposition du terme « faute » entre parenthèse) ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, Manuel, 6ème éd. 2016 ; G. VINEY (dir.), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4ème éd. 2013 ; *adde* note préc.
[56] M.-G. KIRMAN, *La complicité par abstention*, mémoire, p. 7, « l'abstention se distingue de l'action pour son immatérialité ».

individuelle »[57]. Un vif débat doctrinal[58] à ce sujet avait alors eu lieu et des décisions jurisprudentielles variées ont été rendues. Cependant, il ne fait plus de doute que la responsabilité de l'auteur d'une abstention peut parfois être engagée[59]. Le fait de ne rien faire peut être aussi fautif qu'un acte positif.

La faute d'abstention a ainsi été définie par la Cour de cassation, en matière délictuelle, dans l'arrêt *Branly* du 7 février 1951[60]. Dès lors, « l'abstention même non dictée par la malice ou l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, règlementaire ou conventionnelle soit aussi dans l'ordre professionnel ».

13. **Réticence dolosive.** Il est utile d'évoquer une forme singulière de la faute d'abstention. Cette hypothèse s'appuie sur le silence. Celui-ci peut effectivement être volontairement gardé dans le but de taire une situation embarrassante. Une telle hypothèse peut toutefois dégénérer en réticence dolosive. Dès lors, le silence, s'il ne découle pas d'une intention loyale, est susceptible d'être sanctionné - et non simplement interprété - pour des raisons de sécurité juridique. S'abstenir de parler ou de communiquer sciemment un élément, c'est taire quelque chose de su par l'agent lui-même. La réticence sera alors constitutive d'un dol chaque fois qu'une obligation de renseignement était présente[61] et chaque fois que les informations ont été intentionnellement dissimulées parce qu'elles auraient eu une influence conséquente sur le consentement de l'autre partie[62]. En effet, pour que la réticence soit qualifiée de dolosive et sanctionnée par la nullité, elle doit avoir entrainé une erreur du cocontractant qui n'aurait pas contracté sans cette manœuvre. Dans de tels cas, en raison de l'obligation présente, la qualification à retenir n'est donc pas celle d'abstention mais de réticence dolosive.

---

[57] E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, Manuel, p. 394.
[58] Débat entre les partisans d'une acceptation large de la faute d'abstention et les auteurs plus libéraux J. CARBONNIER, *Le silence et la gloire*, D. 1951, chron. p. 119 ; N. DEJEAN DE LA BATIE, note JCP, 1969, II, 16027 ; M. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité*, t. 1, 6ème éd. n° 525 à 526.
[59] Cass. 1ère civ. 11 juin 1996, n° 94-18250, Bull. 1996, n° 245, p. 173, D. MAZEAUD, Defrénois, 15 sept. 1996, n° 17, p. 1007.
[60] Cass. civ. 27 fév. 1951, D. 1951, n° 331, note DESBOIS.
[61] Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Lexisnexis, Manuel, 12ème éd. 2012, p. 147, n° 195.
[62] Cass. 3ème civ. 15 janv. 1971, Bull. civ. 1971, III, n° 38, p. 25, RTD civ. 1971, 839, obs. Y. LOUSSOUARN.

En revanche, dans la célèbre affaire Baldus[63], les juges ont refusé l'application de l'article 1116 ancien du Code civil parce qu'il n'y avait pas d'obligation d'information incombant à l'acheteur. Ce dernier connaissait la véritable valeur des photographies objets de la vente et n'en informa pas le vendeur qui, l'ignorant, consentit à la vente pour un prix dérisoire. Ce rejet de condamnation de la réticence s'explique par la reconnaissance d'une certaine liberté de préserver ses propres intérêts. Ceci a d'ailleurs été confirmé par un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 17 janvier 2007, lequel a affirmé que même un acquéreur professionnel n'a pas l'obligation de divulguer la réelle valeur du bien vendu au vendeur[64]. La divulgation de cette affirmation est une prérogative de l'acquéreur. Il est donc clair qu'il ne peut pas être reproché à l'acquéreur son égoïsme lorsqu'il s'abstient de révéler la valeur réelle du bien pour payer un prix inférieur, en somme de vouloir « faire une bonne affaire » face à un vendeur qui ne s'est pas suffisamment renseigné sur la valeur de son propre bien avant de le mettre en vente.

Il apparaît alors utile de comparer l'abstention et la négligence, la différence se situant dans le caractère fautif. La négligence désigne le fait de « ne pas accomplir un acte qu'on aurait dû accomplir »[65]. Elle est une faute à part entière tandis que l'abstention, si elle est susceptible d'être fautive, n'est pas une faute par essence. Ces nuances doivent être mieux cernées.

Ainsi, la faute d'abstention est la violation d'une obligation préexistante[66] d'agir ou de parler[67] susceptible d'engager sa responsabilité délictuelle ou contractuelle. Ainsi, il importe de préciser que l'obligation préexistante renvoie à « un lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont

---

[63] Cass. 1ère civ. 3 mai 2000, D. 2002. Somm. 928, obs. O. TOURNAFOND ; RTD civ. 2000, 566, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Contrats Conc. Consom. 2000, comm. n° 140, obs. L. LEVENEUR ; JCP 2000. I. 272, obs. G. LOISEAU ; JCP 2000, II, 10510, obs. Chr. JAMIN ; Defrénois 2000. 1110, obs. Ph. DELEBECQUE et D. MAZEAUD ; LPA, 5 déc. 2000, 14, note B. FROMION-HEBRARD.

[64] Cass. 3ème civ. 17 janv. 2007, n° 06-10442, Bull. civ. 2007, III, n° 5, D. 2007, p. 1051, note D. MAZEAUD, « Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite ! » ; RDC 2007, n° 3, p. 703, note Y.-M. LAITHIER ; JCP N. 2007, n° 18, p. 21, note Chr. JAMIN ; RTD civ. 2007, n° 2, p. 335, note J. MESTRE et B. FAGES ; Contrats conc. consom. 2007, n° 5, p. 13, note L. LEVENEUR ; JCP E. 2008, p. 24, note E. CHATAIN.

[65] Dictionnaire Larousse, v. « négligence ».

[66] V. définition de la faute par PLANIOL « manquement à une obligation préexistante », (M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 863).

[67] Cas de la réticence dolosive. (Cass. 1ère civ. 25 juin 2015, n° 14-18486 et n° 14-19786, JurisData n° 2015-015677, Contrats, conc. consom. 2015, comm. 268, note G. RAYMOND. *Adde* Cass. soc. 25 avr. 1990, D. 1991, p. 507, note J. MOULY).

tenues d'une prestation envers une ou plusieurs autres- le ou les créanciers- en vertu soit d'un contrat, soit d'un quasi-contrat, soit d'un délit ou d'un quasi-délit, soit de la loi »[68]. En somme, la faute d'abstention renvoie à l'inexécution et se distingue *a fortiori* de l'abstention du titulaire d'une prérogative. C'est ce dernier cas qui sera envisagé dans cette étude sous le vocable d' « **abstention** ».

14. **Confusion entre l'abstention du titulaire d'une prérogative et la faute d'abstention.** L'abstention se distingue de l'inexécution et *a fortiori* de la faute d'abstention[69]. Certes, cela ne signifie pas que l'abstention du titulaire d'une prérogative ne puisse jamais être blâmable, mais il est important de retenir le fait que l'abstention ne correspond pas à la faute d'abstention, amalgame qui se produit souvent par manque de rigueur dans l'utilisation du vocabulaire[70]. La complexité de retenir une définition juridique se fait d'autant plus ressentir que dans le langage courant « s'abstenir de » est le plus souvent assimilé à « refuser de » ; or il a pu être déduit des recherches effectuées que « s'abstenir » et « refuser pour l'avenir » ne coïncident pas toujours. La terminologie retenue par les juges[71] et les auteurs[72] crée, de surcroît, des confusions. Leur emploi du verbe « s'abstenir de » illustre parfaitement le problème puisqu'il est souvent utilisé sans respect de la nature de l'inaction en cause. Ainsi, s'abstenir de faire quelque chose qui est facultatif, est une abstention, mais, s'abstenir de faire quelque chose qui a un caractère obligatoire est une inexécution, et non une abstention[73] comme pourrait le laisser penser le verbe « s'abstenir ». Il arrive, dans les faits, que le titulaire de la prérogative qui s'abstient agisse par la suite. Il n'est donc pas toujours question d'un vrai refus d'agir mais plutôt d'un refus temporaire, et non exprimé, d'exercer

[68] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « obligation ».
[69] *Cf Supra* n° 12 et s.
[70] Les parties en jouent d'ailleurs, ajoutant ainsi à l'insécurité juridique générée. Par exemple, il arrive qu'une partie forme un pourvoi en cassation en se fondant sur le fait que la Cour d'appel n'aurait relevé qu'une « simple abstention ». Or, en l'occurrence, l'abstention était une faute d'abstention. La Cour de cassation a laissé cette qualification à la souveraine appréciation des juges du fond (Cass. crim. 12 janv. 2005, n° 04-80513, Inédit).
[71] « rester dans l'inaction » constitue « une négligence dans la protection de ses intérêts » non fautive (CA Reims, 10 juill. 2012, n° 11/02918 et Cass. com. 30 nov. 2004, n° n° 01-13797, inédit). La négligence est pourtant une faute. Il y a donc un problème de rigueur dans l'utilisation du vocabulaire.
[72] *Cf Infra*.
[73] CA Riom, com. 18 juin 2014, n° 13/00484, JurisData n° 2014-019632.

sa prérogative. La vision sur ce qu'est l'abstention est donc souvent erronée, d'où le besoin de clarification.

15. **Explication de la confusion.** La difficulté de distinguer la faute d'abstention et l'abstention s'explique par le fait que le législateur n'a pas instauré un véritable statut de l'abstention. La Doctrine, reprend, quant à elle, la distinction opérée par DEMOGUE entre l'abstention pure et simple et l'abstention dans l'action[74]. Cette dernière hypothèse, tout d'abord, désigne l'abstention qui intervient dans une « activité d'ensemble »[75] et doit être traitée comme une action. Celui qui s'est abstenu était en fait en train de pratiquer une certaine activité, et c'est au cours de cette activité principale que l'individu en cause s'est abstenu. Il a pu, par exemple, s'abstenir de prendre toutes les précautions nécessaires à l'action. Ensuite, l'abstention pure et simple est davantage discutée. Il est, dans ce cas, reproché à celui qui s'abstient de ne pas être intervenu dans le processus ayant conduit au dommage. Autrement dit, celui qui s'abstient a laissé *de facto* se produire un événement qu'il n'avait malgré tout pas créé. Certains auteurs prônent alors la différence entre l'intention malicieuse et l'absence d'une telle intention pour apprécier la faute[76].

Toutefois, la distinction entre l'abstention pure et simple et l'abstention dans l'action, si elle a le mérite d'exister, ne semble pas tout à fait adaptée au problème de l'abstention dans l'exercice d'une prérogative. D'une part, une abstention reste une abstention qu'elle s'inscrive dans une action ou non. D'autre part, et surtout, cette dichotomie a été créée pour la faute d'abstention et ne permet pas d'aboutir à une compréhension claire et effective de l'abstention du titulaire d'une prérogative, laquelle a donné naissance à un sujet digne d'intérêt.

---

[74] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I *Sources des obligations*, t. III, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 438, n° 259. Distinction reprise et présentée par de nombreux auteurs : A. TUNC, H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Préf. H. CAPITANT, t. 1, éd. Montchrétien, 5ème éd. 1957, p. 614, n° 535 et s.) ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, Manuel, 4ème éd. 2016, p. 208 et s. n° 311 et s. ; G. VINEY (dir.), *op. cit.* p. 462, n° 456 et Ph. LE TOURNEAU (dir.), *op. cit.* p. 1894, n° 7203 et suiv.

[75] Ph. BRUN, *op.cit.* p. 205, n° 311.

[76] Ph. BRUN, *op. cit.* p. 204, n° 310.

II/ L'INTÉRÊT DU SUJET

16. **Naissance du sujet.** Une épineuse question a jailli de la difficulté de rencontrer le terme d'abstention dans les différentes sources du Droit. Cette interrogation porte sur l'existence juridique de l'abstention du titulaire d'une prérogative, laquelle est déterminante pour la poursuite du travail entrepris. Ce n'est, en effet, que suite à cette démonstration qu'il conviendra de confronter l'abstention avec d'autres notions pour souligner son intérêt.

A. L'EXISTENCE JURIDIQUE DE L'ABSTENTION DU TITULAIRE D'UNE PRÉROGATIVE

17. **La prérogative.** Puisque l'abstention porte sur l'exercice d'une prérogative, il convient avant tout de voir la définition juridique de cette dernière. Une prérogative est un pouvoir lié à une capacité donnée. Elle est notamment attribuée par la loi ou par un contrat. Le terme est donc employé ici dans son sens générique[77] et se différencie donc de la vision restrictive donnée dans l'arrêt *Les Maréchaux* du 10 juillet 2007[78] qui opère une distinction entre les « prérogatives contractuelles » et les droits et obligations, substance du contrat. Ainsi, une prérogative peut être un droit, potestatif ou non, une faculté ou une formalité[79]. Pour se référer à quelques exemples concrets, il est possible de citer le droit de créance, le droit d'option[80], - lequel se rencontre dans de nombreux domaines : promesses unilatérales, droit de préemption ou en matière successorale -, la liberté d'agir en justice, prendre une sûreté, etc… Il est ainsi important de s'attarder sur ces différentes sortes de prérogatives en les définissant afin de déterminer plus

[77] Il ne sera donc pas question de trancher la querelle doctrinale sur l'existence et les effets d'une notion de prérogative, ni de restreindre ce terme à la seule prérogative contractuelle. V. D. MAZEAUD, « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », RDC, 1er avril 2011, n° 2, p. 690, *adde* Ph. STOFFEL-MUNK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 337, Préf. R. BOUT, 2000 : l'auteur classe les prérogatives. Contr. D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », RDC, 1er avril 2011, n° 2, p. 644, Comp. Y. GUENZOUI, « Les querelles doctrinales », RTD civ. 2013, p. 47 spéc. note 104.

[78] Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14768, JCP G. 2007, II, 10154, obs. D. HOUTCIEFF ; D. 2007, p. 2844, note P.-Y. GAUTHIER ; RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. FAGÈS ; RDC, 1er oct. 2007, n° 4, p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; X. DELPECH, « Le devoir de bonne foi n'écarte pas la force obligatoire du contrat », Dalloz actualité 12 juill. 2007.

[79] V. P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », Arch. Phil. dr. n° 5, 1960, p. 77 et s.

[80] I. NAJJAR, *Le droit d'option - Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral*, LGDJ, 1967, Bibl. dr. privé, t. 85.

précisément ce sur quoi porte l'abstention. Quoi qu'il en soit, la prérogative porte en elle la reconnaissance juridique d'un choix accordé à son titulaire.

18. **Le droit.** Un droit, tout d'abord, est une prérogative qui est juridiquement reconnu à une personne, cette dernière bénéficiant alors d'un pouvoir de contrainte pour le faire respecter. Les doctrines classiques définissaient en effet le droit comme « une sphère d'exercice à la volonté individuelle ou comme la reconnaissance d'un intérêt légitime et de sa protection juridique »[81]. Le titulaire a alors les outils pour décider, de manière presque discrétionnaire, quel exercice il en fera et comment il en disposera finalement.

Une catégorie de droits spécifiques, les droits potestatifs ont, quant à eux, vocation à être exercés de manière discrétionnaire. Par exemple, dans le cas où un salarié effectue une invention pendant ses heures de travail sur son lieu de travail, l'employeur dispose d'un droit potestatif quant à l'option légalement offerte[82]. Après la levée de l'option, le bénéficiaire devient acquéreur. L'employeur est désormais titulaire d'un droit réel, droit à caractère patrimonial qui est exercé directement sur une chose, en l'occurrence sur l'invention. Autrement dit, l'employeur a le droit d'acquérir, à son appréciation, c'est-à-dire par l'effet de sa propre décision, l'invention d'une autre personne, son salarié. La revendication d'attribution, exercée par lui seul, suffit à le faire devenir propriétaire de l'invention, laquelle entre alors dans le patrimoine de l'entreprise. En ne levant pas l'option volontairement, l'employeur retient, de fait, son droit de revendiquer l'invention du salarié. Néanmoins, il faut noter que l'abstention peut également porter sur une formalité.

19. **La formalité.** Toutes les prérogatives sont facultatives et confèrent donc le choix de les exercer. C'est d'ailleurs de cette manière que le titulaire de la prérogative a la possibilité de jouir des effets attachés à cette dernière dès lors qu'il agit au sein du délai imparti. Certaines prérogatives peuvent être exercées immédiatement, sans prérequis. D'autres exigent des étapes préalables, comme accomplir certaines formalités sans lesquelles l'exercice ne pourrait aboutir à la jouissance effective

[81] Propos de IHERING, cité par J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 1ère éd. 2011, notion n° 3, p. 149.
[82] Art. L. 611-7 CPI.

des bénéfices liés à la prérogative. Les formalités appartiennent alors à une catégorie particulière qu'il convient d'analyser pour démontrer leur nature de prérogative.

Les facultés sont « des pouvoirs juridiques de l'homme accessoires à une situation juridique permanente (…) elles ne sont donc pas par elles-mêmes des droits subjectifs (…) ». Aussi, l'individu peut-il en user selon ses besoins. Reconnaître une faculté[83] revient donc à reconnaître la liberté d'action ou non du bénéficiaire face à celle-ci. Cela équivaut *a fortiori* à le laisser maître du choix de l'option qui satisfera le mieux ses intérêts. Elles regroupent divers actes exigés par la loi « soit comme condition de recevabilité ou comme condition préalable nécessaire à l'obtention d'un avantage »[84]. En tant qu'acte exigé par la loi, elles pourraient être de véritables obligations.

Une obligation a en effet pour objet une prestation, qui doit *a priori* être exécutée en vertu du respect d'un texte ou d'un contrat. Il s'agit « du lien de droit unissant le créancier au débiteur. (…) Plus précisément, il y a obligation quand une personne (le créancier) peut juridiquement exiger d'une autre (le débiteur) une prestation »[85]. Elle se caractérise par le pouvoir de contrainte du créancier à l'encontre du débiteur[86].

Cependant, une formalité n'est un acte exigé que « comme condition de recevabilité ou comme condition préalable nécessaire à l'obtention d'un avantage ». Il s'agirait alors d'une obligation conditionnelle. Cette dernière est définie par le Professeur CORNU comme étant « l'obligation affectée d'une condition »[87], c'est-à-dire que le résultat juridique dépend de la modalité de l'obligation, cette dernière étant soumise à la volonté du titulaire de la prérogative principale. La formalité ne lie ce dernier que s'il le décide. La formalité n'est que le moyen d'atteindre un effet particulier dont l'avènement dépend de la volonté du titulaire de la prérogative.

Ceci est d'autant plus logique que la formalité ne reflète pas un lien de droit unissant un créancier et un débiteur. Certes, l'obligation légale engage celui qui y

[83] P. ROUBIER, art. préc. p. 92 et 95.
[84] G. CORNU (dir), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « formalité ».
[85] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, lextenso, Defrénois, Droit civil, 5ème éd. 2011, p. 1, n° 1.
[86] *Ibidem*.
[87] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « obligation conditionnelle ».

est soumis malgré lui, mais le titulaire d'une prérogative devant accomplir une formalité pour jouir des effets attachés à celle-ci ne semble pas engagé envers une personne autre que lui-même. Le fait que la formalité conditionne l'avènement des avantages, sans être susceptible d'entrainer la mise en œuvre d'un pouvoir de contrainte, démontre que la formalité n'est pas une obligation mais une prérogative particulière. En effet, elle permet à une autre prérogative de naître.

La prérogative peut finalement être caractérisée par le pouvoir de décision qu'elle offre à son titulaire. Ainsi, objet de l'abstention, elle a une existence juridique. Il importe à présent de tester celle de l'abstention du titulaire d'une prérogative.

20. **L'existence juridique de l'abstention.** Pour que son étude soit justifiée, il faut que le comportement d'abstention du titulaire d'une prérogative se rencontre et que le Droit trouve un intérêt à s'en saisir, ce qu'il n'a pas fait pleinement jusque-là.

Avant d'avancer le moindre élément de réponse, il convient de rappeler que ce n'est pas parce qu'un mot est peu employé, que ce à quoi il se rapporte n'existe pas. De fait, ce n'est pas parce que le terme d'abstention tel qu'envisagé ici, à savoir l'inaction volontaire du titulaire d'une prérogative, n'est que rarement à relever que l'abstention n'est pas. Il importe au contraire de démontrer que l'abstention existe, ce qui revient, en premier lieu, à s'assurer du fait que le non-exercice d'une prérogative existe et, en second lieu, à attester de l'intention qui accompagne cette absence d'exercice.

21. **L'existence du non-exercice d'une prérogative.** Observer l'absence d'action équivaut à se rendre compte de l'absence de mouvement de la part de l'intéressé[88]. Ainsi, en premier lieu, tout comme il est possible d'agir, il est possible de ne pas agir. D'ailleurs, il n'est pas dans la nature de l'Homme d'être d'une rigueur sans faille. De plus, le don d'ubiquité serait parfois nécessaire pour exercer toutes ses prérogatives sans exception. L'inaction semble donc inéluctable dans la vie d'un titulaire de prérogatives. Le non-exercice se rencontre, crée parfois des litiges et existe donc.

[88] « Une situation d'absence dispose en effet d'une existence propre », D. FALLON, *op. cit.* p. 84, n° 169.

Mieux, l'inaction a une existence juridique. Le Droit positif veille en effet à encadrer l'exercice d'une prérogative dans des délais marqués notamment par la prescription[89], la forclusion[90] et la caducité[91] si l'inaction se poursuit jusqu'au terme du délai. En outre, ce terme marque également la fin de l'abstention. Peu importe, en effet, une fois ce terme atteint, que le titulaire du droit reste volontairement dans l'inaction puisque son choix d'agir ou non n'existe plus. Son intention n'a plus d'importance. L'intention de ne pas jouir dans l'immédiat des effets de ses prérogatives, caractéristique de l'abstention, n'en est que plus manifeste.

22. **Intention de ne pas jouir des effets de sa prérogative.** Ainsi, en second lieu, le titulaire d'une prérogative se retrouve souvent à devoir faire un choix et c'est paradoxalement de cette vérité que naît l'abstention. C'est pourquoi Monsieur CÉLICE affirmait, dès 1968, qu'il faut admettre que la classification des attitudes fondamentales en deux groupes, OUI et NON, est insuffisante puisqu'il en existe une troisième, l'abstention. Quant à cette dernière, l'auteur met en avant le fait qu'il s'agit de ne pas intervenir dans la situation offerte et ce consciemment, de manière délibérée[92]. Pour preuve, il est possible de se référer à un cas bien connu d'abstention, l'abstention en matière électorale. Elle désigne alors le fait volontaire de ne pas se déplacer pour aller exercer son droit de vote. Le citoyen censé aller voter, puisqu'il avait malgré tout pris soin de s'inscrire sur la liste électorale, reste inactif[93]. En Droit, l'abstention renvoie bien à un non-exercice[94], plus encore, un non-exercice reflétant la volonté de ne pas jouir de ses droits, en ce qui concerne l'abstention électorale, de ses droits civiques. L'abstention équivaut ainsi au choix de ne pas exprimer ou faire-valoir sa prérogative. L'intention détermine donc l'abstention qui a une existence juridique même si celle-ci n'est pas développée

[89] *Cf Supra* n° 2 à 5.
[90] Art. 122 CPC.
[91] Art. R311-11 CPCE.
[92] B. CÉLICE, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, Préf. J. CARBONNIER, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1968, t. LXXXIV, p. 75, n° 120.
[93] V. définition de l'abstention en matière électorale. Elle s'oppose à la personne qui ne vote pas parce qu'elle ne s'est pas inscrite sur les listes électorales. À nuancer aujourd'hui avec l'inscription d'office sur les listes électorales à dix-huit ans. Néanmoins, l'adresse prise en compte est celle déclarée lors du recensement effectué à seize ans. Si le nouvel électeur veut voter dans une autre commune, il doit faire la démarche de s'inscrire.
[94] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « abstention ».

parce que le Droit se contente d'encadrer l'inaction sans distinction. Il en existe pourtant différentes formes. Il est ainsi intéressant de confronter l'abstention à des notions lui étant proches.

B. CONFRONTATION DE L'ABSTENTION AVEC D'AUTRES NOTIONS

23. **Trois confrontations.** Il convient tout d'abord d'opérer une distinction entre l'abstention et les autres formes d'inaction pour mieux cerner sa particularité, laquelle rend la distinction entre l'abstention et la renonciation essentielle. Enfin, opérer une différence entre l'abstention et l'abstinence juridique permet d'apporter une précision quant à la limitation du sujet tenant à la nature des prérogatives abordées.

24. **Distinction de l'abstention avec d'autres modes d'inaction.** L'intention, consubstantielle à l'abstention, permet à celle-ci de se différencier de l'oubli et de l'omission qui ne présentent pas cette caractéristique. Effectivement, l'oubli est un phénomène psychologique involontaire. L'individu ne se rappelle pas d'un élément pourtant présent dans sa mémoire et qui aurait dû s'activer. L'abstention n'est pas non plus une omission, cette dernière n'ayant pas de dimension intentionnelle[95]. L'auteur d'une omission n'a en effet pas eu l'intention de ne pas jouir des effets de sa prérogative[96]. Malgré tout, la confusion entre l'omission et l'abstention est souvent opérée par les auteurs[97] et les juges[98]. Ainsi, certains auteurs utilisent les termes « omission » et « abstention » en les juxtaposant. Il semblerait donc qu'ils les différencient mais ils n'expliquent pas pourquoi[99]. D'autres emploient les deux expressions indifféremment[100]. Cela est source d'un manque de clarté et d'une insécurité juridique certaine.

---

[95] CA Rennes, 18 sept. 2007, n° 06/04952.

[96] Les juges n'utilisent pas toujours rigoureusement ces mots. V. toutefois pour la reconnaissance par la Cour de cassation de la distinction du sens de ces termes : Cass. com. 26 janv. 1993, n° 91-12606, Dr. Sociétés 1993, n° 76, obs. H. LE NABASQUE ; D. 1994, p. 69, note J. MOURY ; RTD civ. 1994, p. 584, obs. J. MESTRE : « la renonciation à un droit ne se présume pas et ne saurait s'induire d'un oubli, d'une abstention ou d'une omission ».

[97] Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, manuel, 12ème éd. 2012, p.464, n° 592 : l'omission est assimilée à une « simple abstention ».

[98] CA Riom com. 28 Août 2013, n° 12/01838, JurisData n° 2013-018856 « a sciemment omis » ; CA Bastia, 6 juill. 2016, n° 14/00956 : « omission volontaire ».

[99] M. PÉRIER, « L'éloge du silence », Gaz. Pal. 17 août 2010, n° 229, p. 13.

[100] V. par ex. H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Préf. H. CAPITANT, t. 1, Montchrestien, 5ème éd. 1957, p. 612, n°

Tandis que l'omission est plus aléatoire, l'abstention est un véritable choix[101]. SARTRE déclarait fortement dans *L'existentialisme est un humanisme* que ne pas choisir, c'est encore choisir[102]. Le choix laisse d'ailleurs, par essence, une large place à la volonté. L'abstention ne découle pas d'une absence de volonté mais renvoie au contraire à la volonté de ne pas faire un choix définitif. Mieux, le titulaire de la prérogative préfère ne pas se positionner tout de suite. Il ne veut pas encore sacrifier une des deux voies lui étant proposées : agir/accepter ou renoncer. Il diffère alors sa prise de décision. C'est donc une inaction dans un environnement où la conscience du titulaire de la prérogative prédomine. L'abstention prend ainsi la forme d'une rétention de la prérogative par son titulaire dont le motif[103] et le but restent à sa discrétion. Une rétention désigne, en effet, le fait de conserver, de garder pour soi, un bien, un droit. La rétention de la prérogative s'effectue alors par la rétention d'une action ou d'un pouvoir. Cette idée est corroborée par l'étymologie. L'abstention vient en effet du latin « *abstentio* » qui traduit l'action de retenir. Il peut ainsi en être déduit que lorsque le titulaire d'une prérogative s'abstient, il retient ce dernier pour ne pas jouir tout de suite des effets qui lui sont attachés. En conséquence, sa différence avec la renonciation intrigue.

25. **Abstention et renonciation tacite.** La question de savoir si l'abstention est l'expression d'une renonciation tacite s'est d'autant plus posée que cet argument est récurrent dans les litiges liés à l'abstention chez celui qui a interprété l'abstention en ce sens parce que cela l'arrangeait[104].

---

530 ; Ph. SIMLER, « Cautionnement. Extinction par voie principale. Bénéfice de cession d'action ou de subrogation. Défaut de proportionnalité », JCI, fasc. 70, 13 mai 2013, mis à j. 2 juin 2015. L'auteur intitule son paragraphe « omissions » mais fait ensuite état d'« abstention » sans distinction.

[101] La jurisprudence reconnaît d'ailleurs cette caractéristique de l'abstention. V. par ex. Cass. 3ème civ. 9 nov. 2011, n° 10-20021 : «la société (…) avait fait le choix de s'abstenir ».

[102] J.-P. SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, Nagel, coll. Pensées, 8ème éd. 1946, p. 73 « Je peux toujours choisir, mais je dois savoir que si je ne choisis pas, je choisis encore ».

[103] Il est, dès lors, possible de penser que le titulaire de la prérogative qui s'abstient s'inspire en fait de la sagesse populaire. Cette dernière enseigne en effet que dans le doute, il convient de s'abstenir et que tout arrive à point à qui sait attendre. Ces maximes ont pour finalité d'éviter la précipitation et l'action impulsive inhérentes à la nature humaine. Ce n'est toutefois pas le seul motif d'abstention.

[104] *Cf Supra*. *Adde* Cass. 3ème civ. 27 fév. 2013, n° 12-11995, Bull. civ. III, n° 31. Le défendeur au pourvoi invoquait la renonciation des expropriés à leur droit au relogement en raison de leur demande tardive en ce sens mais la Cour de cassation relève en l'espèce l'équivocité qui s'oppose à une telle interprétation.

En Droit anglo-américain, la renonciation peut être présumée[105]. Ceci s'explique en ce que le Droit anglais s'appuie sur les « *remedies* » et non sur des droits subjectifs. En effet, les *remedies* sont les moyens « offerts par la loi aux citoyens de faire reconnaître et respecter leurs droits ou de défendre leurs intérêts»[106] alors qu'un droit subjectif est un avantage dont peut se prévaloir la personne à laquelle il est destiné. Ainsi, le titulaire d'un *remedy* qui ne l'exerce pas est susceptible d'être confronté à sa perte. Par exemple, celui qui ne se prévaut pas de la résolution en temps voulu voit son comportement être interprété en une renonciation. Il n'en demeure pas moins qu'en Droit français ceci n'est pas envisageable, la renonciation ne pouvant se déduire que d'un acte non équivoque. La renonciation à un droit doit être claire et dépourvue d'ambiguïté, de sorte qu'elle ne se déduit pas de la seule inaction ou du silence de son titulaire[107]. Au contraire, la renonciation tacite n'est prononcée que si l'équivocité est gommée par des circonstances telles qu'aucun doute sur la volonté[108] de renoncer ne subsisterait pour une personne de bon sens. Mieux, comme le rappelle la Cour d'appel de Paris[109], il n'est pas permis de présumer la renonciation, même tacite, sur la seule base de l'abstention des créanciers parce que « l'abstention ne manifeste pas leur volonté non équivoque de renoncer tacitement ». En l'espèce, des crédirentiers ne s'étaient pas prévalu pendant huit ans de l'indexation de la rente alors que le contrat de vente en viager la prévoyait. Ainsi, l'abstention transmet une équivocité quant à la volonté de son auteur[110]. Par conséquent, l'abstention n'est pas susceptible, par elle-même, de mettre fin à la relation contractuelle ou délictuelle et ainsi libérer les intéressés. La prérogative ne disparaît pas par le seul fait de s'abstenir. En fait, la renonciation ne peut pas être

[105] O. MORÉTEAU, *op. cit*. p. 395.
[106] Glossaire mis à jour à partir du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (version finale V0982671), « Glossaire sur les sûretés réelles mobilières », v. « r*emedy »*, « the means by which a right is enforced or the violation of a right prevented, redressed or compensated (Black's Law), https://cms.unov.org/FullTextSearch/GetDocInOriginalFormat.drsx.
[107] Cass. 1ère civ. 24 oct. 2012, n° 11-30125.
[108] Importance de la volonté puisque la renonciation est un acte juridique. Volonté de renoncer et renonciation tacite v. CA Bastia, 25 mai 2016, n° 14/00936. *Rappr*. Existence de circonstances de nature à déduire la volonté à partir d'un silence. Volonté de consentir à un prêt corroborée par l'attitude passive devant les effets d'un contrat qu'il exécutait sans contester. CA Lyon, 15 juin 2017, n° 15/03894.
[109] CA Paris, pôle 4, ch. 1, 28 oct. 2016, n° 15/06304.
[110] *Cf Infra* Partie I.

déduite d'un acte équivoque[111] parce que, en Droit français, les droits subjectifs ont une dimension intangible, presque sacrée[112]. C'est pourquoi le législateur ne semble pas avoir sérieusement envisagé que le non exercice d'une prérogative puisse être le fruit d'une véritable intention[113], ce qui explique sans doute l'absence de régime juridique spécifique et cette présomption. Le choix de s'abstenir semble toutefois respecté par le Droit qui s'oppose à ce que l'abstention, équivoque par nature, puisse être interprétée en une renonciation[114].

La présomption de non renonciation face à un fait équivoque renforce l'existence juridique de la notion d'abstention. Le titulaire de la prérogative ne renonce ainsi *a priori* pas encore aux bénéfices de cette dernière[115]. S'il se place en dehors de tout exercice clair de sa prérogative, ou du moins de toute déclaration transparente quant à celle-ci, que ce soit par une acceptation, un refus, une renonciation explicite ou un exercice concret de la prérogative en cause, et qu'une intention accompagne le non-exercice, l'abstention est révélée dans toute sa splendeur. Néanmoins, le doute quant aux décisions futures du titulaire de la prérogative persiste.

26. **Abstention et abstinence juridique.** Abstention et abstinence sont deux substantifs du verbe « s'abstenir ». Aussi paraît-il judicieux de justifier l'utilisation Du terme d'abstention pour la présente étude et d'écarter celui d'abstinence. L'abstention du titulaire d'une prérogative et l'abstinence juridique se distinguent par leur philosophie. L'abstinence est l'action ou la disposition permanente de la volonté consistant à se priver de certains biens ou plaisirs dans une intention de perfection morale ou spirituelle[116], que cette volonté soit spontanée[117] ou

[111] Par conséquent, la novation, qui suppose l'extinction d'une obligation et sa substitution par une obligation nouvelle, ne peut se déduire d'une abstention à réclamer l'exécution de l'obligation puisque cela ne peut être assimilé à une renonciation tacite (Cass. soc. 28 mai 2015, n° 14-10005, inédit).

[112] En effet, « le fait de rester inactif après l'inexécution ne vaut pas à lui seul renonciation » (O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, Précis, Droit privé, 1ère éd. 2000, p. 397).

[113] Contrairement à la renonciation.

[114] Cass. 1ère civ. 5 mars 2014, n° 13-12443, inédit : « la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer ». La renonciation de la créancière d'une prestation compensatoire ne pouvait résulter d'un état d'esprit de compréhension mutuelle la conduisant à accepter parfois des paiements partiels ni « de l'abstention de la créancière pendant de nombreuses années à réclamer le paiement de l'intégralité des sommes dues ».

[115] D'ailleurs la loi dispose parfois expressément que la prérogative ne peut pas faire l'objet d'une renonciation. Par exemple l'article 323 du Code civil prévoit que les actions en matière de filiation sont insusceptibles d'une renonciation.

[116] http://www.cnrtl.fr/, v. « abstinence ».

contrainte par des raisons de santé ou par décision de justice[118]. Si l'abstention connote également le fait de se priver, en retenant l'exercice de sa prérogative, ce n'est que temporairement. De plus, si l'abstinent se prive pour ne pas profiter des plaisirs que lui aurait causé l'objet de l'abstinence, celui qui s'abstient retient l'exercice de sa prérogative pour mieux en profiter plus tard, et être finalement en mesure de bénéficier d'autre chose ou de pouvoir en éviter les inconvénients. En outre, l'abstinence semble davantage être dirigée vers et à l'encontre de soi, là où l'abstention génère des avantages et/ou fait subir des inconvénients autant à celui qui s'abstient qu'à ceux qui subissent l'abstention. C'est ce qui différencie l'abstinence et l'abstention, bien plus que leur objet. En effet, il pourrait être tentant de réserver l'abstinence aux droits fondamentaux et l'abstention aux prérogatives ayant un caractère patrimonial. Cependant, les deux peuvent concerner aussi bien des droits fondamentaux que des prérogatives patrimoniales. Mieux, les droits fondamentaux ne sont pas exclusifs de questions patrimoniales[119]. Qui plus est, le droit de propriété, droit protégé notamment par l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, est certes un droit fondamental mais, dans le même temps, le droit patrimonial par excellence[120].

Ainsi d'une part, l'abstinent peut se priver de biens, lesquels ont une valeur et sont transmissibles[121] et parmi lesquels se trouve l'argent, en préférant la pauvreté ou du moins une vie avec un essentiel rudimentaire. Il peut également cantonner son abstinence à un droit non patrimonial tels le droit de grève, le droit à la présomption d'innocence ou le droit à l'égalité devant la loi. D'autre part, l'abstention peut concerner des prérogatives non patrimoniales comme le droit de vote ou le droit de visite d'un parent à son enfant.

Enfin, l'abstinence peut générer des abstentions quant à des prérogatives patrimoniales. Il est alors intéressant de raisonner à partir du droit au mariage. Le fait qu'une personne se prive elle-même des avantages liés au mariage par conviction est une abstinence juridique. Son refus de principe, dirigé vers elle-

---

[117] Cass. 2ème civ. 17 déc. 1997, n° 96-15704.
[118] Injonction de soins, CA Amiens, 7 mai 2008, n° 07/00790 *adde* CA Limoges, 11 août 2014, n° 14/00031.
[119] V. H. LETELLIER, « La stratégie patrimoniale du couple », AJ fam. 2008, p. 52.
[120] Le droit de propriété est plus qu'un droit patrimonial : v. F. ZÉNATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, p. 305 et « La propriété, un mécanisme fondamental du droit », RTD civ. 2006, p. 445.
[121] J-Cl ROULOIS, fasc. 1000, « Introduction générale », n° 83 et s.

même a alors vocation à être perpétuel. Aussi, l'abstinence quant au mariage d'une personne qui n'est pas en couple n'engage qu'elle. Néanmoins, restant un être humain, l'abstinent n'est pas à l'abri d'un changement d'opinion, ni d'une rencontre amoureuse. La personne alors en couple peut tout à fait rester abstinente quant au mariage. Ceci dit si l'autre personne composant le couple la demande malgré tout en mariage, un choix plus concret que le simple fait de se demander s'il convient ou non de se marier s'offre à l'abstinent. Dès lors, il peut accepter, renoncer ou s'abstenir de donner une réponse pour prendre le temps de peser les pour et les contre. En effet, sa réponse peut avoir de lourdes conséquences tant pour l'abstinent, ses convictions et ses intérêts patrimoniaux, lesquels peuvent d'ailleurs motiver sa décision ou le choix du régime matrimonial, que pour le demandeur. À noter, il est apparemment moins attendu de l'abstinent qu'il s'efforce de prendre l'initiative contrairement à celui qui s'abstient. L'étude se focalise toutefois davantage sur l'abstention des prérogatives patrimoniales parce que les cas sont plus évocateurs et génèrent une jurisprudence plus conséquente et sur laquelle il convient de s'appuyer.

27. **Choix de l'abstention du titulaire d'une prérogative comme unique objet d'étude.** Traiter uniquement l'abstention du titulaire d'une prérogative présente un double intérêt : avoir une meilleure connaissance de l'abstention afin de mettre fin aux confusions et répondre plus spécifiquement à ses problématiques. En effet, celui qui s'abstient, celui qui est tenté de s'abstenir et celui qui se heurte à une abstention doivent trouver un intérêt à faire évoluer leur situation voire leur intention. D'ailleurs, l'ordonnance de 2014[122] relative à la prévention des difficultés des entreprises et la réforme du droit des obligations de 2016[123] ont créé des outils juridiques pour que celui qui est gêné par une abstention puisse prendre lui-même les choses en main sans rester dans l'attente d'une éventuelle décision du titulaire de la prérogative, et pour que celui qui craint une abstention soit en mesure de l'anticiper. Ainsi l'ordonnance de 2014 a conféré au débiteur en procédure collective la faculté de déclarer les créances et la réforme de 2016 a

[122] Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives prise en vertu de l'article 2 de la loi n° 2014-1 du 2 janv. 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, *J.O.* 14 mars 2014, application à compter du 1er juill. 2014.
[123] Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

introduit des cas d'interpellations interrogatoires. Certes, ces outils s'appliquent à toute inaction, mais extraire l'abstention de toutes les autres formes d'inaction pour mieux prendre en compte l'intention qu'elle abrite est essentiel. En effet, sa particularité de « passivité volontaire » lui confère une dynamique singulière qui rend l'environnement temporel de l'abstention et le comportement du titulaire de la prérogative qui s'abstient sujets à un questionnement juridique fondamental auquel il convient de répondre, et ce d'autant plus que la réforme de 2016 risque de faire naître de nouvelles situations d'abstention, notamment en ce qu'elle prévoit des formalités de notification[124].

III/ PROBLÉMATIQUE ET PLAN

28. **Articulation.** L'abstention est délimitée par le temps. Cette caractéristique restreint les possibles dérives de l'abstention. Cependant, celle-ci reste à l'origine d'une problématique d'imprévisibilité.

A. L'ABSTENTION DÉLIMITÉE PAR LE TEMPS

29. **La dimension temporelle de l'abstention.** L'abstention est liée à la durée pendant laquelle une certaine liberté dans le choix de son comportement est reconnue au titulaire d'une prérogative vis-à-vis de celle-ci. Par principe, une prérogative étant facultative[125], l'inaction volontaire de son titulaire ne devrait pas être sanctionnée dès lors qu'elle est conforme au laps de temps défini pour son éventuel exercice. C'est cette inaction volontaire qui est qualifiée d'abstention et cette réponse inappropriée du Droit à l'imprévisibilité de l'abstention qui est combattue.

30. **Dimension temporelle de l'abstention et protection des intérêts.** À l'intérieur du délai imparti, il y a, selon les situations, des moments plus propices à l'action que d'autres. Malheureusement, ces laps de temps épisodiques ne sont pas nécessairement les mêmes pour tous les protagonistes. Ils ne coïncident pas toujours pour permettre la satisfaction de tous les intérêts en présence, créant de nouveau un conflit de point de vue. Ainsi, l'abstention serait, contre toute

[124] Ex : art. 1226 C. civ. notification par le créancier de la résolution unilatérale au débiteur défaillant.
[125] *Cf Supra n° 17 et s.*

apparence, un véritable outil de préservation de ses intérêts[126] en permettant d'attendre le bon moment pour se décider. En conséquence, des dérives de cette stratégie sont possibles. La tentation de protéger ses intérêts à l'insu et parfois au détriment des autres est toutefois également présente chez le destinataire de l'abstention. Ce dernier essaie alors de se retrancher derrière la nécessité d'interpréter l'abstention pour faire prévaloir ses intérêts[127], et ce avec parfois une évidente mauvaise foi[128]. L'abstention est alors source de différends, d'imprévisibilité et *a fortiori* d'insécurité juridique. Ceci dérange donc l'ordre établi, d'où le besoin de trouver une solution.

Cela dit, le titulaire du droit, tant qu'il agit dans le délai imparti, n'est pas en retard et n'agit normalement pas à contretemps. Ce qui suscite l'interrogation est le fait que l'abstention soit une inaction intervenant par la volonté du titulaire de la prérogative, pour protéger ses intérêts, à un moment particulier[129] bien que le titulaire ne soit pas forcé d'agir, mais alors que ce peut être le moment opportun d'une action du titulaire de la prérogative pour autrui[130]. L'abstention représente ainsi en quelque sorte le refus d'exercer activement et, surtout, immédiatement la prérogative. Il est dès lors possible de rencontrer deux grands types d'abstention : l'abstention qui intervient à l'instant spécifiquement prévu pour l'action, telle l'abstention de l'associé de se présenter à l'assemblée générale et engendrant son absentéisme ou l'abstention de l'associé lors du vote, et l'abstention qui s'inscrit dans un délai comme l'abstention de l'héritier de se prononcer sur l'option successorale dans le délai légalement prévu. Cette typologie n'est pas surprenante compte tenu du fait que le temps est le support de l'abstention.

---

[126] CA Paris 22ème ch. B, 18 mars 2008, n° 06/10079. Il est dans l'intérêt de l'associé de ne pas aggraver la situation de la société d'où son abstention.

[127] CA Besançon, 22 fév. 2012, n° 10/030491 : absence de réclamation du paiement de la taxe foncière et d'une régularisation de loyer par indexation. Le preneur, pour s'opposer à la demande de la bailleresse après une période d'abstention de celle-ci, interprète le comportement de la bailleresse en une renonciation et en une modification du contrat. Néanmoins, la Cour ne suit pas ce raisonnement, l'« abstention constituant une tolérance exclusive de modification du bail ».

[128] Cass. 3ème civ. 24 nov. 2004, nº 03-15807, Bull. civ. III, nº 208, p. 187, D. 2005, 12, obs. Y. ROUQUET ; JCP G. 2004, Act., nº 644 ; ibid. 2005, II, 10048, note G. KESSLER ; L.P.A. 2005, nº 52, p. 13, obs. S. RABY ; RTD civ. 2005, p. 779, note J. MESTRE et B. FAGES ; Contrats conc. consom. 2005, n° 3, p. 16, note L. LEVENEUR.

[129] CA Montpellier 4ème ch. soc. 4 nov. 2015, n° 14/06407, « cette abstention » « le titulaire du droit à réintégration a délibérément tardé à demander sa réintégration » « par sa seule volonté ».

[130] Celui-ci peut en effet se trouver bloqué à cause d'une abstention. Il est alors dans l'attente d'une décision du titulaire de la prérogative pour que les effets de cette décision se produisent. V. par ex. sur le préjudice d'un créancier bloqué (jusqu'à son action oblique en liquidation du régime matrimonial) par l'abstention d'une épouse et des successibles de procéder à la liquidation du régime matrimonial (CA Toulouse 1ère ch. sect. 2, 18 juin 2015, n° 12/04457).

31. **Le temps.** Il n'est pas envisageable d'évoquer cet élément sans penser à sa représentation sous la forme classique de « la flèche du temps, métaphore inventée par le physicien Arthur Stanley EDDINGTON, qui suit toujours la même trajectoire, du passé vers le futur »[131]. Le temps est donc continu et va, dans le réel, toujours dans le même sens, vers l'avenir. Il n'y a donc pas de retour en arrière possible. C'est d'ailleurs pourquoi le phénomène de rétroactivité n'est qu'une fiction juridique.

En outre, il ne faudrait pas oublier de préciser que le temps est aussi un sablier dont le contenu s'égrène petit à petit, lentement pour les uns, trop rapidement pour les autres. Il ne s'agit là en fait que d'un ressenti humain, puisque la seconde, unité de base du temps, est la même pour tous. Cette subjectivité dans l'appréciation du temps qui passe est liée aux intérêts sur lesquels se fixe le sujet. C'est pourquoi angoisse et frustration se retrouvent parfois présentes chez celui qui subit le temps trop long ou trop court de l'abstention. Ainsi, le temps, norme non juridique à l'origine, le devient parfois.

32. **Le Droit et le temps.** Il est dès lors utile de revenir aux rapports entre le Droit et le temps[132]. Il est vrai que le Droit se sert du temps. Madame OUTIN-ADAM explique la manière dont ceci s'effectue. Ainsi, « le droit mesure le temps. En le mesurant, il l'utilise. L'utilisant, il le modèle, le soumettant à des constructions et à des rythmes[133] multiples »[134]. La Doctrine s'est de fait penchée sur ces problématiques. Le Doyen CARBONNIER nous rappelle ainsi sagement que cela est utile parce que « la dimension propre du droit, c'est le temps »[135]. Le Professeur HÉBRAUD ajoute que « par rapport au but essentiellement pratique du droit, qui consiste à composer les aspirations et les volontés individuelles ou collectives avec les données de la réalité objective, d'où le temps est issu, il

[131] L. GAUDIN, *La patience du créancier : Contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, Defrénois, Lextenso, coll. de thèses, Doctorat et notariat, t. 39, Préf. G. PIGNARRE, 2009, p. 5.
[132] E. PUTMAN, « Le temps et le droit », Droit et patrimoine, n° 78, 1er janv. 2000, p. 43.
[133] V. sur la question du rythme du temps J. KLEIN, « Le rythme juridique du temps », *in Le temps et le droit*, Ass. H. CAPITANT, Journées nat. t. XVIII, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 67.
[134] A. OUTIN-ADAM, *Essai d'une théorie des délais en droit privé. Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit, thèse*, Paris 2, 1986, p. 258, n° 254.
[135] J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd. 2001.

apparaît, dans son rôle d'intercesseur, à la fois comme un obstacle et comme une aide ; on le subit et on s'en sert. On peut ainsi envisager, d'une part, l'homme sous l'emprise du temps, qui apparaît surtout comme ce cadre, ce chemin parcouru par les événements selon un flux, tantôt régulier, tantôt varié ; d'autre part, l'emprise de l'homme sur le temps, qui apparaît alors, en partant de ce moment privilégié qu'est le présent, pour en aménager le rayonnement vers le passé et l'avenir »[136] afin de démontrer le besoin viscéral du Droit de s'appuyer sur le temps. Plus récemment, Madame le Professeur Anne ETIENNEY est l'auteur d'une thèse, intitulée *La durée de la prestation*[137], où elle établit une théorie juridique du temps dans le contrat en distinguant chronologie et chronométrie[138]. Elle est ainsi à l'origine d'un régime du temps dans l'obligation. En revanche, le régime du temps de la prérogative est distinct et non traité, sinon par bribes. Cette absence de volonté des juristes de se saisir de l'abstention a laissé entière son imprévisibilité.

B. LA PROBLÉMATIQUE D'IMPRÉVISIBILITÉ

33. **Objet et cause du questionnement.** La subtilité de l'abstention du titulaire d'une prérogative réside dans le fait que ce dernier reste discret quant à cette intention afin de se réserver la possibilité d'accepter, d'agir ou d'y renoncer plus tard au sein du délai imparti. L'abstention induit donc une interprétation. Elle pose de fait une problématique d'imprévisibilité à deux niveaux[139].

34. **Imprévisibilité du fait de l'équivocité de l'abstention.** Premièrement, l'abstention génère de l'imprévisibilité envers les personnes pour lesquelles l'exercice ou l'absence d'exercice de la prérogative n'est pas indifférent. Il s'agit, selon la situation, des cocontractants ou des tiers. Ces derniers se sentent en effet concernés parce que, selon le choix retenu ou le sens donné à l'abstention, les

---

[136] P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *in Études offertes à Pierre KAYSER*, PUAM, 1979, tome II, p. 7.

[137] A. ETIENNEY, *La durée de la prestation*, Préf. T. REVET, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 475, 2008.

[138] S. TORK distinguait déjà le temps chronométrique et le temps chronologique (« La date de naissance des créances en droit civil », LPA, nov. 2004, n° 224, p. 13). *adde* M. CRESP, *op. cit.* qui reprend cette distinction.

[139] L'imprévisibilité et l'insécurité juridique sont liées. Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », *in La bonne foi*, Travaux de l'Assoc. H. CAPITANT, t. XLIII, Litec, 1992, spéc. p. 21-22. *Adde* Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, fasc. « Bonne foi », Rép. dr. civ. janv. 2009, mis à j. sept. 2012, v. « le devoir de coopération » où les auteurs font le lien entre la passivité du créancier et l'insécurité juridique.

effets sont plus ou moins importants, plus ou moins attendus et plus ou moins compatibles avec leurs intérêts.

Mieux, l'imprévisibilité découle du caractère équivoque de l'abstention. L'équivocité désigne ici le fait qu'*a priori* rien ne laisse entrevoir la position que le titulaire de la prérogative tiendra au terme du délai. Ce caractère est d'ailleurs entretenu par le fait que, malgré les fortes répercussions chez autrui, il s'agisse d'une liberté.

Ainsi, la liberté de ne pas agir[140], qu'il convient notamment de déduire du mécanisme de la prescription, cause des difficultés qui sont à observer au cœur du temps imparti. Ce dernier est le temps légalement ou conventionnellement imposé pour atteindre un but prédéterminé. Ayant un point de départ et un terme, il s'exprime sous forme de délai. À l'issue de celui-ci, le titulaire de la prérogative n'est, en principe, plus censé réclamer satisfaction auprès de la personne concernée. Un litige dû à des incompréhensions réciproques, entre, d'une part, celui qui essaie de jouir de ses droits une fois le délai écoulé et, d'autre part, celui qui oppose ce retard, est alors susceptible de naître. C'est pourquoi la prescription a vocation à intervenir.

En revanche, le fait que l'absence d'exercice de la prérogative soit le résultat d'une intention démontre que les conséquences causées par l'abstention auraient pu être évitées[141]. En conséquence de ce constat, l'abstention risque d'être problématique voire litigieuse. C'est aussi ce qui aurait dû créer l'intérêt du Droit pour l'abstention. S'il semble en effet difficile d'agir sur un oubli qui est un phénomène psychologique, il est possible d'agir sur une intention. Ceci présente donc un avantage pour la recherche d'une solution.

Ainsi, « l'exercice d'un droit suppose nécessairement un rapport à autrui et concrétise toujours une forme de lien social »[142]. Bien que le titulaire d'une prérogative soit libre de l'exercer ou non, son choix, dicté par l'intention de jouir ou non de ses droits, affecte donc nécessairement, dans un sens ou dans l'autre, la situation d'une personne. Cette dernière peut notamment être le partenaire contractuel du titulaire de la prérogative, un partenaire commercial, un ayant-droit,

[140] R. DEMOGUE, *op. cit.* p. 434, n° 258, la faute est constituée que s'il y avait obligation d'agir et p. 438, n°260 « le seul fait de ne pas user d'un droit(…) n'est pas une faute ».
[141] CA Montpellier 4ème ch. soc. 4 nov. 2015, n° 14/06407 ; les conséquences auraient été moins importantes si l'abstention avait été plus courte : Cass. 1ère civ. 28 juin 2012, n° 11-12852, non publié au Bull.
[142] J. ROCHFELD, *op. cit.* p. 187.

un copropriétaire, un salarié, un promettant ou un preneur, cette liste n'étant pas exhaustive. En résumé, l'abstention est susceptible d'emporter des conséquences dans la situation de celui qui a un intérêt à connaître le choix d'action ou d'abstention du titulaire de la prérogative.

Dès lors, le fait que le titulaire de la prérogative n'exerce pas cette dernière crée un doute sur la longévité de ce choix. L'exercice de la prérogative s'inscrivant dans un délai, il y a en effet de fortes probabilités pour que celui qui subit l'abstention se demande ce qu'elle cache et cherche à l'interpréter. Pourquoi le titulaire de la prérogative ne veut-il pas profiter des effets lui étant dus alors qu'ils sont censés lui être bénéfiques ? Finira-t-il par renoncer aux droits sous-jacents à la prérogative ou l'exercera-t-il plus tard dans le temps légalement imparti ? Les motifs de son abstention restant mystérieux aux yeux de tous, sa bonne foi est mise en doute[143].

L'imprévisibilité endurée par ceux qui subissent l'abstention provient en fait de la difficulté de donner avec certitude un sens à l'abstention. Celle-ci cache-t-elle une acceptation ou une renonciation future ?

35. **Imprévisibilité du traitement juridique de l'abstention.** Deuxièmement, l'abstention génère de l'imprévisibilité lorsque le juge doit trancher sur le sens à donner à l'abstention dans les espèces qui lui sont soumises. Le juge est en effet amené à statuer sur la responsabilité du titulaire de la prérogative au regard des conséquences subies par autrui[144] ou à se prononcer en réponse à ce dernier qui est à la recherche d'une certitude[145]. Il doit le faire sans oublier que le titulaire de la prérogative dispose d'un libre choix d'exercice ou d'abstention. Néanmoins, les solutions apportées par les juges jusqu'à ce jour, multiplication des obligations[146]

[143] Cass. 3ème civ. 27 mars 2012, n° 11-13508, inédit ; Cass. 3ème civ. 21 mars 2012, n° 11-14174, JurisData n° 2012-004884, Loyers et Copr. n° 6, juin 2012, comm. 163, comm. B. VIAL-PEDROLETTI, « Sanction de l'absence de régularisation annuelle des charges : l'article 1134 alinéa 3 du Code civil au secours du locataire » ; AJDI 2012, p. 153, note S. LE GAC-PECH « Le retour en grâce de la bonne foi : la régularisation déloyale et brutale équivaut au droit de ne pas payer ses charges » ; Gaz. Pal. juill. 2012, p. 18, note D. HOUTCIEFF ; RDCO 2012, n° 3, p. 806, note O. DESHAYES ; Ibid. p. 763, chron. M.-Y. LAITHIER.

[144] Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-17476, JCP G. 1999, II, 10000, obs. B. FAGES ; Cass. 3ème civ. 9 juill. 2013, n° 12-21882, inédit ; Cass. com. 17 déc. 2003, n° 00-12140, inédit.

[145] Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 11-21340, AJDI 2013, n° 5, p. 346, note Y. ROUQUET ; Rev. Dr. rural, mars 2013, p. 26, note S. CREVEL ; Loyers et copr. 2013, n° 2, p. 31, note E. CHAVANCE.

[146] V. par ex. Cass. 3ème civ. 17 sept. 2013, n° 12-21.498, RGDA, 1er janv. 2014, n° 1, p. 51, obs. J. KULLMANN ; assurance facultative à laquelle les juges confèrent un caractère obligatoire.

et instauration de délais dits « raisonnables » ou « utiles »[147] plus courts que les délais légaux, sont variables et loin d'être satisfaisantes.

Au sujet de la multiplication des obligations existantes, tout d'abord, un arrêt de la troisième chambre civile du 17 septembre 2013 offre une illustration[148] de cette tendance. En l'espèce, l'assurance locative n'avait pas été souscrite. Cette dernière n'avait certes pas été conclue mais il s'agissait d'une situation où elle n'était pas obligatoire que ce soit en vertu de la loi ou du contrat. Malgré tout, les juges reprochent au titulaire de l'option de souscrire ou de ne pas souscrire, option constituant la prérogative en cause, un manquement parce que son comportement a fait subir à un autre copropriétaire une perte de chance de voir sa contribution des désordres subis par les parties communes prise en charge par l'assureur de l'agent. Les juges ont alors rendu l'assurance locative obligatoire. C'est comme si le sinistre avait eu pour effet de rendre *a posteriori* la souscription de l'assurance obligatoire. En effet, sans cet incendie, les juges ne seraient pas intervenus ce qui rend les solutions aux situations d'abstention hasardeuses. Ceci doit alerter le juriste. En principe, tout ce qui n'est pas interdit est permis, de même que tout ce qui est facultatif n'est pas obligatoire. La Haute juridiction a d'ailleurs rappelé, par exemple, qu'un abus de liberté d'expression par abstention ne pourra être sanctionné qu'en présence d'un texte spécial[149] et qu'il n'y a pas de faute à ne pas procéder à l'accomplissement d'une faculté[150]. Des contradictions dans les solutions sont donc à relever. Elles semblent dues au fait que l'abstention intrigue et qu'il est rassurant pour le juriste de la ranger dans la catégorie bien connue de la faute d'abstention quitte à faire preuve d'imagination.

Concernant l'appréciation du délai, ensuite, les juges, au lieu d'appliquer strictement les délais légaux déterminés pour encadrer le temps au sein duquel le titulaire de la prérogative est libre d'effectuer un exercice actif ou une abstention de celle-ci, tel le délai de prescription, se permettent de substituer un délai

[147] La terminologie varie en fonction des arrêts. V. not. Pour le « délai raisonnable » CA PARIS, 22 juin 2001, D. 2002, p. 843 obs. C. COULON ; Gaz. Pal. 23 janv. 2003, n° 23, p. 31, obs. D. VERET et J. PAILLARD. V. par ex pour le « temps utile » CA Bordeaux, 01, sect. A, 16 sept. 2010, n° 09/04977.

[148] Cass. 3ème civ. 17 sept. 2013, nº 12-21498, RGDA, 1er janv. 2014, n° 1, p. 51, note J. KULLMANN.

[149] Cass. 1ère civ. 22 janv. 2014, n° 12-35264, RTD civ. 2014, p. 383, note P. JOURDAIN ; RTD com. 2014, p. 129, chron. F. POLLAUD-DULIAN ; JCP G. 2014, p. 608, note E. RASCHEL ; Gaz. Pal. avril 2014, p. 12, obs. S. GERRY-VERNIÈRES.

[150] Cass. com. 18 nov. 1997, n° 95-13581, Bull. civ. IV, n° 293, JCP E. 22 janv. 1998, n° 1, p. 9.

raisonnable au délai légal. Cela conduit à appliquer un délai réduit au regard des conséquences supportées par celui qui a subi l'abstention. Les juges reprochent en effet au titulaire de la prérogative de ne pas avoir agi « en temps utile »[151] lequel fait ainsi référence à un moment où l'abstention avait assez duré et où l'action aurait été moins dommageable.

Il convient de noter que la quotité de temps du délai imparti, lorsqu'il ne s'agit pas d'une prérogative dont le délai de jouissance a été contractuellement déterminé, est en principe imposée par le Droit. Il est en effet arbitrairement donné pour exécuter ses obligations tout d'abord, mais aussi pour exercer ses droits. En résumé, le Droit, pour organiser une vie sociale harmonieuse et sécuritaire, offre aux acteurs juridiques en tout genre, titulaires de droits, bénéficiaires de facultés, détenteurs de formalités, du temps, comptabilisé en durée plus ou moins importante, pour *a priori* agir. Néanmoins certains acteurs, contre toute attente, ne profitent pas de ce présent, et cette gestion subjective du temps ne s'effectue pas toujours sans heurt. En fait, l'abstention est le revers pratique de l'action positive et rapide qui n'est qu'un précepte théorique. Chaque partie peut ainsi avoir intérêt à ce que l'abstention s'inscrive dans la durée ou s'arrête le plus vite possible. Néanmoins, les intérêts en présence sont très souvent divergents. Pourtant, si celui qui s'abstient est toujours dans le délai légal, il n'est pas objectivement en retard. À l'inverse, s'il veut stopper l'abstention de lui-même, cela peut lui être reproché en certaines circonstances en faisant référence au « temps utile », terminologie sur laquelle il convient de s'arrêter un instant.

36. **Éclairage sur le « temps utile ».** Le Droit entretient une confusion sur « le temps utile ». En effet, les textes emploient l'expression « temps utile », notamment dans le Code de procédure civile[152], pour désigner le délai dont bénéficie un justiciable pour intenter son action. Les juges l'utilisent aussi dans leurs décisions[153]. Cependant, ces deux acceptions ne se recoupent pas forcément, et ne se superposent pas toujours exactement. Ainsi, certaines dispositions renvoient au « temps utile » en lieu et place d'un délai imparti quantifié. L'article 15 du Code de procédure civile dispose par exemple que « les parties doivent se faire connaître

[151] V. not. Cass. com. 5 déc. 1995, n° 93-18936 ; CA Paris 22 juin 2001, arrêt préc.
[152] V. art. 15, 135, 331, 468, 488, 540, 1425-7 et 1466 CPC.
[153] CA BORDEAUX, 01, sect. A, 16 sept. 2010, n° 09/04977 ; Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-17476, JCP G. 1999, II, 10000, obs. B. FAGES.

mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ». Le temps utile imposé ici a vocation à « régler la question de la recevabilité des conclusions et des pièces déposées tardivement »[154]. Dans cette acception, BOCCARA expliquait le temps utile comme un concept qui « apparaît à l'intérieur du contradictoire, à la fois comme un droit et une obligation ». En tout premier lieu, c'est « le droit de recevoir l'information en temps suffisamment utile pour que l'on puisse y répondre. En second lieu, il s'agit de l'obligation de donner l'information en temps suffisamment utile pour permettre à la réponse de se construire »[155]. Ceci reste flou puisque la détermination du *quantum* de temps nécessaire n'est pas donnée. L'article 906 du CPC dispose que la communication des pièces et des conclusions doit s'effectuer de manière simultanée et l'article 783 du CPC précise que la communication doit avoir lieu avant l'ordonnance de clôture des débats[156] et l'audience de plaidoirie afin de respecter le principe du contradictoire[157]. Enfin, les dispositions de l'article 909 du même Code relatif à l'appel confèrent un délai de deux mois à l'intimé pour répondre aux conclusions de l'appelant. Déterminer le temps utile pour communiquer les pièces et conclusions est un exercice technique qui ne semble pas à la portée de tout justiciable. Ceci provient de la géométrie variable de l'expression « temps utile » et de la nécessité de se référer à d'autres textes qu'il faut combiner pour déterminer le délai auquel la partie est soumise pour remplir son obligation. Le temps utile imposé ici est un temps imparti. Les deux concepts s'imbriquent donc lorsque les textes, en guise de délai, renvoient « au temps utile ».

Le temps utile est toutefois également employé par les juges pour extraire un laps de temps à l'intérieur même d'un délai qu'il juge comme étant le délai à

[154] S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Préf. L. CADIET, Dalloz, Nouv. bibl. des thèses, vol. 11, 2002, p. 246, n° 260.
[155] B. BOCCARA, « La procédure dans le désordre I. Le désert du contradictoire », JCP, 1981, I, 3004.
[156] Ainsi, les conclusions signifiées deux jours avant la date initialement prévue pour la clôture définitivement prononcée cinq jours suivant cette date sont déposées en temps utile ; Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12196, D. 2007, p. 1656, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2007, p. 1999, note O. DESHAYES ; RTD civ. 2007, p. 805, obs. P. THERY ; RD banc. et fin. juill.-août 2007, n° 147, obs. A. CERLES ; JCP G. 2007, I, p. 212, n° 8, obs. Ph. SIMLER ; RTD civ. 2008, p. 333, obs. P. CROCQ.
[157] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, Précis, 33ème éd. 2016, p. 557 et s. n° 808 et s.

respecter en raison de son caractère raisonnable[158]. Dans cette situation, temps utile et temps imparti sont bien distincts. Toutefois, le caractère raisonnable du temps utile ici fait écho au temps utile imparti, en ce que lorsqu'est invoqué le temps utile de la loi, c'est l'esprit du texte qui se réfère à l'idée d'un délai raisonnable. Par conséquent, il n'existe pas vraiment de polysémie du « temps utile » puisque la connotation du « raisonnable » est présente dans les deux. Il s'agit plutôt d'un concept élastique qui, selon les situations, couvre complètement un temps légalement -voir conventionnellement- imparti ou qui se réduit à un délai plus court à l'intérieur même du temps imparti.

Dans un souci de clarté, la dichotomie temps imparti et temps utile sera utilisée. Le « temps utile » renverra alors toujours au temps utile au sens strict, se distinguant du temps imparti.

37. **Réduction temporelle de la liberté du titulaire d'une prérogative.** Il est ainsi légitime de se demander sur quel fondement les juges réduisent le délai imparti à un délai utile[159] et si cela ne porte pas une atteinte excessive à la liberté du titulaire de la prérogative[160]. Ce dernier ne peut que constater la diminution régulière, dans le laps de temps qui lui est pourtant imparti, de sa liberté de choix, de sa liberté de s'abstenir afin de maîtriser la situation par l'utilisation du temps. De surcroît, cette pratique n'a pas cessé[161] malgré le raccourcissement des délais de prescription initié par la réforme de 2008 et poursuivi par différents textes adoptés ou pas. Par exemple, le projet de loi Sapin II voulait diminuer la durée de validité d'un chèque de douze à six mois. En outre, les distributeurs d'énergie ont vu leur délai pour recouvrer les sommes dues au titre de régulations[162] être réduit. De plus, la loi ALUR[163] a réduit à trois ans le délai de prescription devant être respecté par le

[158] Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-17476, JCP G. 1999, II, 10000, obs. B. FAGES.
[159] CA Versailles 1er juillet 1999, n° 1996-6733.
[160] V. Ph. BRUN, *op. cit.* p. 204, n° 309, « caractère liberticide d'une obligation d'agir mal déterminée », *adde* J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », D. 1951, chron. 119.
[161] Réduction du délai pour réagir par le positionnement du point de départ du délai de prescription Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-15511, comm. M. MIGNOT, « Une hybridation contestable : le point de départ de la forclusion greffé sur la prescription », EDB, oct. 2014, n° 9, p. 1 ; Contrats, conc. consom. 2014, n° 11, p. 27, note G. RAYMOND ; Gaz. Pal. oct. 2014, p. 17, note M. ROUSSILLE ; D. 2014, p. 1541 ; RTD 2014, p. 675, note D. LEGEAIS.
[162] Art. 121-94 C. consom. Art. 202 Loi n° 2015-992 relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015.
[163] Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *JO* 26 mars 2014. En revanche, la Cour de cassation a refusé de réduire ce délai en appliquant le délai biennal

bailleur pour poursuivre le paiement des loyers impayés. C'est pourquoi, ces solutions provoquent l'incompréhension des titulaires de prérogatives[164] qui ne peuvent qu'observer *a posteriori* la diminution de leur liberté de choix. En effet, il peut être constaté que, malgré le laps de temps légalement conféré au titulaire de la prérogative, ce dernier voit l'intensité de sa liberté de choix et de gestion, quant à sa prérogative, s'atténuer au fur et à mesure que le temps s'écoule. Ceci est source de questionnement sur le plan juridique. La peur de revenir à un état du Droit où les juges n'osaient pas sanctionner l'abstention et l'omission motive sûrement en partie cela. Néanmoins, à trop vouloir sanctionner l'abstention, les juges semblent avoir oublié la liberté de s'abstenir. Il n'est pas question de revenir au point de départ discrétionnairement. En revanche, répondre au flou ainsi généré s'impose. Dans cette perspective, déterminer judicieusement le délai raisonnable pour exercer une prérogative, le délai légal ne satisfaisant pas toujours assez vite la protection des intérêts de celui qui subirait une abstention, est donc primordial pour assurer la sécurité juridique.

38. **Principaux enjeux.** La difficulté majeure de l'abstention est la nécessité de son interprétation pour son appréciation. La manière proposée de voir et de traiter l'abstention présente, à notre sens, deux originalités. La première est d'axer l'étude sur la prérogative, ce qui permet de sortir de la vision classique de l'abstention traitée comme « une faute » dans les manuels de Droit et autres écrits juridiques[165]. La seconde réside dans le fait d'axer l'étude sur le temps, sur le délai pendant lequel il est loisible au titulaire de la prérogative de s'abstenir et sur le délai au-delà duquel il n'est plus opportun de changer de comportement et d'arrêter de s'abstenir pour agir. Le temps est en effet l'élément qui dynamise l'abstention. Si cette dernière aboutit à un exercice actif ou à une renonciation à la prérogative, la

---

du Code de la consommation dans le cas où le bailleur est professionnel et le locataire un consommateur (Cass. 3ème civ. 26 janv. 2017, n° 15-27580).

[164] Cas du bailleur qui se pourvoit en cassation après avoir vu sa demande en paiement rejetée et qui constate que la Cour de cassation qui considère effectivement que « la revendication était juridiquement recevable et exacte dans son calcul » ne lui donne pourtant pas raison parce qu'il a trop attendu. Cass. 3ème civ. 21 mars 2012, n° 11-14174, JurisData n° 2012-004884, Loyers et Copr. n° 6, juin 2012, comm. 163, comm. B. VIAL-PEDROLETTI, « Sanction de l'absence de régularisation annuelle des charges : l'article 1134 alinéa 3 du Code civil au secours du locataire » ; AJDI 2012, p. 153, note S. LE GAC-PECH « Le retour en grâce de la bonne foi : la régularisation déloyale et brutale équivaut au droit de ne pas payer ses charges » ; Gaz. Pal. juill. 2012, p. 18, note D. HOUTCIEFF ; RDCO 2012, n° 3, p. 806, note O. DESHAYES ; Ibid. p. 763, chron. M.-Y. LAITHIER.

[165] *Cf Supra* n° 12 à 15.

décision intervient toujours plus tard que si le titulaire n'avait pas pris le temps de s'abstenir.

Aussi, pour résoudre l'imprévisibilité d'une situation d'abstention, est-il envisagé d'atteindre deux principaux objectifs. En premier lieu, déterminer si faire varier l'intensité de la liberté de s'abstenir et d'agir au fil du temps qui s'écoule au sein d'un délai préalablement imparti est justifié. Et si oui, en second lieu, permettre, par des critères temporels et de comportement clairement définis, la visibilité de ce qui est attendu du titulaire de la prérogative et à quel moment, pour celui qui s'abstient, celui qui subit l'abstention et le juriste. Quel que soit le résultat obtenu, l'abstention demeure un choix du titulaire de la prérogative en cause à préserver, et qui peut cohabiter avec les intérêts d'autrui.

39. **Méthode.** Rechercher et garantir un équilibre entre la liberté de comportement du titulaire d'une prérogative et les autres intérêts présents nécessite de savoir si autrui est en droit d'exiger que le titulaire d'une prérogative, facultative par essence, agisse, voire agisse au moment qui lui serait le plus favorable.

Répondre à la problématique d'imprévisibilité suppose d'étudier l'abstention, ses circonstances et ses conséquences. D'ailleurs, les conséquences pour les intérêts de celui qui subit l'abstention devront être confrontées aux bénéfices de l'abstention pour son auteur.

Le réalisme juridique se présente alors comme la méthode à employer. Elle s'appuie en effet sur l'idée que « l'étude du droit doit être induite de la réalité concrète »[166]. La jurisprudence, en rapportant des situations vécues, est ainsi le terreau de nos recherches. Malgré l'obstacle que constituaient les confusions de vocabulaire relatées, la sélection des arrêts a pu s'opérer grâce à la présence de certains indices factuels comme « le crédirentier avait attendu »[167], « l'inertie conservée par elle »[168], et de formules telles que « patienter »[169] ou « ne pouvait ignorer »[170] qui induisent une inaction volontaire.

Il est, en outre, nécessaire de voir quelles sont les règles juridiques qui permettront cet équilibre, ce qui sous-entend de faire le tri parmi les règles

[166] Cl. CHAMPAUD, « Des droits nés avec nous », Mél. G. FARJAT, Frison-Roche, 1999, p. 69, spéc. p. 95.
[167] Cass. 1ère civ. 16 avril 1996, n° 94-15600, JurisData n° 1996-001680.
[168] CA Caen, ch. 01 de la section civ. et com. 11 juin 2009, n° 08/01031.
[169] Cass. 1ère civ. 28 janv. 1976, n° 74-14069, Bull. civ. I, n° 37, p. 30.
[170] Cass. soc. 16 juill. 1997, n° 94-45077, inédit.

générales appliquées à l'abstention. C'est la raison pour laquelle, sans que le terme d' « abstention » soit lui-même employé[171], il est apparu nécessaire d'entreprendre un véritable travail de recensement des différentes solutions présentes en Droit positif susceptibles de s'appliquer à l'abstention. Cet inventaire a notamment révélé les conséquences et les mécanismes que l'abstention est susceptible de soulever. Il a alors été possible de relever des limites juridiques à l'abstention, telle la prescription extinctive. Ainsi, en raisonnant notamment à partir de la prescription, il s'avère que l'abstention est un « fait quelconque auquel la loi attache une conséquence juridique »[172]. L'abstention est donc un fait juridique. En effet, nonobstant son caractère intentionnel, il ne s'agit pas d'un acte juridique parce que si l'auteur d'une abstention retient volontairement l'exercice de la prérogative, il ne recherche pas forcément les conséquences juridiques parfois liés à son comportement[173].

Le paradoxe entre ce constat et l'indifférence des juristes quant à l'abstention du titulaire d'une prérogative renforce l'intérêt scientifique de cette étude. En effet, le Droit ne s'occupe pas de l'abstention mais encadre ses conséquences.

Aucun des systèmes inventoriés ne résout pour autant le problème des atteintes des intérêts d'autrui : le Droit se contente de les sanctionner *a posteriori.* Il importe alors de préciser de quelle nature pourrait être le besoin des personnes dont les intérêts sont atteints afin de renforcer le dispositif juridique de manière pertinente au vu des problématiques posées par l'abstention.

40. **Plan.** Répondre à l'imprévisibilité de l'abstention ne peut se restreindre à une argumentation sur l'opportunité de qualifier l'abstention du titulaire d'une prérogative de faute d'abstention. Mieux, le caractère fautif ou non de l'abstention du titulaire d'une prérogative ne peut découler d'une qualification générale et arbitraire qui dénaturerait l'abstention du titulaire d'une prérogative alors qu'il est nécessaire de faire ressortir toute sa singularité. Il n'est pas plus utile de faire de l'abstention un fait totalement discrétionnaire qui serait épargné de toute

[171] Nonobstant l'expression « se sont abstenus » de l'article 123 du CPC.
[172] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « fait juridique ».
[173] M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*, PUF, 2ème éd. 2011, p. 27, « les conséquences juridiques n'ont pas été directement voulues même si le fait l'a été ». *Adde* Chr. LARROUMET et L. AYNÈS, *Traité de Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Economica, Corpus Droit privé, 6ème éd. 2013, p. 384, n° 538 et 539.

appréciation juridique parce que cela serait contraire à la sécurité juridique à défendre. Il importe, dès lors, de démontrer que pour apporter une solution à l'imprévisibilité d'une situation dans laquelle s'inscrit une abstention, il convient, dans un souci de sécurité juridique, de trouver un compromis entre le respect de la liberté du titulaire de la prérogative et la protection des personnes subissant les conséquences du choix d'abstention. Ce compromis se situe dans l'encadrement des comportements. Celui-ci aboutit à la responsabilisation du titulaire de la prérogative à compter de la fin d'un laps de temps préservant sa liberté, laps de temps dénommé « **délai raisonnable** ». Ce dernier s'inscrit au sein du délai imparti mais ne le remplace pas[174], contrairement à ce qui est constaté en jurisprudence[175]. Ainsi, le délai raisonnable n'emporte pas extinction de l'action à la différence du délai de prescription. Il conviendra donc de déterminer des critères du standard du délai raisonnable au terme duquel celui qui s'abstient devra respecter un standard de comportement, celui de **l'agent raisonnable**, lequel est à proposer[176]. À défaut, il engage sa responsabilité, contractuelle ou délictuelle selon le contexte et la prérogative concernée par l'abstention. Cependant, le plan de la présente étude ne saurait se bâtir autour de l'analyse de ces deux standards. En effet, il est impératif que la responsabilisation s'applique aussi à ceux qui subissent l'abstention. Certes les limites de l'abstention les protègent, mais ils sont les plus à même d'anticiper et de protéger leurs intérêts. L'objectif est d'encadrer le rapport de force entre la liberté d'abstention du titulaire d'une prérogative et la protection des intérêts d'autrui. Or, afin d'apporter une solution à la problématique d'imprévisibilité de l'abstention, il faut d'abord appréhender l'équivocité de l'abstention (PARTIE I). C'est ainsi qu'il apparaîtra nécessaire de se fonder sur le raisonnable pour émettre une proposition d'un encadrement juridique de l'abstention (PARTIE II).

[174] Certes des hypothèses où le délai imparti se révèle être le délai raisonnable et des cas où le délai raisonnable est réduit à zéro à cause des circonstances particulières ne sont pas à exclure, mais cela n'enlève en rien la pertinence de la reconnaissance du diptyque délai raisonnable/délai restant qui scinde le délai imparti.

[175] *Cf Supra* n° 36-37.

[176] En effet, contrairement aux propos tenus par DELVILANI qui pense « qu'un fait négatif n'a aucune valeur propre » et donc n'a pas de « standard social » (A.-F. DELVILANI, *La responsabilité civile pour omission ou abstention*, éd. Service de reproduction, Grenoble 2, 1978, p. 53), nous pensons qu'il est possible et opportun de proposer un standard pour l'agent, même si ce qui caractérise ce dernier est un « fait négatif ». Qui plus est, son inaction est volontaire.

S'il n'est pas de coutume d'ajouter des éléments après l'annonce de plan, le besoin d'utiliser un vocabulaire nouveau propre à l'abstention nécessite, pour la compréhension des développements, un paragraphe spécialement dédié aux conventions terminologiques.

41. **Conventions terminologiques.** Le titulaire d'une prérogative qui s'abstient sera dénommé « **l'agent** ». Certes, il serait tentant de s'opposer à ce choix puisque ce terme connote davantage quelqu'un d'actif plutôt que d'inactif. Néanmoins, l'abstention, inaction dynamique, étant le sujet de recherche, il fallait un terme qui marque la place qu'occupe celui qui s'abstient. C'est en effet l'auteur de l'abstention qui déclenche la situation d'imprévisibilité. Mieux, il est actif dans l'attente qui accompagne l'abstention. Cela permet ainsi de mettre en relief sa distinction avec « **le destinataire** » qui, lui, subit l'abstention. Ce dernier est le sujet passif de l'attente générée par la naissance de la prérogative et exacerbée par l'abstention. C'est en considération de cette place dans le rapport d'abstention qu'il sera qualifié de destinataire. Ce terme renvoie à son étymologie latine « *destinare* » qui signifie assujettir[177]. Ainsi, le destinataire attend, à raison ou à tort, que lui soit adressée la décision irrévocable du titulaire de la prérogative parce que celle-ci a vocation à entrainer des effets plus ou moins directs sur sa propre situation. En cas d'abstention, il ne peut que constater l'inaction et se retrouve *a priori* assujetti à une initiative de l'agent. Retenant son sens étymologique, le fait d'être destinataire ne suppose pas de recevoir concrètement un élément mais d'avoir vocation à être impacté par[178]. Ici, le vocable de « destinataire » se distingue donc du sens qui lui est donné en matière de transport où il est la personne à laquelle est adressée l'objet remis au transporteur et entre les mains de laquelle devra être effectuée la livraison »[179]. De plus, compte tenu de la pluralité des personnes pouvant être amenées à supporter une abstention, l'utilisation d'un terme générique semble appropriée. Le terme d' **« autrui »** a ainsi été choisi[180]

[177] A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 4ème éd. 2016, v. « destiner ».
[178] Cela connote l'idée d'une « personne à laquelle un acte doit être notifié » G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « destinataire», sens 2.
[179] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « destinataire».
[180] Choix qui s'est opéré face au terme de « tiers » pour éviter un risque de confusion des qualités. En effet, la situation d'abstention se superpose à une situation qui existe déjà ou qui est en voie

pour éviter les répétitions. Il a en effet l'avantage d'englober les diverses personnes pouvant être affectées de près ou de loin par l'abstention quel que soit le contexte contractuel, extracontractuel, délictuel ou procédural. De plus, il connote l'opposition au « moi du [titulaire de la prérogative] en exclusion de ce moi »[181]. D'ailleurs, JOSSERAND utilisait le vocable d'autrui lorsqu'il distinguait « les intérêts du titulaire » des « intérêts d'autrui »[182]. En effet, il n'est jamais neutre que le titulaire d'une prérogative jouisse ou non des effets attachés à cette dernière. « Autrui » désignera donc tout aussi bien le cas où l'accent sera uniquement mis sur les **destinataires indirects de l'abstention**, c'est-à-dire les personnes *a priori* étrangères à l'abstention mais indirectement intéressées par l'exercice de la prérogative, que le cas où il sera à la fois question du **destinataire direct** et des destinataires indirects.

d'exister, or cette situation connaît déjà des tiers. Employer pour la situation d'abstention ce terme conduirait à une superposition de tiers et *a fortiori* à une complexification inutile. Il n'y a qu'à penser à l'abstention d'une action paulienne pour s'en rendre compte. Un créancier s'abstient d'agir contre le tiers avec qui le débiteur a commis la fraude paulienne. Ici le tiers est « la troisième personne » (Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, Préf. J. HAUSER, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 333, 2000, p. 4) étrangère au contrat, par opposition aux deux parties. Cependant, le débiteur est le tiers à la situation d'abstention. Utiliser pour qualifier cette partie le terme de tiers emporterait donc un risque de confusion non permis. Par conséquent, retenir des termes différents, « autrui » et « destinataires de l'abstention », facilite la compréhension des qualifications juridiques et permet de prendre de la hauteur par rapport à la situation initiale pour raisonner plus particulièrement sur la situation d'abstention.

[181] http://www.cnrtl.fr/, v. « autrui ».

[182] L. JOSSERAND, *op. cit.* p. 392, n° 308.

PARTIE I :

L'ABSTENTION, UN FAIT JURIDIQUE ÉQUIVOQUE

PARTIE I : L'ABSTENTION, UN FAIT JURIDIQUE ÉQUIVOQUE

42. **L'équivocité de l'abstention.** L'abstention est équivoque. Pour CORNU, quelque chose d'équivoque signifie qu'elle est « à double sens »[183]. L'attitude de celui qui s'abstient n'est en effet pas claire. Ces précisions complètent l'ébauche de définition apportée ci-dessus à savoir que rien ne laisse entrevoir la position que le titulaire de la prérogative tiendra au terme du délai. Par conséquent, l'abstention n'est ni une acceptation ni une renonciation ce qui participe à son ambiguïté. Dès lors, il faut s'interroger sur les difficultés de perception de l'abstention par ses destinataires. En effet, il est nécessaire d'interpréter ce qui a un caractère équivoque. Cependant, l'interprétation elle-même pose problème puisqu'elle n'est vectrice d'aucune certitude.

43. **Une interprétation de l'équivocité à double tranchant.** Ainsi, l'équivocité de l'abstention éveille l'imagination de son destinataire. Ce dernier essaie de donner une signification à l'abstention de l'agent, mais en faisant prévaloir, le plus souvent, celle la plus près de ses propres intérêts, ce qui n'est pas sans soulever quelques conflits. Néanmoins, le titulaire de la prérogative peut finir par trancher parmi les deux occurrences que sont l'acceptation et la renonciation, ou le Droit décidera pour lui *in fine*.

Ainsi, l'équivocité en question cause des interrogations dont les réponses, parfois malheureuses, s'expliquent par le paradoxe de l'abstention (Titre I) et les contradictions du traitement juridique de celle-ci (Titre II).

[183] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « équivoque ».

TITRE I :

LE PARADOXE DE L'ABSTENTION

TITRE I : LE PARADOXE DE L'ABSTENTION

44. **Énoncé du paradoxe.** Qu'un comportement légitime engendre des troubles est surprenant. Il serait, au contraire, cohérent de penser qu'un comportement est légitime parce qu'il ne cause aucune gêne aux autres, or l'abstention ne répond pas à cette logique. En conséquence, l'équivocité de la situation et l'insécurité juridique sont accrues. L'abstention, en laissant perdurer une situation où des intérêts courent, où des sommes impayées s'accumulent, où l'incertitude bloque des prises de décisions, génère d'une part une gêne de ses destinataires. D'autre part, pourtant, elle permet notamment de lever certaines incertitudes sur l'avenir en laissant le temps agir, ou d'assurer la sérénité de la réflexion. Les intérêts de l'agent et les intérêts des destinataires de l'abstention s'affrontent ainsi avec plus ou moins d'intensité selon la gravité des conséquences subies. Ce conflit entre différents intérêts, ayant sa source dans le paradoxe, nécessite une réponse juridique. Néanmoins, pour pouvoir avoir un regard critique sur les réponses existantes et apporter si nécessaire une solution stable à l'imprévisibilité de l'abstention, il est nécessaire de comprendre le paradoxe de l'abstention en analysant ses deux pans. Le paradoxe évoqué résulte ainsi du constat de conséquences parfois néfastes pour autrui (Chapitre 1) et générées par l'abstention, alors que celle-ci revêt pourtant une légitimité certaine (Chapitre 2).

CHAPITRE I :

DES CONSÉQUENCES PARFOIS NÉFASTES

45. **Objectifs de l'étude des conséquences néfastes.** Il convient de mesurer jusqu'où ce comportement n'est pas indolore pour autrui afin de comprendre en quoi l'abstention peut être incommodante. Il s'agit en effet d'un préalable nécessaire à la recherche d'une solution appropriée. La norme de comportement de référence en Droit étant la bonne foi, il conviendra de voir s'il est possible de s'en remettre à elle. *A priori*, le titulaire de la prérogative y est lui aussi soumis. La bonne foi impose en effet un devoir de loyauté qui tend à inciter le titulaire de la prérogative à se soucier des intérêts d'autrui[184]. La Cour de cassation a affirmé que le domaine de la bonne foi se limitait à la sphère contractuelle[185] et la prérogative ici entendue a un champ plus large englobant le délictuel. Cependant, bon nombre des abstentions développées dans la présente étude, en raison de leur intérêt juridique, portent sur des prérogatives s'inscrivant dans le domaine contractuel d'où l'importance de la notion de bonne foi ici. Mieux, la portée de la loyauté est vaste. N'est-il pas attendu un minimum de loyauté de ses proches, famille et amis sans avoir besoin de conclure un contrat ? Nonobstant, la courtoisie imposerait un minimum d'intérêt envers le destinataire de l'abstention. Mettre en exergue le fait que le plus souvent les conséquences de l'abstention sont néfastes revient ainsi à souligner les conséquences contraires à l'intérêt d'autrui, étant précisé que l'intérêt d'un individu est « ce qui compte pour lui », « ce qui est pris en considération par une personne »[186]. Il peut donc tout aussi bien s'agir de considérations morales qu'économiques[187]. Les enjeux reviennent alors, premièrement, à montrer que l'abstention ne peut être ignorée et, deuxièmement, à déterminer si les conséquences relevées peuvent servir de critère, voire de critère unique, dans

[184] Rapport général par le Professeur Pierre VAN OMMESLAGHE, *in* Assoc. H. CAPITANT, *La bonne foi*, t. XLIII, litec, 1992, p. 25, spéc. p. 41, n° 16.
[185] Cass. 3ème civ. 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166; D. 2006, p. 761, note D. MAZEAUD ; Contrats, conc. Consom. 2006, comm. n° 1, obs. L. LEVENEUR ; JCP G. 2005, II, 10173, obs. G. LOISEAU ; RTD civ. 2005, p. 776, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
[186] V. P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com, 2005, p. 1.
[187] V. G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « intérêt ».

l'appréciation et le traitement juridique de l'abstention, Monsieur le Professeur BAKOUCHE ayant, en effet, démontré dans sa thèse que les conséquences objectives d'un comportement permettaient parfois de délaisser l'examen du comportement immoral en cause[188], ou si, au contraire, ces conséquences requièrent une attention mise en lien avec l'abstention en étant l'origine. Pour atteindre ces objectifs, il semble approprié de partir d'exemples tirés de la jurisprudence. Cela permet, en outre, de familiariser le lecteur à l'abstention et à ses différentes représentations dans des domaines très variés.

46. **Deux types de conséquences.** Il existe donc un intérêt à commencer la présente étude par les conséquences de l'abstention afin de se rendre compte jusqu'où cette dernière peut être défavorable à autrui. Néanmoins, soulignant à nouveau le paradoxe étudié, l'abstention peut être profitable à celui-ci à double titre. En effet, cela se produit lorsque l'abstention et ses conséquences prennent une tournure qui arrange autrui. L'abstention lui est alors bénéfique. D'ailleurs, le destinataire de l'abstention a une forte tendance à se reposer sur l'équivocité de celle-ci, et sur l'incertitude qu'elle génère, pour avoir ses propres croyances et espérer ainsi les faire protéger lorsqu'elles sont déçues. Privant d'effet, au moins momentanément, la prérogative en question, l'abstention engendre automatiquement des conséquences avérées (Section I) et une incertitude (Section II) rarement favorables à autrui.

Section I / Les conséquences avérées

47. **Définition.** Les conséquences avérées sont les conséquences concrètes pour la personne et son patrimoine. Cela renvoie ainsi principalement à la diminution du crédit d'autrui (§1) mais aussi à l'amenuisement de ses prérogatives (§2). En revanche, le « gaspillage du crédit »[189] du débiteur est une limite que le créancier se doit de ne pas atteindre. Plus généralement, des règles juridiques essaient ainsi

[188] D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, préf. M. GOBERT, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 432, 2005, spéc. p. 42.

[189] M. SÉJEAN, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 528, 2011, p. 165, n° 167 : « Il s'agit de lutter contre le gaspillage du crédit du débiteur ».
« La proportionnalité entre la sûreté et la créance garantie évoque davantage les sûretés réelles que les sûretés personnelles. Il s'agit de lutter contre le gaspillage du crédit du débiteur, résultant d'un excès de protection de la créance par son titulaire. ».

de prévenir le gaspillage. L'époque contemporaine s'inscrit en effet dans une perspective d'optimisation des ressources.

L'abstention apparaît donc parfois en contradiction avec les préoccupations actuelles, et ce, d'autant plus que les conséquences avérées dont il est question ont un impact fort dans la vie économique, commerciale voire juridique des destinataires directs ou indirects de l'abstention. L'abstention entraine ainsi la diminution du crédit d'autrui (§1) mais aussi un amenuisement de ses prérogatives (§2).

§1) La diminution du crédit d'autrui

48. **Une diminution polymorphe.** L'affaiblissement du crédit d'autrui peut avoir des répercussions dans le temps voire s'aggraver. Cela évoque « une donnée essentielle des relations commerciales : *time is money* »[190]. Aussi, en raison de la forte dimension temporelle de l'abstention, un lien est-il à établir avec celle-ci. Mieux, il est possible d'affirmer que ce comportement est parfois à l'origine de l'application de la maxime selon laquelle « le temps juridique peut se transformer en argent »[191]. En clair, plus l'abstention dure dans le temps, et plus elle coûte à celui qui subit ce temps. De surcroît, si les conséquences se ressentent pendant la durée de l'abstention, de par sa nature, la diminution du crédit peut avoir des répercussions après l'abstention, qui se retrouve de fait être la cause de nombreuses conséquences. Ainsi, la diminution du crédit d'autrui est avérée, que l'abstention ait un effet sur le passif (A) ou sur l'actif (B) du patrimoine de celui-ci.

A. Effet sur le passif

49. **Un effet mathématique.** L'abstention peut avoir des incidences sur le passif, ce qui signifie que ce que doit le destinataire de l'abstention[192] est modifié. L'incidence la plus courante est mathématique et se traduit par l'augmentation du passif (1) principalement causée par la poursuite problématique du contrat (2).

---

[190] O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, Précis, Droit privé, 1ère éd. 2000, p. 14.
[191] M. CRESP, *op. cit.* p. 87, n° 82.
[192] Ce qui est modifié en premier c'est ce que doit le destinataire de l'abstention mais cela peut se reporter sur d'autres personnes, telle la caution.

1) L'augmentation du passif

50. **Accumulation.** La dette croît par un effet d'accumulation. Ainsi, l'abstention s'étendant dans le temps, pendant que le créancier ne demande rien et que le débiteur ne s'exécute pas spontanément, les intérêts, lorsqu'il y en a, continuent de courir[193], et produisent parfois eux-mêmes des intérêts par anatocisme[194]. De fait, les sommes dues se multiplient[195].

Par ailleurs, dans l'hypothèse des créances périodiques, les échéances impayées s'additionnent grossissant ainsi le volume de la dette. Une créance est en effet périodique lorsque son échéance est vouée à se répéter à intervalle régulier. C'est classiquement le cas des créances salariales et des créances de loyers. Une application de cette conséquence peut notamment être trouvée dans un arrêt de la première chambre de la Cour de cassation où l'abstention d'un crédirentier de demander le paiement des aréages pendant sept ans aux débirentiers a abouti à réclamer brusquement une somme importante[196] ainsi que dans une espèce de la Cour d'appel de Versailles où six ans d'abstention d'une banque ont conduit à « laisser inutilement s'accumuler les dettes cautionnées »[197]. Il est dès lors compréhensible que plus le contrat s'étend dans la durée et plus l'effet d'accumulation est important. La poursuite du contrat est alors problématique pour le passif.

2) La poursuite problématique du contrat

51. **Décider la poursuite du contrat.** Il peut être déduit de ce qui précède que l'abstention emporte des conséquences financières, commerciales et économiques. L'augmentation du passif apparaissant problématique pour le débiteur, la question

[193] Pour le paiement d'intérêts conséquents, v. Cass. 1ère civ. 28 juin 2012, n° 11-12852.
[194] Art. L. 1343-2 C. civ et L312-74 C. consom. L'anatocisme ne peut apparaître que pour les intérêts échus dus pour une année entière. De plus, ce mécanisme doit être prévu au contrat ou prononcé par une décision de justice. Toutefois, la capitalisation des intérêts n'est pas toujours autorisée. V. interdiction lors d'une rupture de crédit à la consommation pour défaillance de l'emprunteur (Cass. 1ère civ. 9 fév. 2012, n° 11-14605, JCP E. 16 fév. 2012, act. 122).
[195] Cass. com. 3 mai 2006 « en s'abstenant d'exercer le droit dont il bénéficiait, le prêteur a obligé les cautions à payer une dette provoquée par son inaction deux cents fois supérieure à celle existant au jour de la réalisation de la condition suspensive, tandis que le bénéfice de subrogation était perdu par le fait exclusif du créancier. » : Cass. com. 3 mai 2006, n° 04-17283 et n° 04-17396, JurisData n° 2006-033319 ; JCP G 2006, I, 195, n° 7, obs. SIMLER ; JCP E 2006, 2061, note D. LEGEAIS ; Bull. civ. 2006, IV, n° 104 ; D. 2006, p. 1364, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2006, p. 1693, note D. HOUTCIEFF ; RD banc. et fin. 2006, comm. 94, obs. D. LEGEAIS.
[196] Cass. 1ère civ. 16 avril 1996, n° 94-15600, JurisData n° 1996-001680.
[197] CA Versailles, ch. 13, 19 mai 2011, n° 10/03950.

de savoir si la poursuite du contrat est vraiment opportune se pose alors. Est-ce une obligation pour le créancier de décider de l'opportunité ou non de la poursuite du contrat et d'établir sa décision en fonction des intérêts de son partenaire ? *A priori*, en se basant sur le concept de non-immixtion dans les affaires de son débiteur, il serait tentant de répondre par la négative sans chercher à s'aventurer plus loin. Toutefois, il est possible de se demander, puisque le principe de non-immixtion n'est pas absolu[198], si le rôle du créancier n'est pas aussi de s'intéresser, mieux de se préoccuper du sort financier de son cocontractant. L'indifférence du créancier sur cette question se manifeste notamment par son abstention dont les formes peuvent varier. Il est donc utile de les évoquer.

52. **Abstention de rompre le contrat.** Lorsque le créancier s'abstient de contester l'inexécution du débiteur, ce dernier, destinataire de l'abstention, peut, en effet, souffrir de l'accroissement des risques pesant sur lui avec l'inscription dans la durée de l'abstention. Ainsi, lorsque le créancier s'abstient de plus de rompre le contrat ou de provoquer les conditions de celle-ci, en n'exerçant pas l'action résolutoire par exemple[199], bien qu'il ne soit pas satisfait, cela va avoir des répercussions économiques. Celles-ci sont alors entretenues par le blocage de la situation ainsi généré. En effet, lorsque la situation du débiteur empire, la continuation du contrat participe, parfois fortement, à cette aggravation. Le débiteur se retrouve de fait prisonnier d'une situation qu'il ne peut pécuniairement plus honorer. Certes, il pouvait lui aussi rompre le contrat, mais pas nécessairement dans les mêmes conditions. C'est pourquoi il peut vouloir laisser l'initiative au créancier et se plaindre lorsque ce dernier tarde à prendre une telle décision[200] ou revient sur celle-ci[201]. Les abstentions imbriquées des deux parties aboutissent à l'immobilisme.

---

[198] J. ATTARD, « Analyse du principe de non-ingérence sous l'angle de la protection des droits fondamentaux des cocontractants du banquiers », RTD com. 2017, p. 1.

[199] Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-17476, JCP G. 1999, II, 10000, obs. B. FAGES ; *adde* CA Versailles, 4 mars 2003, n° 2001-7630.

[200] *Ibidem*.

[201] V. par ex. le débiteur qui revendique la résiliation du bail par les effets d'une clause résolutoire, alors que le créancier qui avait délivré le commandement de payer visant ladite clause souhaite la poursuite du contrat, malgré l'absence de paiement à l'issue du délai d'un mois accordé au preneur pour payer et au terme duquel la résiliation était de plein droit pour le bailleur. Les juges estiment que la clause est stipulée en faveur du bailleur et que par conséquent il peut ne plus s'en prévaloir à l'issue du délai (Cass. 3ème civ. 16-13625).

53. **Abstention en cas de procédures collectives.** Le cas le plus délicat se trouve en matière de procédures collectives. En effet, l'ouverture d'une telle procédure n'emporte pas de ce seul fait la résiliation ou la résolution des contrats en cours, c'est-à-dire ceux dont la conclusion est intervenue avant le jugement d'ouverture de la procédure collective. Au contraire, l'article L. 622-13 du Code de commerce, disposition d'ordre public, offre une option au débiteur ou à l'administrateur judiciaire. Ces derniers ont le choix de continuer ou de renoncer aux contrats en cours. Il s'agit souvent de contrats à exécution successive, mais cela peut concerner les contrats à exécution instantanée lorsque leurs effets ne sont pas tous advenus lors du jugement d'ouverture, moment clé de la procédure collective. Ainsi, l'abstention de l'administrateur ou du débiteur d'exercer leur droit d'option[202] a des conséquences économiques, notamment sur le passif privilégié de l'entreprise. En effet, les contrats sont alors continués[203] et les créances qui naissent à ce moment relèvent du bénéfice de l'article L. 622-17 du Code de commerce. Elles devront être payées à l'échéance, ou à défaut selon l'ordre prévu à l'article L. 641-13 II et III du Code de commerce. Dès lors, si cette continuation s'effectue dans l'objectif de favoriser la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté, ce n'est qu'à l'issue de la procédure collective qu'il sera possible de déterminer si cette poursuite a été ou non favorable à l'entreprise.

L'abstention du débiteur de se prononcer sur les contrats en cours peut se poursuivre malgré sa mise en demeure par le créancier. Pour combler les difficultés de transparence et de clarté liées à cette situation, l'article L. 622-13 III 1° du Code de commerce prévoit que le contrat en cours est résilié de plein droit « après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat (…) restée plus d'un mois sans réponse ».

Dès lors, le créancier qui s'abstient de mettre en demeure le débiteur empêche ce dernier de voir s'ouvrir le délai d'un mois pour procéder à son choix. Mieux, l'abstention constitue un obstacle à ce que le contrat soit résilié de plein droit et que ses effets, notamment à l'origine de l'accroissement du passif, prennent *de facto* fin. Cependant, l'article L. 622-13 du Code de commerce ne met pas ce genre d'obligation à la charge du cocontractant du débiteur en procédure collective. Il en

[202] D. VIDAL et G.-C. GIORGINI, *Cours de Droit des entreprises en difficulté*, Gualino, Amphi LMD, 2ème éd. 2016-2017, « L'administrateur peut donc ne prendre aucune initiative » p. 201, n° 759.
[203] D. VIDAL et G.-C. GIORGINI, *op. cit.* p. 201, n° 758.

a simplement la faculté. En conséquence, aucune sanction n'est encourue par le créancier. Il est, dès lors, possible de se demander si cette abstention, dans un tel contexte, n'est pas contraire à l'équité. En effet, un tel comportement démontre une certaine indifférence du créancier quant au sort du débiteur[204]. Dans un cas, on a l'abstention de celui qui est en difficulté et qui supporte les risques d'une augmentation de passif, dans l'autre l'abstention de celui à qui peut profiter la continuation des contrats en cours. Dans ce dernier cas, il s'abstient, en ne pratiquant pas la mise en demeure, de solliciter l'avis du débiteur et du mandataire.

Aussi, s'occuper des contrats du débiteur pourrait relever du rôle du créancier[205]. Il est autant partie au contrat que le débiteur. C'est autant son intérêt que celui du cocontractant, au moins d'un point de vue théorique. Il faut prendre en compte que la continuation des contrats en cours n'est pas toujours profitable au créancier qui risque de ne pas être payé si la situation du débiteur se dégrade. Mais, rien n'empêchait ces derniers de prendre les devants. Il en va donc de la responsabilité de chacun de savoir quels risques il préfère assumer et ce d'autant plus que l'abstention a parfois un effet négatif sur l'actif d'autrui.

B. Effet sur l'actif

54. **Conséquences.** Diminuer le montant de l'actif d'une personne revient à amoindrir ses capacités à utiliser ses richesses que ce soit pour faire face à son passif, consommer, épargner ou investir. En outre, pour effectuer ces activités, la personne physique ou morale peut avoir besoin de crédit. Elle devra alors présenter des garanties suffisantes issues en principe de son actif. Ainsi, dès lors que l'abstention n'a pas un effet positif ou nul sur l'actif d'autrui, cela gaspille le crédit de ce dernier et s'avère néfaste à la poursuite de ses intérêts.

55. **Deux sortes d'abstention en cause.** La diminution de l'actif d'autrui par l'abstention peut être la conséquence soit d'une mobilisation inutile de l'actif (1) du destinataire de l'abstention soit d'une immobilisation de la gestion fructifiante de l'actif (2).

[204] *Cf Infra*.
[205] Toute proportion gardée puisqu'il est évident que des créanciers tels les fournisseurs d'énergie, de téléphonie ne peuvent être au courant de toutes les situations particulières de leurs nombreux clients.

1) Mobilisation inutile de l'actif

56. **Hypothèse.** La mobilisation inutile de l'actif se rencontre principalement en matière de garantie apportée pour sécuriser un crédit. L'abstention est alors vectrice de diminution du crédit en ce que le créancier mobilise l'actif proposé en garantie sans finir toutes les démarches nécessaires, ce qui, à la fois, nuit à l'avènement de nouveaux crédits et risque d'entraver la libération du débiteur, laquelle assouplirait le passif et revaloriserait l'actif de celui-ci. De plus, il convient de souligner le fait que si le titulaire de la prérogative s'est abstenu de poursuivre sa logique de garantie, c'est sans doute qu'il n'avait aucun intérêt à la commencer ou du moins à la maintenir, or c'est ce qu'il a fait. Cette hypothèse se vérifie dans différentes situations d'abstention.

57. **Abstention du créancier ayant pris des mesures conservatoires.** Il peut s'agir du créancier qui prend des mesures conservatoires mais qui n'engage pas, ensuite, la procédure pour obtenir un titre exécutoire et les utiliser si nécessaire. Ceci mobilise pourtant l'actif du débiteur. Les mesures conservatoires ont en effet pour but de protéger le droit du créancier en « paralysant le patrimoine du débiteur ou certains de ses éléments »[206]. Le créancier qui sent que le recouvrement de sa créance est menacé, peut, en application de l'article L.511-1 du Code des procédures civiles d'exécution, solliciter du juge des mesures conservatoires même lorsqu'il ne possède pas de titre exécutoire. Le créancier qui a obtenu ces dernières sans titre exécutoire est néanmoins censé entamer une procédure au fond ou accomplir les formalités nécessaires pour en obtenir un dans le mois qui suit l'exécution de la mesure[207].

58. **Mesures conservatoires.** Les mesures conservatoires peuvent ainsi « prendre la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire »[208]. La saisie conservatoire, tout d'abord, est une saisie provisoire afin de constituer une garantie de paiement au créancier. Elle peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels du débiteur même s'ils sont détenus par un tiers. Ainsi, les biens saisis seront rendus indisponibles c'est-à-dire que le débiteur ne pourra pas, en théorie,

[206] M. DOUCHY, art. préc. spéc. n° 3.
[207] Art. R. 511-7 CPCE.
[208] Art. 511-1 CPCE.

en disposer. Il n'en conserve ainsi que l'usage sauf disposition ou précision du juge contraire. En pratique, l'indisponibilité a pour conséquence de rendre les actes de disposition inopposables au poursuivant. Peut, par exemple, être cité l'article 2092-3 du Code civil qui dispose que les baux consentis par le saisi sont inopposables aux créanciers poursuivants. Ainsi, le créancier qui n'aura pas été satisfait pourra alors pratiquer la conversion de la saisie conservatoire en saisie-vente. Si la saisie conservatoire avait pour objet des créances, il sera procédé à une saisie-attribution. Ensuite, la sûreté judiciaire est susceptible de concerner, à titre conservatoire, les immeubles, les fonds de commerce, les actions, parts sociales et valeurs mobilières. Sa fonction est aussi d'assurer le paiement de la dette. Elle pourra en effet être transformée en sûreté définitive. Cependant, les biens grevés d'une sûreté judiciaire conservatoire restent aliénables par le débiteur. La protection du créancier résidera alors dans son droit de suite et son droit de préférence.

59. **Conséquences de l'abstention de demander le titre exécutoire.** Ainsi, s'il est utile d'empêcher le débiteur de disposer voire de dilapider à sa guise son patrimoine, qui est le gage commun des créanciers, les mesures conservatoires sont des mesures de prévention qui ont des effets sur les biens composant l'actif du débiteur, et qui ne doivent donc pas être employées à la légère par le créancier. En s'abstenant de demander le titre exécutoire, qui aurait permis de transformer les mesures exécutoires en voie d'exécution ou en inscription définitive, il jette un doute sur l'opportunité d'avoir pris des mesures conservatoires. La procédure initialement mise en œuvre pour avoir une autorisation du juge de prendre des mesures conservatoires est alors sujette à caution ce qui justifie que la mesure soit déclarée caduque si le créancier s'abstient jusqu'au terme du délai. De plus, il a été jugé que ce créancier ne saurait demander une nouvelle mesure conservatoire tendant aux mêmes fins[209]. Le temps imparti a des frontières précises que le titulaire du droit ne saurait contourner. C'est pourquoi l'obtention par la suite d'un titre exécutoire est une étape primordiale, or, lorsque le créancier s'abstient longtemps de se le procurer, parfois jusqu'à l'expiration du temps imparti, cet

[209] TGI Nice, 20 avril 1994, D. 1994, somm. p. 348, obs. P. JULIEN ; RTD civ. 1995, p. 197, obs. R. PERROT ; cité par M. DOUCHY art. préc. spéc. n° 53.

excès de l'agent est susceptible d'instaurer un climat de suspicion notamment causé par le manque de transparence.

Cela dit, il est vrai que le créancier peut aussi s'abstenir parce que la situation du débiteur depuis la prise des mesures conservatoires s'est améliorée et qu'il ne veut pas que les mesures conservatoires aient un effet plus lourd pour le débiteur[210]. Tout est question de circonstances et encore une fois d'interprétation due à l'équivocité de l'abstention. La diminution du crédit doit donc être dénoncé mais sans jugement de valeur. Il doit seulement être démontré sans se fier aux apparences et ce d'autant plus lorsque c'est l'actif qui est atteint par l'immobilisation de sa fructification.

2) Immobilisation de la fructification de l'actif

60. **Présentation des hypothèses étudiées.** Certains exemples sont témoins de la diminution du crédit du destinataire de l'abstention par l'immobilisation de la gestion permettant de faire fructifier l'actif. Il sera étudié ici l'abstention d'un héritier d'exercer l'option successorale provoquant une certaine immobilisation de la gestion des biens successoraux (a) et l'abstention du bailleur de répondre au locataire commerçant qui veut exercer une activité différente ou nouvelle de celle appartenant au bail à l'origine du blocage du développement commercial de l'entreprise (b).

a) Immobilisation de la gestion des biens successoraux

61. **Une situation floue.** Pour aborder la diminution du crédit d'autrui par l'immobilisation de la fructification de l'actif, il est intéressant de délaisser un instant le domaine contractuel dont il était jusqu'ici fait état. La gestion des biens successoraux est parfois immobilisée par l'abstention d'un héritier de se prononcer sur l'option successorale[211]. Elle n'est alors pas optimale. Cela a des conséquences pour les héritiers qui auraient déjà accepté la succession et voient la situation bloquée. Ils sont dans le flou.

[210] *Cf Infra* les motifs de l'abstention (section I du chapitre II à suivre).

[211] Cependant, les délais permettant l'abstention des héritiers ne peut avoir pour conséquence de remettre en cause le délai conventionnellement imparti pour la levée de l'option d'une promesse d'achat. Cass. 1ère civ. 4 juill. 2012, Bull. civ. I, n° 156, D. 2012, p. 1886, AJ fam. 2012, p. 510, obs. Chr. VERNIÈRES, RDC 2012, p. 1298, obs. C. GOLDIE-GENICON.

62. **Une gestion perturbée.** L'héritier dispose, en effet, d'un délai légal de quatre mois pour exercer son option successorale et choisir ainsi entre accepter purement et simplement la succession, y renoncer ou l'accepter à concurrence de l'actif net. Néanmoins, l'abstention d'exercice du droit d'option successorale, donc le fait de ne pas choisir, met en jeu l'intérêt des autres héritiers, même si, au vu des conséquences d'une acceptation, le besoin de réflexion de l'héritier peut être compris. Le temps latent pendant lequel le titulaire de l'option s'abstient, est, toutefois, un temps où la gestion des biens n'est pas maximale et où le passif peut s'alourdir. Mieux, le calcul ne pouvant se faire de manière définitive, les biens étant en indivision, ils ne sont pas nécessairement gérés comme ils le seraient par un propriétaire bien défini. Les héritiers ne savent pas quel lot leur sera attribué individuellement.

63. **Blocage dans la gestion du patrimoine successoral.** Dès le décès, les héritiers, personnes titulaires de l'option successorale se retrouvent en indivision. En revanche, le partage ne pourra avoir lieu que quand chacun aura opté et que le patrimoine successoral aura été liquidé. En effet, tant que tous les héritiers n'ont pas opté, leurs droits dans la succession ne sont pas clairement définis. Cette situation risque d'être à l'origine d'un blocage dans la gestion du patrimoine successoral, et ce à plusieurs titres. L'indivision ne constitue pas un cadre pérenne et l'héritier qui s'abstient pour l'instant d'opter peut être frileux à agir parce que certains actes vont faire présumer son acceptation pure et simple à la succession.

En premier lieu, l'indivision est une cause d'immobilisation de l'impulsion nécessaire à faire fructifier l'actif successoral. Les indivisaires peuvent, en effet, être tentés de se reposer sur les autres pour effectuer les actes de conservation. De plus, étant incertains des biens qui seront attribués à chacun, ils risquent de ne pas se préoccuper de leur expansion. Mais, surtout, le mode de prise de décision est source d'entrave, notamment lorsque les héritiers sont nombreux. Ainsi, certains actes requièrent la majorité des deux tiers des coïndivisaires. Il s'agit des actes d'administration relatifs aux biens indivis, du fait de donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration, des actes ayant pour objet de vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision ou de conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à

usage agricole, commercial, industriel ou artisanal. Il faut souligner que le défaut d'information des autres indivisaires rend ces décisions inopposables à ces derniers. Toutes les autres décisions nécessitent l'unanimité des coïndivisaires. Le juge peut toutefois autoriser un indivisaire à représenter un autre indivisaire dans la prise de décision, lorsque ce dernier est hors d'état de manifester sa volonté, ou à passer seul un acte lorsque le refus d'un indivisaire risque de mettre en péril l'intérêt de l'indivision. L'abstention n'appartient pas à cette liste et peut donc être néfaste.

Toutefois, en second lieu, l'héritier qui s'abstient, pour des raisons qui lui sont propres, peut se rendre compte que certains actes sont nécessaires mais s'abstiendra de les réaliser parce que la commission de tels actes pourrait anéantir sa liberté de choix, son acceptation pure et simple étant alors présumée. Certes, la réforme de 2006[212] prévoit que certains actes effectués dans un souci de conservation des biens n'emportent pas nécessairement l'acceptation pure et simple de la succession, mais tous les autres actes sont susceptibles d'engendrer une acceptation tacite. L'article 784 du Code civil dispose ainsi que les actes conservatoires recouvrent le paiement des frais funéraires et de dernière maladie, des impôts dus par le défunt, des loyers et autres dettes successorales dont le règlement est urgent, le recouvrement des fruits et revenus des biens successoraux ou la vente des biens périssables, à condition de justifier que les fonds ont été employés à payer les dépenses énoncées précédemment, ou ont été déposés chez un notaire ou consignés. L'acte conservatoire est donc destiné à éviter l'aggravation du passif successoral. De plus, sont des actes d'administration provisoire les opérations courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession, le renouvellement, en tant que bailleur ou preneur à bail, des baux qui, à défaut, donneraient lieu au paiement d'une indemnité, ainsi que la mise en œuvre de décisions d'administration ou de dispositions engagées par le défunt et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise. Par conséquent, si l'héritier qui s'abstient veut sauvegarder les intérêts de la succession sans remettre en cause son statut, il lui faut demander au juge une autorisation d'accomplir des actes[213].

[212] Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions, *J.O.* 24 juin 2006.
[213] Art. 784 al. 2 C. civ.

Les héritiers destinataires de l'abstention sont dans le flou. Au terme de cette période, l'auteur de l'abstention peut être contraint de se déterminer, à la demande d'un autre héritier, d'un créancier de la succession ou de l'État. Il dispose alors d'un nouveau délai de deux mois pour faire connaître son choix. Cependant, s'il continue de se taire, il est considéré comme ayant accepté purement et simplement la succession et ne pourra plus revenir sur son abstention. *A contrario*, si personne ne le contraint à choisir, il dispose de dix ans pour exercer son option, faute de quoi, il sera, cette fois, considéré comme renonçant. La loi protège donc l'agent et *a fortiori* l'abstention grâce à la possibilité de prolonger la durée de l'abstention[214] en repoussant les seuils du temps imparti initial.

Mais, cela n'amoindrit pas pour autant les conséquences de l'abstention. Si l'héritier, qui s'est abstenu jusqu'à l'expiration du dernier délai, avait volontairement renoncé, dans le premier délai imparti, les créanciers de la succession auraient été payés sans subir le blocage de la succession et sa part aurait été attribuée plus tôt aux autres, évitant ainsi les désagréments causés pour aboutir de surcroît à un résultat identique à savoir la perte de sa qualité d'héritier[215]. Néanmoins, le législateur a prévu différents délais impartis complémentaires de nature à permettre à l'héritier des conditions optimales pour prendre sa décision, or, le temps est le facteur essentiel pour permettre celles-ci notamment eu égard à l'éloignement de l'héritier ou de l'existence de contestations sur le contenu de la succession. Mieux, l'option emporte des conséquences importantes pour l'héritier. Aussi le Droit protège-t-il le processus décisionnel dans une matière où se mêlent sentiments, intérêts patrimoniaux et ressentiments familiaux.

Le gel de la valorisation de l'actif par une abstention peut également concerner un domaine tout autre que celui du Droit des successions à savoir le développement commercial d'une entreprise.

b) Immobilisation du développement commercial de l'entreprise

64. **Abstention du bailleur commercial.** L'abstention du titulaire d'une prérogative engendre alors une problématique commerciale néfaste. C'est notamment le cas de

[214] V. déjà la possibilité de prolongation du délai d'option de l'administrateur sur le sort des contrats en cours (art. L. 622-13 III 1° C. com.). *Cf Supra* n° 53.
[215] V. Cass. 1ère civ. 28 janv. 2009, n° 07-19573, JCP G. 2010, p. 374, note R. LE GUIDEC ; RLDC 2009, n° 62, p. 39, obs. G. CHOCHAT-ROZIER.

l'abstention du bailleur commercial de répondre au locataire qui a sollicité l'autorisation d'exercer une activité différente ou nouvelle de celle initialement stipulée dans le bail commercial. Le locataire doit en effet demander au bailleur la déspécialisation plénière ou partielle du fonds de commerce par acte extra-judiciaire en respectant les dispositions du Code de commerce[216]. Pourtant, une fois encore « *time is money* » et le locataire subit le temps. Ici la problématique commerciale se double d'un impact économique dû au blocage de la situation. Le preneur ne peut en effet rien entamer pendant les trois mois impartis au bailleur pour se prononcer. Il est dépendant du bon vouloir du bailleur. Pourtant, si ce dernier accepte, il a en général la possibilité de bénéficier d'une majoration de loyer afin, notamment, de compenser les aménagements nécessaires à la déspécialisation. Son abstention pourrait alors parfois s'expliquer par le fait qu'il prend le temps d'opérer ses calculs des coûts et des bénéfices retirés malgré la perte néfaste de temps et d'argent pour autrui.

Par la diminution de ces deux ressources, il semble donc possible d'affirmer que l'abstention, en plus d'avoir des conséquences néfastes sur le crédit d'autrui, est source d'un certain amenuisement de ses prérogatives.

§2) L'amenuisement des prérogatives d'autrui

65. **Deux origines deux conséquences.** L'amenuisement des prérogatives d'autrui signifie que celui-ci les perd, ou du moins qu'il ne peut pas en retirer le même bénéfice que celui escompté, alors que cela ne se justifie pas forcément par un intérêt supérieur. La jurisprudence offre différentes illustrations de ce phénomène. Au vu des éléments mis en exergue par cette analyse, l'amenuisement des prérogatives d'autrui résulte soit de l'anéantissement de la liberté de choix d'exercice de ces dernières, soit de l'anéantissement de l'utilité des prérogatives. Il implique donc limitation et perte des prérogatives acquises (A) et crée ainsi la perte d'une chance (B) de profiter des effets attachés aux prérogatives en cause.

[216] Art. L. 145-48 et s. C. com.

A. Limitation et perte des prérogatives acquises

66. **Paradoxe.** L'abstention ampute donc parfois autrui de sa liberté de choix alors qu'elle devrait être l'expression même de la liberté d'exercer sa prérogative selon la modalité de son choix, ce qui est paradoxal, il faut en convenir. Le destinataire de l'abstention est en effet également titulaire de prérogatives, or certaines se retrouvent atteintes parce qu'elles ont disparu ou ont perdu de leur utilité. En se retrouvant privé d'une de ses prérogatives et de la liberté de pouvoir choisir de l'exercer comme il l'aurait souhaité, le destinataire se voit imposer un résultat, une situation qui ne répond pas forcément à ses intérêts.

Ainsi, les juges ont constaté suite à l'abstention d'un titulaire d'une prérogative différentes limitations et disparitions de prérogatives, parmi lesquelles figurent la forte limitation des prérogatives attachées à la propriété (1) et la perte du bénéfice de subrogation (2).

1) La forte limitation des prérogatives attachées à la propriété

67. **Définition de l'hypothèse.** Ce premier exemple fait référence aux servitudes. L'étymologie du terme « servitude » est assez évocatrice puisqu'il provient du latin « *servitudo, inis* » qui signifie « être esclave ». La servitude est légalement définie par l'article 637 du Code civil qui dispose que « la servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». Il s'agit ainsi d'un droit réel immobilier supposant deux fonds appartenant à deux propriétaires distincts. Le fonds servant sur lequel pèse la servitude est alors affecté au service du fonds dominant[217].

68. **Servitude de passage.** Pour démontrer la forte limitation des prérogatives du propriétaire du fonds servant, il est opportun de s'appuyer sur la servitude de passage. Celle-ci a, tout d'abord, pour origine la loi. Elle est en effet légalement prévue dans l'article 682 du Code civil pour les fonds enclavés afin « d'assurer la desserte complète de ces fonds ». Elle résulte du droit au désenclavement de parcelles n'ayant pas de sortie ou bien une sortie inadaptée sur une voie publique.

[217] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, Lextenso, 6ème éd. 2015, p. 333 et s. n° 1100 et s. *Adde* J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Les biens, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, LGDJ, 2ème éd. 2010, p. 341 et s. n° 299 et s.

Dans ce cas, aux termes de la loi, le consentement du propriétaire du fonds traversé n'est pas requis. Toutefois, il faut choisir le trajet le plus court et le moins dommageable. Ce droit ne s'éteint jamais sauf cas particuliers, lesquels recouvrent la renonciation et la confusion. Le bénéficiaire peut ainsi renoncer à la servitude pour son manque d'intérêt ou son utilisation trop lourde, cette renonciation doit alors être inscrite au fichier immobilier. Dès lors, sans cette inscription, la renonciation n'est pas claire et non équivoque. Ainsi, le non exercice volontaire ne saurait être une renonciation à lui seul. Il constitue une abstention. De même, si le fonds dominant et le fonds servant tombent dans les mains du même propriétaire, ou s'il y a création d'une nouvelle voie d'accès, la servitude s'éteint. Dans ce cas, le propriétaire de l'ancienne servitude doit faire la demande de sa suppression.

Ensuite, si la servitude est conventionnelle, et non légale, il convient de préciser par écrit les conditions d'utilisation du droit de passage. Il est alors possible de prévoir précisément son emplacement, sa dimension, celui qui en supporte les frais d'aménagement et les frais d'entretien, celui qui est habilité à passer et quel sera le montant de l'indemnité. Il faut aussi définir la remise en état des lieux en cas de dommage du terrain. Dans le cas d'une servitude non liée au droit de désenclavement, il est recommandé de traduire l'autorisation permanente de passage par un acte notarié. C'est la seule condition pour que cette servitude soit opposable aux tiers comme les acquéreurs ou les héritiers.

69. **Abstention du propriétaire du fonds dominant.** Le cadre étant posé, il est temps de revenir à l'abstention du propriétaire du fonds dominant d'exercer la servitude de passage. Celle-ci peut résulter, plus précisément, soit de l'abstention d'inscrire la renonciation au fichier immobilier parce que le bénéficiaire n'entend pas y renoncer malgré l'arrêt de l'utilisation du passage, ou simplement de l'abstention d'exercer la servitude pour passer ailleurs. Ce dernier cas est en effet envisageable dans l'hypothèse d'une servitude conventionnelle. *A priori*, il ne serait pas possible lorsque la servitude s'explique par la situation d'enclavement du bien. Le propriétaire du fonds servant peut vouloir procéder à des aménagements, or, il ne peut pas entraver le droit de passage du titulaire de la servitude même si ce dernier ne l'exerce pas. De fait, la présente abstention a pour conséquence d'empêcher l'évolution du fonds et bloque la situation du propriétaire du fonds servant. En effet, l'article 701 du Code civil dispose que le propriétaire du fonds débiteur de la

servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage, ou à le rendre plus incommode. Il ne peut donc changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été assignée à son origine. Certes, l'article ajoute que « si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser », mais le propriétaire du fonds servant ne peut pas exercer toute l'étendue de ses prérogatives de propriétaire alors que, de l'autre côté, le bénéficiaire de la servitude semble indifférent à cette dernière. L'abstention a pour conséquence un certain immobilisme de la situation qui peut être gênant pour autrui. Mieux, en matière d'abstention, le temps participe à engendrer voire à aggraver des conséquences par le simple fait de son écoulement.

Il convient de noter que le non-usage pendant trente ans des servitudes passées par convention écrite les éteint. Ce délai commence au jour où le propriétaire du fonds dominant a cessé d'en jouir. Mais durant ces trente ans, le propriétaire du fonds servant se trouve par hypothèse face à un propriétaire de fonds dominant qui s'abstient dans une totale indifférence des conséquences. Le propriétaire du fonds servant est donc fortement et inutilement limité dans ses attributs de propriétaire[218]. Le gaspillage des prérogatives du propriétaire du fonds servant, destinataire de l'abstention du titulaire de la servitude, provient du fait que la limitation de ses prérogatives n'est pas justifiée par l'utilité que le titulaire de la servitude est censé en retirer. La servitude ne sert donc aucunement alors qu'elle coûte au propriétaire du fonds servant. Ce dernier doit à la fois s'interdire de procéder à certains aménagements de son fonds, qui satisferaient pourtant ses intérêts mais atteindraient la servitude, et entretenir le passage. De surcroît, la valeur du bien est inutilement affectée par la servitude. Effectivement, la servitude est une charge qui dévalue le bien du fonds servant.

En conséquence, l'abstention, en ce qu'elle est le non-exercice d'une prérogative par son titulaire, et lorsque cette retenue cause des conséquences néfastes, est à l'origine d'un amenuisement des prérogatives du destinataire de l'abstention. Ce dernier est en effet inutilement immobilisé dans leur exercice pour

[218] Cass. 3ème civ. 10 oct. 1984, Bull. civ. III, n° 168.

ne pas compromettre l'exercice d'une prérogative qui pourtant n'a volontairement pas lieu. Le destinataire de l'abstention perd donc la liberté de choix que lui conféraient normalement ses prérogatives. Aussi, subit-il ici une entrave à la protection de sa liberté de choix de la modalité d'exercice de sa prérogative entre l'exercice actif - équivalant à l'acceptation-, la renonciation ou l'abstention. En effet, il n'a pas ou plus le choix face à sa prérogative qui a disparu *a priori* malgré lui. Un autre exemple de la perte d'une prérogative acquise témoignant de l'amenuisement des prérogatives comme conséquence de l'abstention se rencontre dans la perte du bénéfice de subrogation.

2) La perte du bénéfice de subrogation

70. **Une perte causée par l'abstention du créancier cautionné.** La perte du bénéfice de subrogation est une conséquence possible de l'abstention du créancier cautionné quant aux autres droits préférentiels qui lui avaient été accordées. Un créancier est en effet susceptible d'avoir des sûretés de nature différente. Dans de telles circonstances, il a en principe le choix d'actionner en premier celle qu'il veut. La jurisprudence reconnaît d'ailleurs que « sauf fraude ou abus, le créancier, qui bénéficie d'une pluralité de sûretés, ne commet pas de faute en choisissant le moyen d'obtenir le paiement de sa créance »[219]. Néanmoins, si le créancier veut faire jouer le cautionnement, il n'est pas entièrement libre de la gestion des sûretés supplémentaires qu'il détient.

La caution est en effet la personne qui s'engage à l'égard du créancier à le satisfaire si le débiteur principal est défaillant[220] à charge pour elle de se retourner contre ce dernier, étant précisé que le débiteur est alors le plus souvent dans une situation financière critique. La caution prend donc un risque considérable lorsqu'elle s'engage. De fait, si la caution a consenti à garantir l'intégralité de la dette et doit s'exécuter, l'abstention du créancier de réaliser en amont les formalités rendant ses autres garanties effectives est loin d'être sans conséquence ni risque pour la caution qui joue son rôle et effectue le paiement. Son remboursement est en effet fortement compromis. La finalité du cautionnement n'est pourtant pas de faire supporter la charge de la dette à la caution *in fine*. C'est

[219] Cass. com. 2 juin 2004, n° 01-15140, Contrats conc. consom. 1er août 2004, p. 11, note L. LEVENEUR.
[220] Art. 2288 C. civ.

la raison pour laquelle, lorsque la caution est actionnée et qu'elle paie, elle est subrogée dans les droits du créancier. Ceci lui permet de bénéficier des droits et actions du créancier. Ce dernier ne doit donc pas empêcher la bonne fin de cette subrogation par son abstention. Par exemple, la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 juillet 1998, a relevé que le cédant d'un bail commercial, caution du paiement des loyers par le nouveau locataire, a perdu la possibilité de satisfaire le bailleur et de demander la résolution du bail en qualité de caution subrogée[221] à cause de l'abstention du créancier.

71. **Une perte sanctionnée.** La subrogation permet en effet à la caution de reprendre à son compte les sûretés et les garanties[222] accordées au créancier pour le paiement de la dette. Elle peut donc espérer faire face plus facilement à l'insolvabilité du débiteur principal lorsqu'elle se retournera contre lui pour recouvrer les sommes qu'elle a versées au créancier en ses lieux et place. L'atteinte à ce droit est sanctionnée par l'article 2314 du Code civil[223]. En effet, est déchu de son cautionnement, le créancier qui, par son fait[224], cause un préjudice à la caution par la perte du droit préférentiel[225] lorsque cette dernière avait légitimement pu croire qu'elle pourrait en profiter[226]. C'est pourquoi, la perte du droit préférentiel peut être constatée sans que le cautionnement soit frappé de déchéance au titre de l'article 2314 du Code civil, si le droit, pourtant perdu, n'aurait, malgré la subrogation, pas permis à la caution de venir en rang utile pour recouvrer sa

[221] Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-17476, JCP G. 1999, II, 10000, obs. B. FAGES. Il est à noter qu'en l'espèce la Haute juridiction n'a pas retenu le fondement de l'art 2314 du C. civ. faute de voir les conditions remplies (absence de perte d'un droit préférentiel). V. également CA Bordeaux 16 sept. 2010, ch. 01 sect. A n° 09/04977.

[222] Sur la différence entre les sûretés et les garanties voir J.-F. RIFFARD, *Droit des sûretés*, Bréal, lexifac droit, 3ème éd. 2014, p. 10 et s. *adde* L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, Lextenso éd. Droit civil, 10ème éd. 2016, p. 13, n° 2.

[223] R. MARTY, « Cautionnement et comportement du créancier », JCP E. n° 37, 13 sept. 2007, 2062 ; S. PRIGENT, « L'exercice d'une faculté doit préserver le recours de la caution », LPA, 4 juill. 2006, n° 132, p. 15.

[224] Rapport de Monsieur CACHELOT, conseiller rapporteur à la Cour de cassation, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/cachelot_conseiller_519.html

[225] E. CORDELIER, « À propos de l'article 2037 du Code civil. Observations sur le droit préférentiel », RTD com. 2004, p. 667. La perte doit porter sur un droit préférentiel et non sur un élément d'une autre nature : Cass. com. 2 nov. 2016, n° 15-12491, Bull. civ. n° 929, D. 2017, p. 147, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; AJ Contrat 2016, p. 530, obs. L. BOUGEROL ; JCP G. 2016, Actu 1180 ; *Adde* RTD com. 2017, p. 187, note A. MARTIN-SERF.

[226] *Cf Infra.*

créance auprès du débiteur[227]. La condition du préjudice de la caution n'est donc pas remplie lorsque la caution n'aurait de toute façon pas pu tirer un avantage effectif. Il semble que le droit préférentiel dont la caution peut se plaindre de la perte doive être un droit préférentiel utile donc abouti.

72. **Cas de la caution privée d'un meilleur rang.** En outre, le créancier cautionné bénéficiaire d'une hypothèque qui inscrit celle-ci pendant le temps imparti, mais qui s'est abstenu dans le laps de temps compris entre l'instant où il peut inscrire et le moment où il le fait effectivement, prive la caution d'un meilleur rang. Le paiement est pourtant le prix de la course. En conséquence, la caution est dépendante de la diligence comportementale et temporelle du créancier pour que le résultat des actions qu'elle intentera grâce à la subrogation légale soit le plus satisfaisant possible. Il est ainsi intéressant de voir si la jurisprudence considère qu'un créancier cautionné doit se dépêcher pour inscrire son hypothèque afin de donner le meilleur rang possible à la caution ce qui équivaut à se demander si un rang inutile s'apparente à la perte d'un droit préférentiel au sens de l'article 2314 du Code civil[228]. Il n'a pas été rencontré d'arrêt spécifique portant sur cette problématique. Les juges se focalisent d'abord sur la perte ou non du droit préférentiel pour la caution, et ensuite seulement sur le degré d'efficacité de ce dernier si la perte est avérée afin de déterminer si la caution subit un préjudice.

Ainsi, si le droit préférentiel n'a pas été perdu mais qu'il n'a pas une véritable utilité du fait de son rang, la caution ne semble pas admise à se retourner contre le créancier. Ceci semble légitime, la bonne foi du créancier est présumée de même que le fait qu'il ait procédé à l'inscription avec assez de diligence puisque le droit préférentiel n'est pas perdu. Il est donc considéré que le créancier a fait ce qu'il a pu. Les juges ne s'appesantissent pas sur le degré d'efficacité de la garantie. L'inscription d'une sûreté n'est certainement pas la seule charge qu'il ait à accomplir dans sa vie personnelle et professionnelle. De plus, il n'appartient pas au créancier d'interdire au débiteur de donner une hypothèque sur le même bien à d'autres créanciers alors que la loi prévoit le cumul d'inscriptions. Par conséquent, aucune faute n'est reprochée au créancier lorsqu'il n'est pas le premier à inscrire

[227] Cass. com. 19 fév. 2013, n° 11-28.423, RDC 2013, n° 4, p. 1454, note A.-S. BARTHEZ ; RTD com. 2013, p. 573, obs. D. LEGEAIS ; JCP N. 2013, p. 49, note Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER.
[228] *Cf Infra* n° 73.

les sûretés dont l'efficacité exige une telle formalité. Il peut ainsi en être déduit que les juges n'apprécient pas ici le temps mis par le créancier pour effectuer les formalités protégeant le bénéfice de subrogation de la caution. Leur contrôle se limite à vérifier si l'inscription a bien eu lieu pendant le délai imparti. Aussi, le titulaire de la prérogative conserve-t-il le même degré de liberté tout au long de ce délai. Les conséquences ne sont pas négligeables[229], mais aucun abus ne peut être reproché au créancier. Cette solution est heureuse au risque de voir la charge pesant sur le créancier cautionné devenir démesurée et si lourde que les créanciers se détourneraient du cautionnement alors qu'il s'agit d'une sûreté globalement efficace et très protectrice des garants. En conséquence, si le rang d'hypothèque est assimilé à un rang inutile, la caution n'éprouve pas de préjudice. Les juges semblent considérer que le droit préférentiel n'en est en fait plus un, de telle sorte que le créancier n'a pas pu le faire perdre à la caution. Dès lors, inscrire la sûreté pendant le temps imparti suffit, nonobstant l'abstention ayant eu lieu auparavant et ayant abouti à un rang inutile. En résumé, l'abstention du créancier cautionné emporte des conséquences qui peuvent se révéler néfastes à la caution. Leur intensité varie selon le type de garantie perdue, le temps qui s'écoule avant que la caution ne soit actionnée puisque cela détermine le montant à recouvrer auprès du débiteur insolvable dans la plus grande majorité des cas.

73. **Rang inutile de la sûreté et perte de chance de se prévaloir de l'article 2314 du Code civil.** Il n'en demeure pas moins qu'en pratique, le créancier avant d'actionner la caution peut, afin de ne pas tirer excessivement profit de cette dernière, vouloir s'assurer de l'insolvabilité du débiteur ou du moins du fait que ce dernier ne s'exécutera pas. Cette marque de prévenance, ou de pragmatisme selon les cas, nécessite toutefois du temps. Or, la caution, dans l'ultime espoir d'être déchargée, pourrait-elle invoquer une perte de chance de pouvoir efficacement se prévaloir de la déchéance de l'article 2314 du Code civil du fait du créancier de ne pas avoir donné rang utile à la sûreté avant de la perdre ? La question se pose dans le cas de l'absence de renouvellement d'une inscription. La réponse peut cependant n'être que négative sous peine d'inciter à la mauvaise foi des cautions sur un fondement incohérent et contraire à l'esprit de l'opération de

[229] Cette solution est malgré tout juste. Il est à regretter qu'elle soit souvent différente. *Cf Infra*.

cautionnement. Mieux, il n'est pas possible d'invoquer une perte de chance de se prévaloir d'une règle de droit au motif qu'une condition n'est pas remplie. En effet, une règle de droit s'applique parce que les conditions sont réunies. Il n'y a pas lieu dans ces circonstances de forcer la réunion des conditions pour l'application du texte. Mais la question de la perte de chance demeure pour les autres cas. Il est alors intéressant de déterminer si l'abstention est parfois à l'origine d'une perte de chance. C'est une conséquence certes importante pour autrui mais dont l'encadrement strict diminue la protection de celui-ci.

B. Perte de chance

74. **Effet.** L'enjeu de cette qualification pour le destinataire de l'abstention est en effet d'avoir un fondement sur lequel obtenir réparation. L'indemnisation par des dommages-intérêts a pour but de rendre la perte de chance plus douce puisque la réparation s'effectue en fonction de la valeur attribuée à la chance perdue[230] mais cette dernière n'adviendra jamais[231]. Il n'en demeure pas moins que la possibilité de réalisation des effets des prérogatives d'autrui est atteinte lorsqu'un lien de dépendance existait avec la prérogative objet de l'abstention. De fait, autrui semble se voir privé d'une chance de jouir des avantages affectés à ses prérogatives. La perte de chance renvoie au fait d'obtenir un gain ou d'éviter une perte. Cependant, pour être juridiquement qualifiée de perte de chance, la perte subie doit répondre à certains critères.

75. **Critères.** La chance devait ainsi être réelle et sérieuse[232]. Ceci suppose que la probabilité que la chance en cause survienne soit « importante »[233]. La perte concerne ainsi « une éventualité favorable »[234]. Lorsque le destinataire de

[230] Toutefois « la perte de chance ne peut être mesurée qu'à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée » (CA Riom, com. 21 août 2013, n° 12/01945, JurisData n° 2013-023470). *Adde* A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, Bibl. dr. privé, n° 128, 1973.

[231] P. OUDOT, Gaz. Pal. 26 fév. 2011, n° 57, p. 8. *Adde* A. BÉNABENT, *op. cit.* p. 179, n° 239 : « la chance, perdue, ne peut plus être courue ». L'auteur souligne alors le fait que c'est le recours à la probabilité qui permet de calculer la valeur de la chance.

[232] Cass. Ass. plén. 3 juin 1988, Bull. civ. n° 6, Gaz. Pal. 1988, II, p. 180 ; RTD civ. 1989, p. 81, obs. P. JOURDAIN.

[233] Ph. LE TOURNEAU (dir.), *op. cit.* p. 603, n° 1418.

[234] Cass. 1ère civ. 4 juin 2007, n° 05-20213, JCP G. 2007, I, 185, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; JCP G. 2007, II, p. 35, 10180, note F. FERRIÈRE ; RD banc. et fin. 2007, n° 6, p. 57, comm. S. PIEDELIÈVRE ; Rev. proc. coll. 2008, n° 4, p. 37, note S. GJIDARA-DECAIX.

l'abstention perd une chance, il perd donc une chance de gagner ou d'éviter de perdre quelque chose qui aurait pourtant participé à satisfaire ses intérêts[235]. La perte doit toutefois refléter une disparition actuelle et certaine[236] pour être prise en compte. Ces critères se sont vus renforcés par une nouvelle jurisprudence[237]. Pour qu'une indemnisation sur le fondement de la perte de chance advienne, il faut que celui qui l'invoque apporte la preuve d'un « préjudice direct et certain » suite à « la perte d'une chance raisonnable »[238]. Pour un auteur, il s'agit d'un revirement de jurisprudence sur la prise en compte de l'importance quantitative de la chance[239]. En effet, avant ces arrêts, les juges ne distinguaient pas la chance minime de la chance qui était telle qu'elle s'apparentait à la certitude. De fait, toute perte de chance était susceptible d'indemnisation. Seule « l'absence de toute probabilité de succès » pouvait alors y faire échec[240]. Il semble qu'après ces arrêts, la « chance raisonnable » soit celle qui présente « une certaine importance quantitative »[241]. Cette nouvelle terminologie est d'ailleurs reprise ultérieurement[242]. Pour Monsieur DESHAYES, l'intérêt majeur de ce nouveau vocable est de « dispenser les juges du fond d'avoir à distinguer une chance faible d'une chance inexistante »[243]. Ce n'est pas pour autant que les critères de « la chance réelle et sérieuse » n'existent plus, au contraire, ils se voient renforcés[244]. La Cour de cassation est ainsi à nouveau amenée à préciser la notion de la perte de chance dans un arrêt du 7 avril

[235] Il s'agit d'un « événement heureux ». V. Ph. LE TOURNEAU (dir.), *op. cit.* p. 603, n° 1418.
[236] Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-20606, JurisData n° 2014-016624, JCP G. 2014, p. 2334, chron. C. BLOCH, Ph. STOFFEL-MUNCK et M. BACACHE. Formulation reprise par l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017 (art. 1238). « Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »
[237] O. DESHAYE, « Perte de chance : une nouvelle jurisprudence en voie de formation », RDC, 1er déc. 2014, n° 4, p. 610.
[238] Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 12-22567, JurisData n° 2014-008546 et Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 13-16380, JurisData n° 2014-008545, JCP G. 2014, 815, J.-S. BORGHETTI ; Dr. famille 2014, comm. 116, B. BEIGNIER ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 215, F. LEDUC ; JCP N. 2014, n° 27, 1238, J.-Ph. BOREL ; LPA 2 juill. 2014, p. 8, note P.-L. NIEL et C. CARDILLO ; LPA 26 juin 2014, p. 12, note Y. DAGORNE-LABBE. *Adde* Ph. STOFFEL-MUNCK, C. BLOCH et M. BACACHE, JCP G. n° 51, 15 déc. 2014, doctr. 1323, Chr. Responsabilité civile.
[239] O. DESHAYES, art. préc.
[240] Cass. 1ère civ. 16 janv. 2013, n° 12-14439, JurisData n° 2013-000265, JCP G. 2013, act. 98, obs. H. SLIM ; JCP G. 2013, doctr. 1291, n° 1, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. 108, F. LEDUC ; D. 2013, p. 619, note M. BACACHE ; Gaz. Pal. 12 fév. 2013, p. 14, note A. GUEGAN ; LPA 28 mars 2013, p. 9, note A. BASCOULERGUE ; RTD civ. 2013, p. 380, obs. P. JOURDAIN.
[241] O. DESHAYES, art. préc.
[242] Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-20606, art. préc.
[243] O. DESHAYES, art. préc.
[244] « chance sérieuse » (Cass. 1ère civ. 18 juin 2014, n° 13-14879, JCP G. 2014, p. 2334, chron. Ph. STOFFEL-MUNCK, C. BLOCH et M. BACACHE).

2016[245] où elle affirme que « la perte de chance implique seulement la privation d'une potentialité présentant un caractère de probabilité raisonnable et non un caractère certain ». Elle rappelle le même jour dans une autre espèce que seule la chance perdue est indemnisée[246]. Mieux, il est essentiel de mettre en relief le fait que la perte de chance n'est véritablement reconnue que lorsque la victime n'avait pas les moyens de remédier à l'impossibilité qui touche la survenance de l'événement.

76. **Perte de chance issue d'une abstention en matière de saisie immobilière.** Pour que la perte de chance provienne d'une abstention, il peut être déduit de ce qui précède, qu'il est nécessaire que l'agent n'ait pas eu l'obligation d'agir auquel cas la perte de chance découle d'une inexécution[247]. En principe, il faut également que le délai imparti à l'exercice de la prérogative soit écoulé pour que la perte de chance soit avérée, - un événement au sein de ce délai pourrait en effet changer la situation -. Ainsi, il convient de s'interroger sur l'abstention du créancier poursuivant d'annoncer la vente forcée suite à une saisie immobilière.

La saisie immobilière est définie à l'article L. 311-1 du Code des procédures civiles d'exécution qui dispose que la saisie immobilière « tend à la vente forcée de l'immeuble du débiteur ou, le cas échéant, du tiers détenteur en vue de la distribution de son prix ». La vente forcée a pour objectif de désintéresser les créanciers du débiteur défaillant et corrélativement de libérer ce dernier. En application de l'article R. 322-31 du Code des procédures civiles d'exécution, la vente forcée est annoncée à l'initiative du créancier poursuivant dans un délai compris entre un et deux mois avant l'audience d'adjudication. À cette fin, le texte précité dispose que « le créancier poursuivant rédige un avis, en assure le dépôt au greffe du juge de l'exécution pour qu'il soit affiché sans délai dans les locaux de la juridiction, à un emplacement aisément accessible au public, et fait procéder à sa publication dans un des journaux d'annonces légales diffusé dans l'arrondissement

[245] Cass. com. 7 avril 2016, n° 15-14888, EDUC 1er juin 2016, n° 6, p. 3, note A. PEMZEC ; Flash Defrénois, 9 mai 2016, n° 18, p. 5.
[246] Cass. com. 7 avril 2016, n° 15-11342, Gaz. Pal. 26 juill. 2016, n° 28, p. 52, note V. ZALEWSKI-SICARD ; EDUC 1er juin 2016, n° 6, p. 3, note A. PEMZEC.
[247] Cass. 1ère civ. 8 juill. 2003, n° 99-21504, Droit et patr. 2003, n° 120, p. 83, note Fr. CHABAS ; JCP G. 2004, p. 446, chron. R. MARTIN. Perte de chance découlant de la faute professionnelle d'un avocat de ne pas avoir transmis les pièces du dossier au nouveau conseil du client en temps utile ; CA Dijon, 27 janv. 1987, D. 1988 Somm. 238, obs. BRUNOIS, perte de chance causée par la faute de l'avocat de ne pas exercer l'action pour laquelle le client l'avait sollicité dans les délais.

de la situation de l'immeuble saisi ». L'avis doit de plus indiquer certaines mentions. Cette première publicité se double d'un avis simplifié[248] qui est apposé à l'entrée ou, à défaut, en limite de l'immeuble saisi et publié dans deux éditions périodiques de journaux à diffusion locale ou régionale, au tarif des annonces ordinaires. Le créancier poursuivant doit prouver ses diligences par un procès-verbal d'huissier de justice[249]. Ces formalités sont nécessaires pour que la vente ait lieu. Par conséquent, le créancier doit les effectuer, mais il dispose d'un délai pour y procéder au sein duquel il est *a priori* libre. Il pourrait donc être tenté de retarder le plus possible l'annonce de la vente. Il peut, en effet, être intéressé par le bien objet de la saisie et vouloir en être déclaré adjudicataire pour le prix initialement fixé. En ce cas, le débiteur subit une perte de chance de voir vendre son bien au plus offrant. En effet, le fait que le plus grand nombre d'adjudicataires potentiels ne soit pas mis au courant suffisamment tôt constitue une perte de chance pour le débiteur. L'hypothèse du créancier qui s'abstient d'annoncer la vente forcée n'est pas un cas incongru ou sans intérêt pratique même s'il risque de se produire davantage lorsque le créancier poursuivant est le seul créancier de la procédure puisqu'il a plus de latitude pour assurer ses intérêts personnels.

Autre hypothèse, le créancier saisissant peut attendre que le marché remonte pour vendre plus cher, mais il est possible que l'inverse se produise et que le marché dégringole davantage. La perte concerne alors une éventualité favorable, vendre, et plus précisément ici de vendre à un prix plus important. La chance est bien réelle et sérieuse. Les probabilités de vendre le bien et de le vendre à un prix permettant de désintéresser un maximum de créanciers est supérieure lorsque le marché n'est ni trop haut, ni trop bas. Le caractère sérieux de la chance de trouver un adjudicataire autre que le créancier est toutefois aussi dépendant de la qualité du bien mis en vente. Cependant, il semble que ce caractère ne se verra être invalidé seulement si le bien ne représente un intérêt pour personne c'est-à-dire que toute personne quelle qu'elle soit pouvant être amenée à acheter ou à investir ne choisirait pas ce bien-là eu égard à ses caractéristiques. Le débiteur semble bien subir une perte de chance du fait de l'abstention du créancier. Cette perte de chance toucherait donc le fait de vendre le bien plus cher et en conséquence le fait de pouvoir désintéresser les autres créanciers en cas de pluralité de créanciers et

[248] Art. R.322-32 CPCE.
[249] Art. R.322-33 CPCE.

ainsi d'être libéré. La perte de chance n'atteint donc pas uniquement le débiteur mais également les autres créanciers sur le fait d'être davantage satisfaits si le bien avait été l'objet de surenchères.

77. **Impossibilité d'éviter la perte de chance.** Néanmoins, il reste à analyser le critère de l'impossibilité pour celui qui subit la perte de chance de remédier à la situation. En l'occurrence, le débiteur et les autres créanciers ont la possibilité d'annuler la vente forcée en demandant la caducité du commandement de payer en arguant du défaut de publicité de la vente forcée en application de l'article 12 du décret relatif aux procédures de saisie immobilière[250]. Le créancier poursuivant n'est donc pas assuré qu'en s'abstenant d'effectuer une formalité, il soit *in fine* déclaré adjudicataire. Il tente juste sa chance.

    En revanche, en prenant l'initiative de déclencher la caducité du commandement de payer, toute la procédure est à refaire si ces autres créanciers veulent recouvrer leur dû par le prix de la vente du bien puisque cela semble la seule façon viable de recouvrer sa créance. Ils perdront donc du temps ce qui équivaut à prendre le risque que l'insolvabilité du débiteur s'aggrave et que le bien soit dévalué.

78. **Perte de chance d'une tierce personne.** En dernier lieu, une personne tierce peut être victime d'une perte de chance d'acquérir le bien. La perte concernait en effet une probabilité favorable puisque le bien l'intéressait. La chance d'acquérir était réelle et sérieuse si la personne bénéficiait des fonds nécessaires à l'acquisition du bien. Elle est donc conditionnée, mais, la chance de pouvoir participer aux enchères est pleinement entachée quelle que soit la situation.

    En revanche, si l'abstention du créancier poursuivant ne s'étendait pas sur tout le délai imparti pour procéder aux formalités de publicité et que ces dernières sont effectuées dans le délai mais tardivement, une perte de chance peut également être avérée. Il faut alors prouver que la tardiveté du délai entre la publicité et l'audience d'adjudication a privé la personne concernée d'être en mesure de prendre connaissance des informations, de réfléchir et de mettre en œuvre les dispositions nécessaires, tel que trouver un avocat inscrit au barreau du tribunal de grande instance devant lequel la vente est poursuivie pour porter les enchères, en sachant

[250] Art 12 du décret n° 2006-936 du 27 juill. 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble.

qu'un avocat ne peut être porteur que d'un seul mandat[251], ou s'occuper de la caution bancaire à remettre à l'avocat[252] et de l'assurance.

79. **Synthèse.** En résumé, l'abstention emporte de nombreuses conséquences matérielles envers différents destinataires de l'abstention. Ces conséquences conduisent principalement à l'amenuisement du crédit d'autrui et de ses prérogatives. L'abstention permet en effet de faire subir le temps à autrui[253]. Le temps devient alors une arme redoutable[254] entre les mains du titulaire de la prérogative qui s'abstient. Pourtant, il n'y a aucune raison pour que le temps d'autrui soit moins précieux que le temps du titulaire du droit. Les conséquences néfastes constatées sont finalement le reflet des excès du titulaire de la prérogative, qu'il s'agisse d'un excès de temps, d'un excès dans l'accumulation des dettes, dans l'immobilisation d'un bien voire un excès d'intimidation. Encadrer l'abstention est donc important pour que chacun des titulaires de prérogatives se retrouvant en conflit ou en concurrence puisse voir ses intérêts respectés et se sente un minimum responsable en retour envers les intérêts adverses. Ceci se confirme d'autant plus lorsque les conséquences de l'abstention se font plus insidieuses comme peut l'être l'incertitude.

Section II/ La conséquence d'incertitude

80. **Incertitude générée par l'équivocité de l'abstention.** L'incertitude est une conséquence directe de l'équivocité de l'abstention. Ceci s'explique effectivement par le fait que l'incertitude est liée à ce qui est indéterminé, inconnu, ambigu ou complexe, or, tous ces qualificatifs renvoient parfaitement au caractère équivoque de l'abstention. Mieux, ils le justifient.

Les attitudes découlent en général d'une interaction, c'est-à-dire d'un comportement individuel en relation avec celui d'une autre personne, et supposent une réciprocité, or l'abstention brise cette interaction. Le dénouement de

[251] Art. R. 322-40 CPCE.
[252] Art. R. 322-41 CPCE.
[253] P. HÉBRAUD, « Observation sur la notion du temps dans le Droit civil », *Études offertes à Pierre KAYSER*, t. II, 1979, n° 5 p. 7, « De par sa nature, la durée est une donnée que les contractants ont à subir, mais dont ils peuvent également se servir ». Cité par O. LITTY, *L'inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 322, 1999, p. 8.
[254] O. LITTY, *op. cit.* p. 8.

l'opération est alors hypothétique[255]. En effet, « L'incertitude est par nature mal connue, et prête au doute ; elle ménage les hypothèses, les supputations et les conjectures »[256]. De fait, elle engendre souvent une sensation d'inconfort[257]. Il est vrai que l'homme ressent alors le besoin de clarification et voudrait pouvoir lever le doute[258]. C'est donc parce que l'abstention crée une situation confuse qu'elle engendre de l'incertitude.

81. **Définition de l'incertitude.** L'incertitude est définie de deux manières[259]. Il s'agit dans un premier sens de l'état d'attente d'une chose incertaine sur laquelle la personne n'a, de fait, aucun contrôle. Le second sens, quant à lui, renvoie à l'état de quelqu'un qui ne sait pas quel parti prendre. Parfois, et c'est souvent le cas en matière d'abstention, les deux sens vont se cumuler. Ainsi, autrui est face à quelque chose dont le contrôle, appartenant au titulaire de la prérogative, lui échappe. C'est la raison pour laquelle il risque de ne pas savoir quelle décision prendre pour protéger ses intérêts. Dès lors, non seulement le destinataire de l'abstention subit des pertes de différentes natures, mais il se voit en plus confronter à une importante incertitude, source d'hésitations rendant *a priori* sa position encore plus délicate. Dès lors, il est digne d'intérêt de se demander comment l'abstention atteint directement les certitudes de ses destinataires directs ou indirects sur la situation en cause.

82. **Difficultés posées au travers de l'abstention d'invoquer la nullité du contrat.** Le fait que l'abstention génère de l'incertitude est problématique à deux niveaux comme le démontre l'exemple de la nullité relative, même s'il est vrai que l'ordonnance du 10 février 2016 permet l'interpellation interrogatoire en la

[255] S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, avant-propos I. NAJJAR, préf. J. MESTRE, PUAM, 1999, p. 54, n° 60.
[256] Cass. 1ère civ. 22 mars 2012, n° 11-10935, note M. REZGUI, Dalloz actu. 18 avril 2012, « Perte de chance : la causalité s'induit nécessairement du caractère fautif de l'omission constatée » ; D. 2012, p. 877 ; RTD civ. 2012, p. 529, note P. JOURDAIN ; RDC, 2012, n° 3, p. 813, note N. CARVAL ; Cass. 1ère civ. 22 mars 2012, n° 11-11.237, RLDC 2012, n° 93, p. 22, note G. NESTOUR DRELON ; *adde* M.H. « Le rappel des conditions de la réparabilité de la perte de chance », Dalloz actualités 5 avril 2012, http://actu.dalloz-etudiant.fr/
[257] « Ah ! Qu'il m'explique un silence si rude ; je ne respire point dans cette incertitude » (Racine, *Bérénice*, acte II, scène 5).
[258] Ce n'est toutefois pas toujours le cas notamment lorsque l'abstention, cet état intermédiaire l'arrange et qu'il espère pouvoir s'en prévaloir. *Cf infra*.
[259] Dictionnaire Larousse.

matière[260]. Un contrat est en effet susceptible d'être atteint d'une nullité relative à cause de l'inobservation d'une règle au stade de sa formation. Si le contractant victime du vice, seul titulaire du droit d'agir en nullité[261] n'y renonce pas[262] en ayant conscience des vices affectant le contrat, n'intente pas d'action en justice[263] ou ne se rapproche pas de son cocontractant pour que la nullité soit constatée d'un commun accord[264], il s'abstient. Aussi, en premier lieu, des craintes peuvent-elles naître, puisque le cocontractant qui n'a pas seul la capacité de confirmer le contrat risque de voir ce dernier annulé et de ne pas pouvoir profiter de la contrepartie de son obligation. De plus, un créancier confronté à une inexécution, peut hésiter avant d'agir en justice contre son débiteur, par crainte qu'il lui oppose en défense l'exception de nullité[265] qui est perpétuelle[266]. En second lieu, de l'insécurité juridique néfaste aux contractants voire aux tiers, véritable épée de Damoclès, est générée. Cette insécurité concerne certes le contrat présent mais aussi ceux que ce dernier aurait éventuellement initiés[267]. Plus largement, l'insécurité juridique nuit au crédit qui, pour être, a besoin de confiance, elle-même dépendante de certitudes.

83. **Paradoxe.** Néanmoins, le destinataire de l'abstention extrait plus souvent des espoirs et des croyances que des craintes de son incertitude. C'est pourquoi l'incertitude est trompeuse (§1) en ce qu'elle est propre à décevoir le destinataire de l'abstention lorsque les attentes et les espérances qu'elle a fait naître chez lui ne se réalisent pas. Pourtant, l'incertitude comme conséquence de l'équivocité de

[260] *Cf Infra* n° 203.
[261] Cas de nullité relative. De plus, elle doit être prononcée par le juge.
[262] Art. 1182 C. civ.
[263] « Il n'y a pas de nullité automatique », C. RENAULT-BRAHINSKY, *op. cit.* p. 99.
[264] Art. 1178 C. civ. Nouveauté ord. 10 fév. 2016. Madame RENAULT-BRAHINSKY (*op. cit.* p. 99) nous invite cependant à relativiser cette nouveauté qui se réduit à la simple affirmation explicite de ce qui était déjà possible. Rien n'empêchait les parties auparavant de constater la nullité et de corriger le contrat ou de le réduire à néant d'un commun accord.
[265] Sur les conditions de la recevabilité de l'exception de nullité, v. not. Cass. 1ère civ. 15 janv. 2015, n° 13-25512 et 13-25513, Gaz. Pal. 21 fév. 2015, p. 18, note L. LAUVERGNAT ; JCP G. 2015, p. 306 ; Defrénois, 15 juin 2015, note H. LÉCUYER ; RTD civ. 2015, p. 609, note H. BARBIER
[266] Art. 1185 C. civ. *A contrario*, le débiteur peut s'abstenir d'agir en nullité parce qu'il sait qu'au besoin, l'exception de nullité échappe à la prescription (B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, Manuel, 6ème éd. 2016, p. 181, n° 198.), Contr. l'idée d'une exception de nullité perpétuelle V. MAZEAUD, « Proposition de modification de l'article 1185 C. civ : l'exception de nullité. », RDC, mars 2017, n° 1, p. 184.
[267] Ici sont notamment visés le cas d'une série de contrats avec un même partenaire économique et le cas de contrats qui seraient nés de la réputation de l'exécution du premier avec d'autres partenaires.

l'abstention est justifiée (§2). Ce constat laisse de nouveau entrevoir le paradoxe de l'abstention.

§1) Une incertitude trompeuse

84. **Raisonnement.** L'équivocité inhérente à l'abstention jette des doutes et provoque donc de l'incertitude sur l'avenir des décisions et des actes de l'agent. Paradoxalement, des attentes chez le destinataire de l'abstention sont générées par l'incertitude (A) et encouragées par l'inscription dans le temps de l'abstention. Néanmoins, de cette situation naissent parfois des déceptions du fait de la prise de décision inopinée de l'agent (B).

A. Des attentes générées par l'incertitude

85. **Définition.** Il convient de réfléchir tout d'abord sur ce que sont les attentes. Ces dernières ne sont pas juridiquement définies. Il est alors d'usage de se tourner vers des définitions courantes. Une attente désigne communément un espoir ou encore le « fait de compter sur quelque chose »[268]. Ainsi, une attente peut conduire la personne qui la porte à se reposer dessus. De fait, cet élément risque d'être la fondation de l'édifice sans laquelle tout s'écroule. Son absence de réalisation peut donc être lourde de conséquences pour autrui.

86. **Origine des attentes.** Il convient de se demander plus précisément comment et pourquoi des attentes sont générées. Ce n'est en effet pas anodin. Cela s'avère même paradoxal. Néanmoins, à y réfléchir, ce mécanisme humain se comprend notamment lorsque l'abstention va dans le sens des intérêts d'autrui. En fait, les croyances et les espérances des destinataires de l'abstention (1) naissent de l'incertitude. La confiance que ceux-ci placent dans leurs attentes (2) à l'égard de la décision de l'agent s'impose alors comme la mesure de l'intensité de leurs attentes qu'ils voudront *a fortiori* voir protégées en conséquence.

[268] Définition du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, http://www.cnrtl.fr/, v. « attente ».

1) Les croyances et espérances des destinataires de l'abstention

87. **Incertitude et interprétation.** L'incertitude éveille l'imagination du destinataire de l'abstention. Il interprète en effet le non-exercice qu'il constate, mais dont il ne connaît ni la cause, ni l'issue. Un auteur, pour mettre en lumière cet aspect, définissait le doute comme un « état naturel de l'esprit qui s'interroge, caractérisé à des degrés différents soit par l'incertitude concernant l'existence ou la réalisation d'un fait, soit par l'hésitation sur la conduite à tenir, soit par la suspension du jugement entre deux propositions contradictoires »[269].

Aussi le destinataire de l'abstention peut-il cultiver des croyances ou des espérances à partir de l'abstention du titulaire de la prérogative. Le recours aux probabilités dès qu'il s'agit d'appréhender les actions des autres est commun mais « ces probabilités peuvent être objectives (régularités statistiquement établies par des fréquences observées) ou subjectives (mesure des croyances des individus) »[270], ce qui est plus discutable voire dangereux.

88. **Distinction des croyances et des espérances.** Il convient toutefois de distinguer les croyances qui reflètent un ensemble d'éléments que la personne considère comme vrais à partir d'une situation donnée et les espérances qui renvoient plus à des désirs. En effet, la jurisprudence relève « les espoirs du débiteur » nés de l'abstention du créancier[271] ainsi que ses « croyances »[272]. Ceci n'est pas neutre.

89. **L'impact de la confiance dans ses croyances.** Les croyances que le destinataire de l'abstention se crée donnent ainsi lieu à une certaine confiance en ces dernières. « Dans la confiance il y a deux personnages, l'un qui éveille la confiance de l'autre et l'autre qui s'y fie (…) le premier doit s'être conduit de la sorte durant une certaine période, le second doit s'être reposé sur ce comportement et avoir orienté

[269] P. IMBS (dir.), *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue française du XIXème et du XXème siècle*, Paris, CNRS, Institut de la langue française, Nancy, t. 7, 1979, v. « doute », cité par J.-F. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon Assas, préf. B. TEYSSIÉ, Droit privé, Paris, 2003, p. 13-14.
[270] M. BORGETTO, A. GARAPON, V. HEUZÉ, H. MUIR-WATT, M. PINAULT (dir.), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2008, p. 193.
[271] Cass. 1ère civ. 28 janv. 1976, n° 74-14.069, Bull. civ 1ère, n° 37, p. 30.
[272] Cass. 1ère civ. 23 janv. 1996, n° 93-21414, Bull. civ. I, n° 36, p. 23, Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 744, obs. Ph. DELEBECQUE : croyance que le créancier ne réclamerait pas son dû.

son attitude en ce sens »[273]. Les croyances ou espérances d'autrui se muent alors en attentes envers l'agent. Effectivement, comme l'abstention est équivoque et que l'évolution de la situation a un caractère imprévisible[274], il existe un fort risque pour qu'autrui profite ou souffre de l'incertitude.

90. **Spéculation d'autrui.** En premier lieu, autrui peut profiter du doute sur les intentions de l'agent pour faire primer ses intérêts. Le destinataire de l'abstention peut ainsi être tenté de spéculer sur l'inaction du titulaire de la prérogative. La spéculation correspond à « la prévision des avantages [que l'avenir] contient virtuellement »[275]. C'est « l'action de miser sur quelque chose pour en tirer un profit, un avantage ». En économie, l'interaction réciproque du présent et du futur est d'ailleurs étudiée avec attention lorsqu'est évoquée la spéculation[276]. Ainsi, le destinataire d'une abstention risque d'espérer que l'absence d'exercice de son droit se prolonge le plus longtemps possible. Par exemple, un débiteur dont le créancier s'abstiendrait de réclamer le paiement peut en profiter pour gagner du temps pour contraindre son créancier à lui « consentir une trésorerie facile et à bon marché »[277]. Il peut aussi décider d'utiliser la somme à sa disposition pour une autre fin que le paiement de sa dette. En effet, l'abstention crée parfois chez son destinataire une illusion de libération. En justifiant ses croyances et ses réactions par l'abstention du titulaire de la prérogative, autrui instrumentalise alors l'abstention. Pire, le débiteur essaiera d'en tirer profit pour ne pas payer sa dette[278].

91. **Situation bloquée pour une durée inconnue.** En second lieu, le destinataire de l'abstention et autrui sont parfois réduits à subir un blocage de la situation[279] touchée par l'abstention voire de leur situation globale. Ce blocage crée une

[273] K.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutchen Privatrecht*, §40, p. 503 et s. cité par B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit fr. all. et japonais*, Dalloz, Nouvelle Bibl. des thèses, 2001, p. 147.
[274] Cass. 1ère civ. 16 avril 1996, n° 94-15.600 ; JurisData n° 1996- 001680.
[275] P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *in Études offertes à Pierre KAYSER*, PUAM, 1979, t. II, p. 1, spéc. p. 53.
[276] V. la pensée économique de WICKSELL.
[277] J.-C. WOOG, *La stratégie du créancier*, Préf. G. CANIVET, Dalloz, 1998, p. 37.
[278] Déjà RIPERT relevait cette tendance des débiteurs (G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n° 46, 67, 150, cité par P. DIENER, « Éthique et droit des affaires », D. 1993, p. 17), tendance qui n'a fait que se confirmer et se généraliser. Les cautions en offrent un exemple certain à toujours s'abriter derrière les moyens de défense prévus par la loi tels la perte du bénéfice de subrogation ou la disproportion du cautionnement.
[279] *Cf Supra*, not. n° 52 et 63-64.

certaine précarité qui est de nature à les rendre plus vulnérables. Par exemple, des cautions hypothécaires n'obtiendront pas en principe du créancier la mainlevée amiable de l'hypothèque tant que la dette du débiteur principal n'est pas payée. Dans le cas où le créancier n'a pas poursuivi le paiement, cette situation perdure alors que les garants peuvent avoir besoin d'un immeuble non grevé d'une sûreté, sans pour autant vouloir payer la dette contractée par plusieurs associés d'une société à un créancier qui n'a pas réagi plus tôt que ce soit envers le débiteur ou, en cas de défaillance, en faisant valoir ses droits sur l'immeuble. La situation demeure alors figée pour une durée inconnue. Certes, une mainlevée judiciaire peut être demandée mais cela risque de réveiller le créancier. Cependant, par voie accessoire, la mainlevée judiciaire de l'hypothèque peut avoir lieu sans poser de difficulté lorsque la créance sera prescrite[280]. En revanche, cela n'est pas automatique, une action devra être intentée par les cautions hypothécaires. Mieux, l'inconfort est lié à l'instabilité générée par l'incertitude. Le blocage évoqué, dont la durée ne peut être prévue, pousse ceux qui sont dans l'incertitude à faire des expectatives afin d'avancer. Le destinataire de l'abstention conclura alors notamment, mais pas toujours avec raison, à une prorogation de délai[281], voire à une renonciation[282]. En fin de compte, le degré d'intensité de ces attentes varie en fonction de la confiance qu'autrui lui-même place dans ses croyances et espérances.

2) La confiance des destinataires de l'abstention dans leurs attentes

92. **La confiance en Droit.** L'attente postule la confiance. En effet, la confiance désigne « un sentiment de sécurité »[283]. C'est pourquoi, la confiance est le sentiment à la base de notre société et du Droit[284].

[280] Voir inaction d'une banque pendant dix ans qui refuse la mainlevée amiable de l'hypothèque aux cautions hypothécaires : Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-16800, Bull. mixte n°3, p. 11, D. 2006, p. 1793, note R. WINTGEN ; JCP G. 2006, II, p. 1465, note H. CROZE ; RTD civ. 2006, p. 829, note R. PERROT ; Dr. et patr. 1er avril 2007, n° 158, p. 52, note M.-H. GALMARD ; RDC, n°4, 1er oct. 2006, note Y.-M. SERINET p. 1197, et note Y.-M. LAITHIER p. 1090.

[281] Cass. 3ème civ. 23 janv. 2013, n° 11-25676 et 11-25707, inédit, AJDI 2013, p. 347, note Fr. DE LA VAISSIÈRE.

[282] Cass. 3ème civ. 17 déc. 2015, n° 14-20317, inédit, « la seule abstention d'une demande de restitution d'une indemnité d'immobilisation, après défaillance de la condition suspensive emportant caducité d'un avant-contrat antérieur, est insuffisante à établir la renonciation du bénéficiaire à restitution ».

[283] P.-Y. GAUTIER, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ? », p. 110.

Mieux, elle a la propriété de se consolider avec le temps. La confiance innerve les rapports entre les individus quelle que soit la nature de leurs liens. Une particularité du contrat doit toutefois être soulevée, puisque le contrat naît de la confiance que s'accordent les contractants. Mieux, comme le dit si bien Madame le Professeur CHAGNY « plus une relation s'inscrit dans le temps, plus elle entraine des habitudes et génère de la confiance »[285]. Il peut aussi en être déduit que, plus les risques d'une opération sont élevés, plus la confiance entre les partenaires doit être forte.

93. **Protection de la confiance par le Droit.** C'est pourquoi les attentes doivent faire l'objet d'une protection appropriée pour permettre la prise en compte des intérêts du destinataire de l'abstention[286]. Il est d'ailleurs reconnu que la confiance est parfois une source d'obligation. Par exemple, « la confiance qu'a un contractant en son partenaire crée à la charge de ce dernier une obligation de renseignement : l'existence d'une obligation d'information peut se déduire de la foi d'un contractant dans la réception d'une information complète et exacte de l'autre. »[287]. L'obligation d'entretenir la confiance suscitée[288] donne lieu d'après certains auteurs à une distinction entre « la confiance spontanée », laquelle appartient au hors-droit, c'est-à-dire l'amitié[289], et la « confiance imposée » qui suppose un effort.

Cet « effort de protection vient de celui ou de ceux qui veulent en profiter. Ils peuvent le faire au moyen de la loi, du contrat, de la personnalité financière ou encore de garantie »[290]. En effet, les instruments juridiques aptes à créer un climat de confiance sont importants puisque « l'environnement normatif est, (…), un

---

[284] *Cf* Le contrat social de J.-J. ROUSSEAU.

[285] M. CHAGNY, « La confiance dans les relations d'affaire », *in* M. CHAGNY, V.-L. BÉNABOU (dir.), *La confiance en Droit privé des contrats*, D. Thèmes et commentaires, 2008, spéc. p. 41.

[286] V. A. ZARROUK, *L'implicite et le contenu contractuel. Étude de droit comparé : droit français et droit tunisien*, Préf. Ph. DELEBECQUE, Avt-propos M.-K. CHARFEDDINE, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2012, p. 274-275, n° 356-357.

[287] A. DANIS FATOME, *Apparence et contrat*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 414, préf. G. VINEY, 2004, p. 249. *Adde* G. FREYBURGER, *Fides*, cité par B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit fr. all. et japonais*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. de thèses, 2001, p. 20. Pour FREYBURGER la notion centrale de la bonne foi est la confiance.

[288] « Une fois le contrat formé, la confiance devrait se maintenir pendant toute la durée du contrat » (V.-L. BÉNABOU, M. CHAGNY (dir.), *op. cit.* p. XI).

[289] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, p. 173, Forum Flammarion, 1996 : « La confiance conviviale entraine à contracter » cité par V.-L. BÉNABOU, M. CHAGNY (dir.), *op. cit.* p. X.

[290] V.-L. BÉNABOU, M. CHAGNY (dir.), *op. cit.* p. IX.

facteur de sécurité, et donc un vecteur de confiance »[291]. Par conséquent, « la confiance ne se décrète pas ; elle se gagne, elle se donne »[292]. La confiance étant un outil précieux, il ne s'agit pas de protéger n'importe quelle attente[293], malgré l'incertitude, sous peine de décrédibiliser la portée de la confiance.

94. **Une protection du Droit restreinte.** Le Conseil d'État l'accepte comme source du droit communautaire[294]. En revanche, si la confiance fait effectivement l'objet, dans de nombreux domaines, d'une protection ponctuelle[295], et non automatique, le Droit français est réticent à consacrer le principe de la confiance légitime, donc de tendre vers une protection plus large. Le Conseil constitutionnel a effectivement refusé sa consécration comme principe constitutionnel[296]. En fait, la protection de la confiance en tant que telle est discutée parce qu'elle n'apparaît pas unanimement comme « une entité autonome ». Le Professeur CORNU affirmait en effet que « la confiance a beau être la clé de voûte à laquelle se rapporte tout un système de règles (liberté de choix, révocabilité), elle n'est pas, dans chaque espèce, l'objet d'une analyse concrète juridique, en tant que sentiment. Elle n'apparaît pas distinctement du consentement qu'elle inspire, ni la méfiance de la révocation, comme cela serait si elle était une entité indépendante. »[297].

95. **La confiance en Droit anglais.** À l'inverse, le Droit anglais est attaché au respect d'une confiance clairement identifiée. « En distinguant les mots *confidence* et *reliance*, la langue anglaise montre, (…), que l'on peut faire confiance à une personne aussi bien pour des raisons intimes et subjectives (*confidence*) qu'extérieures et objectives (*reliance*). Le Droit anglais, gouverné par une morale pragmatique et commerciale, tend à ne protéger la confiance que dans le second

[291] V.-L. BÉNABOU, M. CHAGNY (dir.), *op. cit.* p. 13.
[292] *Ibidem.*
[293] *Cf Infra* n° 107 et s. et n° 116-117.
[294] CE, 11 juill. 2001, fédération nationale des exploitants agricoles et autres, RFDA 2002, n°1, p. 43, note L. DUBOUIS ; RFDA 2002, n° 1, p. 33, note F. SÉNERS ; Rev. Europe, 2001, p. 21, note P. CASSIA.
[295] V. par ex. sur la protection de la confiance accordée à un salarié CA Paris, pôle 6, ch. 7, 16 avril 2015, n° 12/11530 ; en matière de protection de l'enfance prise en compte des personnes de confiance CA Limoges, ch. spéciale des mineurs, 16 janv. 2015, n° 14/00111.
[296] Cons. Constit. 7 nov. 1997, n° 97-391, Rec. n° 232, RFD Const. 1er mai 1998, p. 141, note P. GAÏA et L. PHILIP ; RGDP, 1er avril 1998, p. 270, chron. G. DRAGO et N. MOLFESSIS ; LPA, 4 mars 1998, p. 16, chron. B. MATHIEU ; AJDA, 1997, n° 12, p. 969, note J.-E. SCHOETTL ; BGFE, 1997, n° 6, p. 10, J. TUROT ; Rev. adm. 1997, n° 300, p. 634, comm. T. MEINDL.
[297] G. CORNU « Du sentiment en droit civil », Annales faculté de droit Lièges, 1964, 189.

cas »[298]. Cette vision a pour but de ne protéger qu'un socle commun de situations où tout un chacun aurait raisonnablement accordé sa confiance. Ainsi, les cas plus nébuleux sont mis de côté. La confiance doit être vraie et certaine.

96. **Confiance, incertitude et temps.** Il convient alors de se demander s'il faut faire cesser rapidement l'incertitude[299] qui atteint et crée tout à la fois de la confiance. L'incertitude a un rôle d'autant plus insidieux qu'elle dure dans le temps. Le temps étant le support de l'abstention, il est à craindre que les conséquences du temps s'ajoutent aux conséquences de l'abstention elle-même, voire influent sur ces dernières. L'écoulement du temps, par lui-même, emporte en effet certaines conséquences. Par exemple, la solvabilité du débiteur peut évoluer, c'est-à-dire s'accroître ou se détériorer. Effectivement, rien n'est immuable. Ce qui était vrai hier ne l'est plus forcément aujourd'hui, de même que ce qui est vrai tout de suite ne le sera pas nécessairement dans quelques heures. Aussi, le changement de comportement, le fait de mettre fin à une abstention doit-il s'effectuer avec quelques précautions, en particulier lorsque la relation est ancienne et que l'abstention a duré.

97. **Une source de déception.** En résumé, le comportement façonne une apparence aux yeux d'autrui qui s'attribue des croyances. Or, plus le temps imparti s'écoule et plus la confiance dans le fait que le comportement du titulaire du droit sera conforme à ses croyances et/ou ses espérances sera forte. En effet, autrui, à partir de ses attentes sur l'image qu'il s'est forgée de la situation, anticipe divers effets. Pourtant, cela est potentiellement dangereux et source de déception. Par exemple, du point de vue du débiteur destinataire de l'abstention du créancier, c'est en effet parce que le créancier s'est abstenu en premier que le débiteur a agi autrement que ce que le contrat et les procédures légales prévoyaient.

Dès lors, plus la confiance est ancrée, plus les attentes acquièrent une forte légitimité[300]. Lorsque le titulaire du droit change radicalement de comportement

[298] O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, Précis, Droit privé, 1ère éd. 2000, p. 13.
[299] V. A. OUTIN-ADAM, *Essai d'une théorie des délais en droit privé. Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit, thèse*, Paris 2, 1986, p. 156, n° 156 et p. 300, n° 297 pour le lien entre le « laisser croire » et l'incertitude.
[300] V. CA Paris, 5ème ch. A, 22 sept. 1992, Mme Bourg c/ SA Gérard, D. 1992, I.R. 282. En l'espèce, le courant d'affaire était ancien.

pendant le délai imparti[301], voire juste avant son terme, il déçoit brusquement ces attentes. Il s'agit d'une situation conflictuelle qui doit interroger le juriste puisque la protection de la confiance n'est pas aussi bien organisée en Droit français qu'en Common Law.

B. Des déceptions générées par la décision inopinée de l'agent

98. **Les croyances d'autrui entre action et abstention.** L'abstention n'a pas vocation à être perpétuelle. Les croyances d'autrui peuvent être déçues lorsque l'agent cesse de s'abstenir pour exercer sa prérogative ou lorsque le titulaire de la prérogative avait commencé à agir puis s'abstient. Le changement de cap est de nature à surprendre autrui. C'est la raison pour laquelle Madame le Professeur BANDRAC qualifie cette incertitude de « fâcheuse »[302]. Il est, en conséquence, possible d'être confronté à une abstention se transformant en action sonnant la fin de l'incertitude (1) ou, au contraire, de voir l'action stoppée et suivie d'une période d'abstention engendrant une apparente quiétude (2).

1) Abstention-action, la fin de l'incertitude

99. **Hypothèse.** Durant le temps imparti, après s'être abstenu, peut-être pour profiter d'une période de réflexion sur la conduite à adopter[303], le titulaire du droit peut décider d'agir. Ceci signifie qu'il exerce positivement son droit tel que prévu ou bien qu'il y renonce. En conséquence, les personnes intéressées par le choix du titulaire du droit sont fixées et leur incertitude prend fin. Après tout, par exemple, le but de la mise en demeure est justement de faire cesser l'incertitude du débiteur sur la volonté du créancier de recouvrer sa créance[304].

[301] *Cf Infra* n° 96 et 103.
[302] M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. RAYNAUD, Economica, coll. Dr. Civ. Etudes et recherches, 1986, n° 82, p. 89.
[303] *Cf Infra* n° 188 et n° 353.
[304] C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparée*, Préf. M. GORÉ, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 398, 2008, v. p. 447, n° 841 : mise en demeure est le « moyen de prévenir le débiteur de l'imminence de la sanction tout en lui donnant une dernière chance de l'éviter en exécutant ses obligations » et p. 461, n° 864 : « La mise en demeure lève l'incertitude, dans le chef du débiteur, quant à la volonté du créancier de voir exécuter l'obligation et de mettre en œuvre un remède approprié ».

Afin d'illustrer ces propos, il est intéressant d'évoquer un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 septembre 1992[305]. En l'espèce, une convention, conclue entre un acquéreur professionnel, vendeur dans le prêt-à-porter, et un fournisseur de marchandises, comporte un délai pour livrer ces dernières. La conséquence juridique est que le délai a ici une valeur d'obligation. De fait, l'absence de livraison pendant le délai stipulé serait une inexécution. En revanche, il n'en demeure pas moins qu'appartient au fournisseur le droit de choisir le moment de la livraison à l'intérieur du délai stipulé. C'est là que se situe son pouvoir d'action, sa marge de manœuvre. Il pourrait donc faire de la procrastination et ainsi s'abstenir durant une certaine période. C'est ce qui se passe en l'espèce. Le fournisseur n'expédie pas les marchandises au début du temps prévu. Il procède, toutefois, à la livraison avant le terme du délai stipulé. Il ne commet donc aucune faute. Un débiteur peut, par conséquent, s'abstenir sans commettre d'inexécution malgré le sentiment contraire que nous aurions pu *a priori* avoir en pensant que seul le créancier a la faculté de préférer l'abstention à l'action. Ainsi, il est possible au titulaire du droit de s'abstenir puis d'agir au moment où il le souhaite dans le délai imparti.

Les exemples peuvent être multipliés. Une société créancière, n'effectuant volontairement aucune démarche à l'égard du débiteur pendant une certaine durée, peut ensuite sortir de cette abstention en réclamant la somme due à l'un des associés de la société en nom collectif débitrice[306]. De même, il est à observer qu'il arrive que le créancier bailleur, bénéficiant d'un cautionnement, s'abstienne d'agir contre le preneur ou la caution pendant un certain laps de temps mais qu'il finisse par prendre position en demandant le paiement à la caution[307]. Le titulaire de la prérogative, par sa prise de position clairement exprimée met ainsi un terme à l'abstention et *a fortiori* à l'incertitude. Néanmoins, par la même occasion, il met fin à l'état de latence dans laquelle se trouvait la situation et risque ainsi de bousculer autrui. À l'inverse, lorsqu'une action se poursuit par une phase d'abstention, cela a tendance à créer une certaine quiétude entre les protagonistes, alors qu'il ne peut s'agir que d'une apparence.

[305] CA Paris, 5ème ch. A, 22 sept. 1992, Mme Bourg c/ SA Gérard, D. 1992, I.R. 282.
[306] CA Reims, 10 juillet 2012, n° 11/02918, D. 2012.
[307] CA Bordeaux, 1ère civ. sect. A, 16 sept. 2010, n° 09/04977.

2) Action-abstention, une quiétude apparente

100. **Hypothèse.** L'exercice d'une prérogative débutant par l'action et se poursuivant par une abstention semble bien illogique. Pourtant, cet ordre dans le déroulement de l'exercice d'un droit se rencontre en pratique. Ainsi, en est-il d'un créancier qui intente une action contre son débiteur mais ne va pas au bout de la procédure, tel un syndicat de copropriétaires qui essaye vainement de récupérer sa créance auprès des débiteurs par des lettres de relance mais ne poursuit pas sa démarche en recourant à l'étape suivante, l'action judiciaire. En l'espèce, si le syndicat leur a, en effet, signifié un commandement de payer le 29 août 2003, il a attendu le 25 mai 2007 pour délivrer le second et n'a pas accompli les actes d'exécution nécessaires dans les deux ans. Néanmoins, si, à la suite de l'action, s'est ensuivie une période d'abstention, celle-ci a débouché sur une nouvelle action positive. De fait, la tranquillité du débiteur n'était qu'apparente[308]. Mieux, le titulaire du droit se situait toujours dans le délai imparti puisque le premier commandement de payer avait permis l'interruption du délai de prescription[309]. De fait, l'action, bien que différée par son auteur était recevable.

101. **Le cercle vicieux de l'incertitude.** Au vu de cette problématique, la réalisation des expectatives du débiteur sont vraiment incertaines et posent de nombreuses difficultés pratiques susceptibles d'être rencontrées par tout un chacun. Par exemple, si le débiteur procède à un paiement par chèque et que le créancier prend matériellement le chèque mais ne l'encaisse pas dans une période raisonnablement proche de l'émission du chèque, à partir de quel instant le débiteur peut-il légitimement se considérer libéré de son obligation ? Le chèque est en effet un paiement conditionnel à son encaissement définitif. En plus, ce n'est pas parce que le créancier n'encaisse pas le chèque tout de suite qu'il ne le fera pas plus tard sans en informer préalablement le titulaire du compte. Peut-il adopter un tel comportement alors que l'image qu'il renvoie est celle d'un Homme égoïste[310] ? Le Droit ne qualifie pas expressément un tel comportement[311]. Le problème qui se

[308] CA Douai, 8ème ch. 4 juin 2009, n° 08/03423.
[309] *Cf Infra* n° 240.
[310] L'égoïsme est un comportement contraire à l'éthique contractuelle (M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Dalloz, Sirey, 5ème éd. 2016, p. 196, n° 367).
[311] *Cf Infra.*

présente alors est la libération du débiteur face à un créancier passif, dont le comportement d'abstention n'a pas d'effet extinctif en lui-même, comme l'auraient la renonciation ou la remise de dette. Plus largement, le sort des croyances générées par la manière du titulaire du droit d'exercer celui-ci est posé.

102. **Un comportement contradictoire en Droit allemand.** Pour le Droit allemand, un comportement est contradictoire lorsque le comportement présent d'une personne est contraire à son comportement antérieur[312]. Toutefois, cette définition, bien que vraie, ne saurait fonder l'application d'un instrument juridique de sanction. En effet, tout individu est propre à changer d'avis et toute situation est susceptible d'évoluer. C'est pourquoi, au plan interne, Monsieur DROUOT prône « le droit au changement d'avis »[313] tandis que d'autres vantent les mérites de la cohérence avec soi-même.

103. **Définition du comportement contradictoire.** Ceci conduit à s'interroger sur ce que signifie « changer d'avis » et ce qu'est un comportement contradictoire. Un avis est une opinion sur quelque chose. En changer revient à avoir une opinion différente que celle initialement adoptée. Souvent, le changement d'avis s'accompagne d'un revers de comportement, ce qui est décrié. En fait, lorsque le titulaire d'une prérogative s'abstient puis décide d'agir, il n'y a pas un brusque changement d'avis, celui-ci prend juste sa décision. Il n'y a pas de contradiction puisqu'il ne l'avait pas fait jusque-là. Ceci montre certes une évolution, mais toute évolution ne correspond pas toujours à un retournement de situation contradictoire. En effet, le changement de comportement suite à une abstention n'est pas contradictoire. Il ne s'agit pas d'une véritable volte-face, comme le serait le fait de passer d'une acceptation à une renonciation. Ce n'est qu'une fois le choix exercé, qu'une fois la décision affirmée, qu'ils ont un caractère définitif[314] et ce n'est qu'à leur suite qu'une contradiction peut véritablement apparaître.

[312] B. JALUZOT, *op. cit.* p. 89, n° 326.
[313] G. DROUOT, « Le droit au changement d'avis : pour une réhabilitation de la girouette », Rev. Dr. Assas, n° 7, fév. 2013, p. 14.
[314] Ceci est d'ailleurs préconisé à l'article 17 du projet Terré.

104. **Temps et contradiction.** De fait, la définition du comportement contradictoire énoncée ci-dessus est trop rigide[315]. En effet, si un créancier s'abstient un temps de demander l'exécution de l'obligation et qu'il la demande plus tard, il change certes de cap de conduite, mais il fait alors plutôt preuve « d'un remarquable esprit de coopération en accordant spontanément un répit à son débiteur en difficulté »[316]. Monsieur le Professeur PICOD, affirme d'ailleurs à cet égard que « l'indulgence du créancier ne doit pas s'analyser en un comportement l'empêchant de demander l'exécution de son droit »[317]. Il semble, en effet, légitime qu'il puisse mettre fin à son indulgence à l'origine de son abstention lorsque la situation d'inexécution dure. Le temps est une source de modifications des volontés[318]. Pour le destinataire de l'abstention, rien n'est donc sûr. Aussi, le fait qu'autrui subisse parfois une certaine incertitude est-il justifié.

§2) Une incertitude justifiée

105. **Essence du futur.** « Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? »[319]. Cette formule démontre que la réalisation des risques et des dangers d'une situation n'a vocation à être avérée, ou pas, que dans le futur. Néanmoins, le futur est un espace-temps vague à plus ou moins long terme. Il peut, effectivement, être très proche ou lointain. Il est ainsi suggéré que l'incertitude au présent est plutôt naturelle. Elle est d'autant plus

[315] D'ailleurs, comme le relève H. SKRZYPNIAK, « les auteurs favorables à la consécration d'un principe de cohérence qui interdirait aux parties de se contredire au détriment d'autrui, prévoient une atténuation fondée sur la tolérance. En effet, l'application d'un tel principe poussée à l'extrême reviendrait « à priver les parties de leur liberté de se défendre, puisque certains arguments ne seront pas analysés par le juge » (D. CHOLET, « Que reste-t-il du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ? », JCP G. n° 4, 25 janv. 2016, p. 80, note Cass. soc. 22 sept. 2015, n° 14-16947). M. le Professeur BOLARD donne alors un éclairage nouveau à la problématique, en montrant qu'un retournement de la question s'est produit et porte désormais non sur l'interdiction de se contredire mais sur le droit de se contredire (G. BOLARD, « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », JCP G. n° 6, 9 fév. 2015, 146). Ainsi, si le projet Terré propose la consécration du principe de cohérence en son art. 6, c'est pour ajouter tout à la suite que : « La simple tolérance ne suffit pas à rendre la confiance légitime » » (H. SKRZYPNIAK, « La clause de tolérance, D. 2016, p. 218).

[316] D. MAZEAUD, «La confiance légitime et l'estoppel : rapport français », *in* FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, société de législation comparée, Droit privé comparé, vol. 4, 17ème Congrès international de droit comparé de l'Académie internat. dr. comparé, Utrecht, Pays-Bas, 2006, p. 247, spéc. p. 258.

[317] Y. PICOD, « CONTRATS ET OBLIGATIONS. Effets obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions », J.-Cl. civ. Code art. 1134 et 1135, spéc. n° 91.

[318] A. ETIENNEY, *La durée de la prestation*, Préf. T. REVET, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 475, 2008, p. 102, n° 148.

[319] PORTALIS, *Discours préliminaire du Code civil.*

naturelle que le présent est le moment de l'anticipation sur le futur, le moment des prévisions.

106. **Essence de l'autre.** Les prévisions sont le reflet de l'incertitude, or, l'avenir d'une situation est incertain[320], en partie parce qu'il est impossible de déterminer avec certitude le comportement à venir d'un autre que soi. Pourtant, « le temps est un élément primordial de la coexistence de soi-même avec autrui »[321]. C'est parce que le temps s'écoule que les rapports avec autrui sont possibles et intéressants. Néanmoins, l'autre n'étant pas soi, il est impossible de connaître ses intentions et les intérêts qu'il veut protéger en premier. Ainsi, si le titulaire de la prérogative n'explicite pas son inaction, son destinataire reste dans des prévisions hasardeuses. C'est ce qui se produit en matière d'abstention. De même, les croyances d'autrui sont inconnues du titulaire de la prérogative. Les intérêts de chacun demeurent obscurs pour l'autre. L'abstention s'oppose donc à la prévisibilité, qui est pourtant un objectif du Droit. Ceci provient d'un problème de communication. En effet, le titulaire de la prérogative est *a priori* censé émettre quelque chose, son avis, son choix, or il ne le fait pas. En conséquence, le récepteur de cette attitude se retrouve dans le flou, or cet état d'incertitude ne légitime pas à lui seul les attentes qu'il génère. Néanmoins, l'incertitude imposée à autrui peut se justifier pour deux raisons. Premièrement, la légitimité des attentes est relative (A). Deuxièmement, l'incertitude se justifie assez naturellement lorsqu'elle revêt un caractère temporaire (B).

A. <u>La légitimité relative des attentes</u>

107. **L'équivocité d'une attente.** L'abstention pousse le destinataire de l'abstention à interpréter l'absence d'exercice qu'il observe. L'origine de ses croyances et de ses espérances se trouve bien dans l'abstention. La relativité de la légitimité de l'attente est due au caractère équivoque de celle-ci. Compter sur quelque chose signifie que ce quelque chose est important pour soi parce que c'est l'ingrédient manquant pour la réalisation d'un projet, d'un intérêt que l'on veut voir aboutir. En

[320] « Le futur reste en effet, par hypothèse, un temps de l'inconnu ». V. L. GAUDIN, *op. cit.* p. 20.
[321] F. TERRÈ, « Une synthèse », *in Le droit et le futur*, J.-J. AUSTRUY, P. BAUCHET, P. BÉNÉTON, A. NOVARA, F. OST, S. SAÏD, A. SÉRIAUX, R. SÈVE, F. TERRÈ, J.-M. TRIGEAUD, PUF, Travaux et recherches Univ. dr. éco. et sc. soc. Paris, 1985, p. 8.

fait, l'attente découle d'une certaine volonté, or, « le registre de la volonté est complexe, parce que la volonté des acteurs n'est pas directement accessible au droit et que son appréciation par le juge ne dépend pas essentiellement de techniques juridiques mais davantage de considérations psychologiques, sociologiques sinon économiques »[322]. Par conséquent, l'attente d'autrui est tout aussi équivoque que l'abstention. La spéculation sur la base de ces croyances apparaît donc d'autant plus discutable.

108. **Difficulté de définition de l'attente légitime.** Aussi, face à la nécessité de protéger la confiance d'autrui tout en déjouant le risque de mauvaise foi de ce dernier qui profiterait de l'abstention du titulaire de la prérogative et de cette protection pour en tirer profit, le caractère « légitime » de l'attente doit-il être défini. Le Professeur CORNU donne cependant six sens à ce terme. Se pose *a fortiori* le dilemme du sens à retenir ici. L'attente pour être légitime, doit-elle être « fondé[e] en droit », « accordé[e] ou réservé[e] par la loi », « digne d'être pris[e] en considération » parce que légale, licite ou fondée sur des aspirations tenues pour normales, conforme à la justice, l'équité ou seulement « justifié[e] par les circonstances »[323] ? Mieux, la question de la légitimité des attentes et de leur protection se pose parce qu'autrui n'est pas toujours admis à compter de bonne foi sur ses attentes à cause de la nature de leur origine, les croyances qu'il nourrissait. Monsieur le Professeur LOKIEC faisait remarquer que « si le concept d'attentes émerge dans la doctrine contractuelle, il est bien souvent assimilé au bien commun, que ce soit le bien commun marchand (ce qui est attendu est ce qui est utile) ou relationnel »[324]. L'appréciation de la légitimité de l'attente se ferait donc d'après ce que considère comme légitime l'opinion commune, c'est-à-dire ce que tout un chacun attendrait dans les mêmes circonstances. L'auteur renforce clairement cette idée en ajoutant que l'attente est « une normalité, ce qu'exprime le vocable « d'attente de référence » utilisé par la Cour de Justice des communautés européennes à propos du consommateur »[325]. Il convient de vérifier si ce modèle

[322] P. LOKIEC, *op. cit.* p. 134.
[323] G. CORNU (dir.), *op. cit.* v. « légitime ». Seuls cinq des six sens sont rapportés ici, le sixième étant relatif au caractère légitime de la famille ce qui n'intéresse pas notre propos.
[324] P. LOKIEC, *op. cit.* p. 133.
[325] CJCE, 16/07/1998, Gut Springenheide et Tusky / Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt. Rec. 1998, I, 04657, LOKIEC, *op. cit.* p. 163.

d'interprétation *in abstracto* est toujours utilisé. Les croyances créant les attentes, il est intéressant de voir qu'est-ce que peuvent être les croyances légitimes d'autrui (1) mais aussi ses croyances illégitimes (2).

1) Les croyances légitimes d'autrui

109. **Définition.** Les croyances légitimes sont celles que le titulaire du droit a encouragées ou celles qu'il a involontairement suscitées. Elles sont souvent révélées lorsqu'elles sont rompues brutalement et, ce, sans faire preuve de loyauté. C'est pourquoi, un auteur affirmait que « si en soi la création d'une apparence n'est pas fautive, il peut être contraire à la bonne foi de surprendre son contractant - de surprendre sa légitime confiance - en revenant brutalement sur l'attitude que l'on a adoptée. Il s'agit d'un problème de loyauté et de correction »[326]. Dans ce cas, le comportement du titulaire du droit est qualifié d'incohérent ce qui emporte quelques conséquences.

110. **Définition interprétée *in abstracto*.** Effectivement, l'incohérence a été sanctionnée une première fois à propos de la mise en œuvre de la clause résolutoire assortissant un contrat de vente d'immeuble avec réserve d'usufruit et versement d'une rente. En l'espèce, le cédant n'avait jamais demandé le versement de la rente. À sa mort, sa femme l'exigea, à la suite d'une mésentente, réclamant en outre les arriérés. La débirentière, qui n'a pu s'en acquitter dans les délais contractuellement prescrits, se vit alors opposer la résolution de la vente par application de la clause. La Cour de cassation se prononça contre au motif qu'en restant inactifs pendant deux ans, les créanciers « avaient accrédité chez les débirentiers la conviction que la rente ne leur serait jamais réclamée et que le brusque changement de comportement de la créancière faisait que la clause n'avait pas été invoquée de bonne foi »[327]. La protection des attentes du destinataire de l'abstention serait donc liée à la mauvaise foi du titulaire de la prérogative. Les juges analysent ici les faits mais ne recherchent pas le motif de l'inaction. Ils concluent à la mauvaise foi sans même évoquer le caractère volontaire de l'abstention. Finalement, les attentes légitimes correspondraient donc aux

[326] Ph. STOFFEL-MUNK, *op. cit.* p. 92.
[327] Cass. 3ème civ. 8 avril 1987, Bull. civ. III, n° 88, p. 53, JCP G. 1988, I, 21037, note Y. PICOD ; Defrénois 1988, p. 375, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1988, p. 120, obs. J. MESTRE.

« anticipations de l'homme raisonnable »[328] indépendamment des intérêts concrets des parties. D'après Monsieur DIEUX, « en matière extracontractuelle autant qu'en matière contractuelle, (…), c'est à l'aune du critère objectif de l'homme raisonnablement attentif aux intérêts d'autrui, que les attentes de tout un chacun dans la vie sociale sont jugées dignes ou non de protection juridique, sous le couvert des articles 1382 et 1383 de Code civil. »[329]. Les attentes sont donc bien appréciées *in abstracto* en référence à l'attente d'un homme raisonnable. À défaut d'être conforme à ce modèle, les croyances sont illégitimes.

2) Les croyances illégitimes d'autrui

111. **Le rôle de la bonne foi dans l'appréciation des attentes.** Confronté à l'abstention, autrui peut ainsi espérer que le comportement du titulaire de la prérogative demeure ou évolue dans un sens lui étant plus favorable. Il va alors croire que ce qu'il veut voir arriver se produira effectivement tôt ou tard. Cependant, ses croyances ne se fondent pas toujours sur la réalité ou n'adviennent pas nécessairement. C'est pourquoi le projet TERRÉ avait pris soin de préciser que « la simple tolérance ne suffit pas à rendre la confiance légitime »[330]. Un auteur soulignait alors très justement que « le doute diffère de l'ignorance : celle-ci ne sait rien, celui-là sait quelque chose »[331]. Les attentes d'autrui peuvent donc naître de sa capacité à occulter ce qui le dérange pour ne retenir que les éléments qui lui permettent d'avoir foi en ses croyances. Les juges doivent donc différencier la légitimité des attentes en appréciant la bonne foi d'autrui.

112. **Exemple.** Aussi, la première chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle jugé que la confiance du débiteur dans la croyance que le créancier ne réclamerait pas son dû était illégitime[332]. En effet, le débiteur a peut-être conclu à une renonciation du créancier trop rapidement or, rappelons-le, la renonciation doit être

[328] X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Préf. M. HANOTIAU, ULB, L GDJ, 1995, p. 110.
[329] X. DIEUX, *op. cit*. p. 249.
[330] Art. 6 du projet TERRÉ. En effet, « tolérer n'est pas permettre » (C. GROULIER « Tolérer n'est pas permettre. De la distinction de la tolérance et de la permissivité en droit », *in* X. BIOY, B. LAVERGNE et M. SZTULMAN (dir.), *Tolérance et droit*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 7.
[331] J.-F. CÉSARO, *op. cit.* p. 16.
[332] Cass. 1ère civ. 23 janv. 1996, n° 93-21414, Bull. civ. I, n° 36, p. 23, Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 744, obs. Ph. DELEBECQUE.

claire et sans équivoque[333]. Il n'était donc pas habilité à avoir de telles considérations. Ceci est d'autant plus vrai lorsque, comme en l'espèce, le débiteur n'est pas novice. Il s'agissait, en effet, d'un office d'habitation à loyer modéré quant à une créance de son fournisseur en eau. Mieux, dès l'origine de la relation contractuelle, le créancier n'a pas facturé ses prestations et le débiteur payait bien. Cela démontre une certaine habitude qui s'était créée sans contestation du débiteur, jusqu'alors. Ainsi, ce dernier fait preuve de mauvaise foi en feignant d'ignorer devoir la somme liée à l'eau consommée. La solution aurait été différente si le créancier avait été habituellement scrupuleux dans la rédaction des factures[334].

113. **Absence d'effet libératoire de l'abstention en cas de créance quérable.** L'abstention, trop équivoque[335], n'a pas *ipso facto* d'effet libératoire. Ceci est d'autant plus évident en matière contractuelle où prime le principe de la force obligatoire du contrat[336]. Mieux, le débiteur ne peut échapper au paiement d'une dette même si celle-ci est quérable. L'article 1342-6 du Code civil dispose en effet que le paiement est en principe quérable. Un auteur expliquait alors dans sa thèse le mécanisme de la quérabilité en affirmant que « si traditionnellement cette règle signifie que le créancier doit se déplacer au domicile du débiteur pour percevoir la somme qui lui est due, littéralement pour la « chercher », elle implique en substance, qu'il prenne l'initiative de se faire payer. Elle est donc éminemment favorable au débiteur, qui n'est tenu, ni d'anticiper la demande de son cocontractant, ni de lui offrir un paiement qui ne lui est pas réclamé »[337]. Il s'agit d'une question de loyauté entre contractants sur la volonté d'obtenir ce qui est dû. La réaffirmation de cette volonté serait un préalable de courtoisie voire d'éthique avant de passer à l'action offensive du recouvrement en tant que tel et aux

[333] Cass. 3ème civ. 29 oct. 1973, Bull. civ. III, n° 556, p. 405. Cela est vrai pour n'importe quel droit.
[334] Cass. 3ème civ. 18 sept. 2013, n° 12-21293, JCP N. 2013, p. 49, 1293, note J.-J. BARBIÉRI ; Gaz. Pal. oct. 2013, p. 18, chron. B. PEIGNOT et J.-B. MILLARD ; RD rur. oct. 2013, p. 41, note S. CREVEL : « SCI habituellement scrupuleuse dans la rédaction des factures de fermage, s'était abstenue de demander le complément de loyer au point que Mme X... avait pu légitimement croire que sa cocontractante avait renoncé à en demander paiement ». La bailleresse met un terme à son abstention de manière déloyale. En effet, la première mise en demeure était intervenue deux mois après la demande d'autorisation de céder le bail. La SCI ne pouvait se prévaloir de ce défaut de paiement à l'appui d'une demande de résiliation.
[335] *Cf Supra.* L'abstention n'est pas une renonciation.
[336] *Cf Infra* n° 500 et s.
[337] L. GAUDIN, *La patience du créancier : Contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, Defrenois, Lextenso éd. collection de thèses, Doctorat et notariat, t. 39, Préf. G. PIGNARRE, 2009, p. 164.

poursuites judiciaires le cas échéant. À ce propos, une Cour d'appel a décidé que « l'absence totale de mise en demeure par la banque, ou d'information, de quelque nature que ce soit entre le banquier et son client, (…), constitue une manœuvre brutale fautive d'un comportement dépourvu de loyauté »[338]. La mise en demeure ou sommation de payer a alors pour mission de rappeler à un débiteur de bonne foi qui l'aurait oubliée, l'existence de sa dette et de le mettre en demeure sous menace de saisie[339]. Ceci étant, cette démarche a des avantages pour le titulaire du droit puisque le commandement fait courir les intérêts moratoires et interrompt la prescription. Le créancier pourrait donc menacer le débiteur, de manière proportionnelle à l'attitude du débiteur et au but recherché, si cela s'avère être dans l'intérêt de ce dernier. Mais, ce n'est pas parce que le créancier s'abstient de quémander le paiement que le débiteur est empêché de régler spontanément la dette[340]. Certes, l'inertie du créancier ne l'incite pas à s'exécuter, l'apparence que le créancier ne cherchera pas à recouvrer sa créance est forte, mais le débiteur est encore contraint de respecter ses obligations. En effet, le caractère quérable ne saurait effacer l'obligation du débiteur. Il en a été ainsi décidé par la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 24 novembre 2004 où il était question d'une dette de loyer[341]. Penser que l'on n'est plus tenu de remplir ses obligations lorsque le titulaire du pouvoir de contrainte reste inactif est donc une croyance illégitime.

114. **Absence d'effet libératoire de l'abstention en cas de créance portable.** Par ailleurs, la créance peut également être portable, mais cette caractéristique n'éradique pas l'éventualité d'une croyance illégitime des destinataires de l'abstention. Il appartient alors au débiteur d'apporter le paiement au créancier. En effet, la règle de l'article 1342-6 du Code civil n'est pas d'ordre public et les parties peuvent prévoir la règle inverse. En pratique, il est souvent prévu que l'acheteur paye au lieu où doit se faire la délivrance, c'est-à-dire au domicile du vendeur dans la plupart des cas. En outre, la portabilité est la règle prévue par l'article 1343-4 du Code civil pour le paiement des obligations de sommes d'argent. En matière de fermage il est d'ailleurs d'usage qu'il soit payé au domicile du bailleur. Toutefois,

[338] CA Riom, 29 fév. 2012, RG n° 11/00244, JurisData n° 2012-007840.
[339] *Voies d'exécution*, Mémento Dalloz, p. 52.
[340] CA Nîmes, 1ère civ. 18 nov. 2008, n° 06/03066.
[341] Cass. 3ème civ. 24 nov. 2004, n° 03-15807.

ce n'est pas parce que la créance est portable, que le créancier n'aura pas besoin d'effectuer d'actes positifs pour recouvrer sa créance. Il revient donc à celui-ci de réclamer le paiement au débiteur défaillant. S'abstenir de solliciter celui-ci revient pour le créancier à tolérer l'inexécution de l'obligation de son débiteur. La règle romaine « *dies non interpellat pro homine* » entraine en effet la nécessité pour le créancier d'adresser une mise en demeure au débiteur qui ne s'exécute pas spontanément. Ainsi, tant que le débiteur n'est pas constitué en retard, il ne peut être contraint à l'exécution. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 1231 du Code civil prévoit que les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur est en demeure[342]. Ce n'est qu'à compter de la mise en demeure que le besoin de ce dernier quant à l'objet de la créance ressort. Tant que le titulaire de la prérogative s'abstient, il n'est censé subir aucun préjudice. *A contrario,* dès la mise en demeure, le législateur présume le dommage du créancier, dispensant ce dernier de prouver un préjudice. La formalité de mise en demeure protège donc le débiteur de trop lourdes conséquences de l'incertitude causée par un créancier indécis[343] qui finirait par agir. Mais, penser que l'abstention libère *ipso facto* le débiteur génère une croyance illégitime.

115. **La survie de la prérogative de l'agent.** En effet, l'abstention n'éradique pas la prérogative. Autrui est, dès lors, en tort lorsqu'il adresse des reproches à l'agent fondés sur une croyance illégitime. Mieux, l'abstention du créancier d'agir contre le débiteur principal ne fait pas obstacle au droit du créancier de poursuivre la caution solidaire[344]. En effet, le titulaire de la prérogative est susceptible de vouloir finalement exercer celle-ci. D'ailleurs, il est à noter par exemple que le créancier n'est tenu de patienter que pendant un délai raisonnable[345]. Il est donc important de différencier les attentes légitimes de celles qui ne le sont pas afin de rationaliser la protection d'autrui.

[342] Sur la portée de cet article voir G. VINEY, « Dispense de mise en demeure pour l'allocation de dommages et intérêts compensatoires », D. 2007, p. 2642, obs. sous Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13823.
[343] A. CATHELINEAU, « Le retard en droit civil », LPA, 28 août 1998, n° 103, p. 4.
[344] Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12196, D. 2007, p. 1656, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2007, p. 1999, note O. DESHAYES ; RTD civ. 2007, p. 805, obs. P. THERY ; RD banc. fin. juill.-août 2007, n° 147, obs. A. CERLES ; JCP G. 2007, I, p. 212, n° 8, obs. Ph. SIMLER ; P. CROCQ, RTD civ. 2008, p. 333.
[345] Cass. 1ère civ. 28 janv. 1976, n° 74-14069, Bull. civ 1ère, n° 37, p. 30.

116. **Une protection équilibrée des seules attentes légitimes.** Enfin, pour que la liberté de s'abstenir soit possible, il faut donc que la protection des croyances d'autrui soit restreinte aux croyances légitimes brutalement déçues. En effet, comme le remarque justement Monsieur STOFFEL-MUNK « On ne doit assumer que les espoirs qu'on a fait naître ou encouragés, pas ceux qui ont été unilatéralement placés en nous »[346]. Effectivement, dans ce cas, le titulaire de la prérogative ne les connaît *a priori* pas[347]. Il serait possible d'ajouter, au vu des développements précédents, que les espoirs placés unilatéralement dans le comportement de l'agent ne sont pas à protéger dès lors qu'ils ne correspondent pas à ceux de l'homme raisonnable. De plus, la confiance excessive, même de bonne foi ne saurait être protégée. L'excès n'est en effet pas raisonnable.

117. **Protection des attentes raisonnables.** À la question « l'espoir d'autrui vaut-il droit ? », il est maintenant possible de répondre « pas toujours ». Autrui ne peut pas systématiquement se reposer sur la situation apparente mais doit être capable de se cantonner à des attentes raisonnables. Aussi, la Cour d'appel de Caen, dans un arrêt en date du 11 juin 2009[348] a refusé de sanctionner le créancier qui n'avait pas entamé des poursuites, puisqu'aucun préjudice n'en avait résulté pour le débiteur. L'abstention d'action en justice n'est pas sanctionnée parce qu'il n'y avait pas d'obligation de poursuites. Aussi, celui sur qui repose l'obligation ayant pour fonction de satisfaire le titulaire du droit ne peut-il pas uniquement se retrancher derrière l'inaction de ce dernier pour obtenir des dommages et intérêts. Il doit en plus démontrer la mauvaise foi de l'agent. Les attentes, n'ont qu'une légitimité relative, et non de principe. L'incertitude peut en effet être préjudiciable à autrui mais, *in fine,* il est plus victime de lui-même et de ses croyances que de l'abstention du titulaire de la prérogative. L'incertitude peut ainsi se justifier surtout qu'elle n'est que temporaire.

[346] Ph. STOFFEL-MUNK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie,* LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 337, Préf. R. BOUT, 2000, p. 223.
[347] *Cf Supra* n° 87 et s. et n° 107.
[348] CA Caen, ch. 01 de la section civ. et com. 11 juin 2009, n° 08/01031.

B. Le caractère temporaire de l'incertitude d'autrui

118. **Justification du caractère temporaire de l'incertitude.** Certes, il est possible de dire que la certitude arrive toujours trop tard. Il n'en demeure pas moins qu'elle finit par se présenter. En effet, premièrement, l'agent est susceptible d'exercer son droit pendant qu'il en est encore temps, c'est-à-dire avant le terme du délai imparti. L'incertitude est donc réversible. Deuxièmement, certains instruments juridiques[349] mettent un terme à l'abstention et *a fortiori* à l'incertitude dont elle était la cause. L'incertitude a donc un caractère temporaire, puisqu'elle « ne dure que pendant un temps limité »[350]. Autrui serait alors à même de la supporter, voire serait tenu de la subir.

119. **Une incertitude à supporter du fait du caractère temporaire.** Il est certain que l'incertitude n'est pas agréable à subir, néanmoins, elle n'est qu'une conséquence collatérale de l'abstention. Ce n'est pas forcément l'effet principal recherché par l'agent. Ce dernier tente juste de protéger ses intérêts. Le destinataire de l'abstention doit supporter cette incertitude et ses conséquences tant que cela est tolérable d'autant plus il n'est pas exclu qu'il puisse entrer en contact avec l'agent pour remédier à la situation[351].

120. **Vérification.** Néanmoins, le caractère temporaire de l'abstention et de l'incertitude suffit-il à justifier qu'autrui ait à la subir ? Il faut d'ailleurs noter que l'incertitude est, de surcroît, vectrice d'inquiétudes. Il convient de s'interroger sur la justesse de la justification du maintien par l'agent de l'incertitude par le caractère temporaire de l'incertitude. L'agent se sert en effet de son pouvoir pour instiller une certaine domination sur la situation et, de fait, sur sa relation avec le destinataire de l'abstention. Toutefois, si l'agent continue de maintenir l'incertitude, le Droit interviendra à un moment prédéterminé, notamment par l'effet du terme du délai imparti, pour dénouer la situation. Par conséquent, l'incertitude est temporaire et celui qui la subit connaît son délai maximal. La situation n'a donc rien d'anormal. L'agent n'a, en outre, pas l'obligation légale de dissiper l'incertitude. L'incertitude renvoie simplement à une situation de fait,

[349] *Cf Infra* Les limites temporelles n° 221 et s.
[350] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « temporaire ».
[351] *Cf Infra* Les outils juridiques à sa disposition n° 541 et s.

autrui ne sait pas, mais il ne s'agit pas d'un préjudice par nature. Autrui n'étant pas condamné à subir cela à perpétuité, l'incertitude est permise. Elle est, alors, supportable dans le sens où elle possède un terme à plus ou moins brève échéance. En résumé, il est reproché à l'incertitude de ne pas être une certitude perpétuelle pour l'avenir mais c'est paradoxalement parce que l'incertitude est temporaire qu'elle peut être justifiée et subie. Mieux, l'incertitude est naturelle et inéluctable. Supprimer l'incertitude reviendrait à supprimer toute situation où une alternative existe tel qu'en matière de droit d'option. Mieux, Monsieur VALORY disait en ces mots très justes que l'incertitude est un « élément caractéristique » du droit d'option[352] où « le choix doit être réel »[353]. *In fine,* s'évertuer à gommer toute trace d'incertitude nierait complètement la liberté du bénéficiaire de l'option trouvant sa source dans le choix puisque le choix lui-même n'existerait plus. En outre, sa propre incertitude ne peut que difficilement être empêchée par quelqu'un d'autre que soi. Certes, cela ne signifie pas qu'il soit toujours dans l'impossibilité d'écourter cet état désagréable[354], mais il faut admettre que « l'action omniprésente du hasard rend impossible les certitudes »[355]. Nul ne semble donc pouvoir échapper à l'incertitude qui, finalement, nuit plus à l'ordre qu'à celui qui la subit.

121. **Des conséquences positives pour autrui.** Les conséquences pour autrui peuvent aussi s'avérer positives. Il est, en l'occurrence, opportun de donner un exemple concernant l'abstention du créancier. Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la saisie et à la vente des droits incorporels, autres que les créances de sommes d'argent, dont son débiteur est titulaire[356]. L'abstention des créanciers saisissants ou opposants de faire valoir leurs droits sur le prix de la vente emporte certaines conséquences. Selon l'article L. 233-1 du CPCE, le créancier qui s'abstient perd ses droits sur le prix de la vente mais non sur sa créance. Ce comportement est en effet la cause de l'absence de paiement du débiteur, au moins partiel et dans l'immédiat, envers ce créancier. Un réel déséquilibre de maîtrise de la gestion du temps et *ipso facto* du paiement s'opère donc. En revanche, cela est plutôt positif

[352] S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, avant-propos I. NAJJAR, préf. J. MESTRE, PUAM, 1999, p. 150, n° 247.
[353] S. VALORY, *op. cit.* p. 151, n° 248.
[354] *Cf Infra* n° 490 et s.
[355] A. BÉNABENT, *op. cit.* p. 6.
[356] Art. L. 231-1 du CPCE.

pour les autres créanciers puisqu'ils pourront récupérer proportionnellement plus sur le prix de vente. Par conséquent, il existe différents degrés dans les conséquences de l'abstention. Classer les abstentions par échelle de gravité pourrait être une solution. Toutefois, les circonstances jouent beaucoup. Les conséquences sont ainsi plus ou moins importantes et la protection d'autrui est alors plus ou moins à optimiser.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

122. **Nature des conséquences avérées.** L'abstention emporte des conséquences très diverses pour autrui. Elles sont principalement juridiques, notamment lorsqu'elles concernent la force obligatoire du contrat, ou économiques en affectant le crédit d'autrui. Réalisant, de plus, un blocage de la situation, cela peut conduire à des insolvabilités en chaine et avoir des conséquences sociales. Toutes ces conséquences, parfois néfastes, justifient déjà la recherche de moyens de protection des destinataires de l'abstention et pourraient impacter la manière dont ces derniers perçoivent la propension à s'abstenir.

123. **Des conséquences imposant une réponse juridique.** Le destinataire de l'abstention se retrouve en effet dans une situation où il est assujetti au titulaire de la prérogative tant que ce dernier n'a pas pris position. Le destinataire de l'abstention semble pourtant moins sous l'emprise du pouvoir de contrainte du titulaire du droit qu'il n'y paraît. Il peut, par exemple, disposer librement de son patrimoine. Il bénéficie également, *a priori*, d'un temps supplémentaire, pour exécuter son obligation même si ce temps reste à la discrétion de l'agent. Aussi, le futur, peut-il causer des surprises. Un doute demeure en effet sur le devenir de la prérogative, sur les actions ou l'absence d'action du titulaire du droit, et *a fortiori* quant à la situation du destinataire de l'abstention qui n'est pas libéré *ipso facto*. L'abstention aboutit seulement à retarder les effets de l'exercice de la prérogative ou de la renonciation à celui-ci. Ce différé dans le temps n'est pas neutre. D'ailleurs, plus le temps imparti s'écoule, et plus les intéressés sont tentés d'interpréter l'abstention dans un sens qui se rapproche de leurs intérêts. Cependant, l'exercice de l'abstention peut rester constant pendant toute la durée du délai imparti ou apparaître et disparaître de manière alternative avec une action franche mais pas toujours aboutie. Ou, l'action peut prendre le relai de l'abstention et surprendre autrui qui risque de se retrouver dans l'embarras. Ces éléments renforcent la conviction de la nécessité de protéger autrui. Aussi, le fait, pour le titulaire du droit, de ne pas prévoir, ou du moins, de ne pas prêter attention aux conséquences pouvant advenir est-il susceptible de déranger l'opinion commune. C'est un des éléments à noter pour une solution à la problématique de l'imprévisibilité de l'abstention. Le Droit considère que l'agent doit avoir

conscience des attentes qu'il suscite ainsi que des conséquences qu'il engendre pour autrui par sa conduite. Cela requiert de la part de tout titulaire d'une prérogative des qualités relationnelles, psychologiques et une gestion rigoureuse du temps, laquelle découle du fait que le titulaire du droit a, avec l'abstention, le pouvoir de faire subir le temps à autrui[357].

En outre, l'incertitude engendre des malentendus eux-mêmes sources d'éventuels contentieux. L'incertitude crée donc, de surcroît, un climat de suspicion de nature à ébranler la sécurité juridique. Cette dernière est en effet mise à l'épreuve par l'abstention. La question du bien-fondé de cette liberté du titulaire d'une prérogative se pose donc malgré l'absence d'obligation préexistante d'agir. Ce constat prouve que la solution adaptée à l'abstention - l'enjeu de cette étude - doit permettre de limiter les contentieux que peut générer l'incertitude et doit, à cette fin, stabiliser les relations juridiques.

124. **L'absence de qualification des conséquences en préjudices réparables.** Mais, toutes les conséquences de l'abstention ne sont pas des dommages réparables. En effet, certaines doivent être subies par le destinataire de l'abstention dans le sens où elles ne sont pas extraordinaires. En effet, les conséquences néfastes constatées ne peuvent justifier leur qualification en préjudice réparable. Pour rappeler la formule de STATI « on ne saurait (…) déclarer qu'on dépasse les limites de son droit et qu'on agit sans droit, en conséquence, toutes les fois qu'un préjudice a été occasionné (…) par les inconvénients à l'exercice du droit. (…). Ce serait empêcher totalement l'exercice de ce droit »[358]. Par conséquent, tout comme il y a les inconvénients ordinaires du voisinage[359], il y a les inconvénients ordinaires de l'abstention.

De même, il serait injuste de reprocher à l'agent des conséquences qu'il ne pouvait de toute façon pas empêcher en agissant autrement ou plus rapidement[360]

[357] V. P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil » « on le subit et on s'en sert », *in Études offertes à Pierre KAYSER*, PUAM, 1979, t. II, p. 1, spéc. p. 7.
[358] M. O. STATI, *Le standard juridique*, LGDJ, 1927, p. 226, n° 114.
[359] Cass. 3ème civ.2001, n° 95-10170, inédit.
[360] CA RIOM, com. 4 Avril 2012, n° 11/01356, JurisData n° 2012-012690 : « Attendu que les appelants font valoir que la banque n'a pas fait preuve de la diligence nécessaire pour parvenir au recouvrement de sa créance ; qu'ils font observer que la débitrice principale a cessé tout remboursement des prêts à compter du 15 octobre 2003 mais que la banque a attendu le 14 janvier 2005 pour prononcer la déchéance du terme et informer les cautions des incidents de paiement ; que la liquidation judiciaire de la débitrice principale étant intervenue le 19 décembre 2005, soit plus de

et que l'intéressé lui-même n'a pas cherché à endiguer. Les conséquences pour autrui doivent donc être appréciées en leur qualité de conséquences d'une abstention, catégorie particulière et autonome.

125. **Des conséquences subies aussi par l'agent.** En outre, l'abstention a des effets positifs et négatifs pour le titulaire de la prérogative lui-même. Il est donc possible d'entrevoir, dès à présent, que l'abstention est un outil offert pour permettre au titulaire de la prérogative de dominer l'avenir[361] tout en évitant l'incohérence et la contradiction. En revanche, le titulaire du droit doit se méfier du revers de la médaille à savoir que le temps rime aussi avec « érosion »[362]. Finalement, « l'écoulement du temps s'accompagne le plus souvent à la fois d'effets positifs et d'effets négatifs, voire destructeurs »[363].

126. **Des conséquences laissant *a priori* subsister le caractère légitime de l'abstention.** Finalement, les conséquences sont assez importantes pour devoir être traitées, mais pas systématiques et uniformes. Partant, l'abstention doit aussi être analysée en complément. La question de savoir comment l'abstention doit être juridiquement appréhendée se pose donc toujours. Ce comportement doit-il être sanctionné par rapport aux conséquences qu'il emporte effectivement ou doit-il l'être par lui-même, eu égard à sa seule constatation ? Il faut toutefois rappeler que, bien que l'équivocité de l'abstention en soit à l'origine, les croyances d'autrui sont parfois illégitimes et l'incertitude est légitimement subie par autrui dans un délai temporaire. Ainsi, même équivoque, et malgré ses conséquences néfastes, l'abstention s'avère légitime. Cette légitimité est à analyser pour pouvoir envisager les solutions adéquates aux problématiques d'une situation d'abstention.

---

deux ans après le premier incident de paiement, il est reproché à la banque d'avoir laissé délibérément s'accroître la dette au détriment des cautions. Attendu que la banque rétorque que s'agissant de petits prêts à échéance semestrielle, elle avait normalement prononcé la déchéance du terme après trois échéances impayées. Attendu que le premier juge a estimé à juste titre que le délai n'était pas excessif et qu'eu égard à la situation financière de l'exploitation de la débitrice principale, rien n'indiquait qu'une réaction plus rapide aurait permis de limiter la dette ».

[361] *Cf Infra* not. n° 148.

[362] J.-C. WOOG, *op. cit.* p. 32.

[363] A. OUTIN-ADAM, *op. cit.* p. 432-433, n° 459.

CHAPITRE II :

UNE LÉGITIMITÉ TOUTEFOIS CERTAINE

127. **Justification du comportement de l'agent.** Le caractère légitime de l'abstention crée le paradoxe de l'abstention. Démontrer la légitimité de l'abstention revient à expliquer et à justifier le comportement de l'agent. Cette étape est primordiale pour pouvoir ensuite envisager les seuils de protection et de restriction.

128. **L'intention de l'abstention.** L'abstention se caractérise par l'intention du titulaire de la prérogative de ne pas jouir immédiatement des effets attachés à cette dernière. Les effets en cause sont pourtant en général des avantages. Par exemple, le sinistré qui s'abstient de faire une déclaration à son assureur se prive de la perception d'une indemnisation, alors que c'est la raison pour laquelle il cotise en principe. Cela devrait être un avantage recherché. Les motifs de l'abstention intriguent donc. Ils vont pourtant contribuer à légitimer l'abstention en répondant aux questions « pourquoi le titulaire de la prérogative, qui a pourtant, *a priori*, intérêt à exercer pleinement celle-ci, ne fait volontairement rien ? Pourquoi les avantages de l'exercice de la prérogative ne le poussent-ils pas à les rechercher ? ».

129. **La liberté de s'abstenir prévue par le Droit.** Le Droit positif participe également à la démonstration du caractère fondamental de la liberté de pouvoir s'abstenir. En effet, l'abstention a pu être découverte derrière certains instruments juridiques à l'instar de la prescription[364]. Plus qu'un fait juridique[365], cette dernière s'impose alors comme une véritable liberté. Outre sa légitimité déduite de sa définition - puisque les prérogatives objets de l'abstention sont facultatives[366] - l'abstention tire sa légitimité de la reconnaissance juridique des motifs de l'agent

[364] *Cf Supra* n° 2, 21 et 34.
[365] *Cf Supra* n° 39.
[366] *Cf Supra*.

(Section I) mais aussi de l'existence de techniques juridiques (Section II) qui préservent l'abstention.

Section I/ Une légitimité tirée de la reconnaissance juridique des motifs de l'agent

130. **Légitimer l'abstention par son motif.** Pour certains, le principal mobile des actions de l'Homme, et par extension, de leurs abstentions, est l'intérêt[367]. La réponse aux interrogations sur le mobile de l'abstention évoquées serait donc simplement l'intérêt de l'agent. Mais, la réflexion à ce propos ne peut pas s'arrêter à l'évocation de ce seul concept sans chercher à l'expliquer. En effet, la question de savoir pourquoi l'agent a pour but de conserver en puissance l'exercice de sa prérogative, parfois jusqu'au terme du délai imparti, se pose. Il convient pour tenter d'apporter une solution de se placer du point de vue du titulaire de la prérogative. Certes, le point de vue de celui qui s'abstient est subjectif mais non dénué de pertinence.

L'intérêt a été défini ci-dessus comme ce qui importe à une personne. Il s'agirait donc d'un ensemble d'éléments que le titulaire de la prérogative tient à sauvegarder. Plus spécifiquement, l'intérêt personnel renvoie à une « considération susceptible de motiver un acte »[368]. La protection d'intérêts est dès lors mue par des motifs. D'ailleurs, Monsieur le Professeur HOUTCIEFF formulait dès 2006, dans un de ses articles, le vœu que la légitimité des motivations de la décision du créancier, titulaire du droit de créance, compte dans l'appréciation de son comportement[369]. Cette affirmation peut d'ailleurs être étendue à tout titulaire d'une prérogative. La raison de décider d'adopter un comportement spécifique n'est pas neutre et peut être appréhendée. Dès lors, il est possible de légitimer, au moins en partie, un comportement par ses motifs. Ces derniers découlent de l'intime, de l'esprit de la personne concernée, et leur connaissance est dépendante

[367] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1949, p. 74.
[368] P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com. 2005, p. 1, n° 30.
[369] D. HOUTCIEFF, « Une extension du champ d'application du bénéfice de subrogation », D. 2006, p. 1693.

de leur révélation. Le destinataire de l'abstention ne les connaîtra donc que si l'agent les exprime *a posteriori*[370].

131. **Catégorisation des motifs.** Les motifs ne vont toutefois pas gommer l'équivocité de l'abstention bien qu'ils participent à l'expliquer. Ainsi, de multiples motifs se côtoient en la matière. Ceci n'est pas surprenant d'après Monsieur CÉLICE qui affirme que « dans la vie ordinaire, l'indécision, la paresse, le fatalisme, l'absence, l'inattention, la dispersion, la faiblesse, la préoccupation, l'attente, jouent un rôle (…) important dans la conduite des affaires. »[371]. Ces motifs vont déterminer les rapports avec ses partenaires. L'abstention s'observant dans les rapports entre individus, et ayant un impact sur le destinataire direct ou indirect de l'abstention, il est logique que leur considération soit nécessaire pour comprendre l'agent et l'abstention. Ainsi, les motifs peuvent être présentés et corroborés par des exemples tirés de la jurisprudence. Les classer a permis de faire ressortir les deux grands aspects de l'abstention : l'altruisme et l'égoïsme.

Cette dualité des motifs de l'abstention renvoie une nouvelle fois à son équivocité. Mieux, cette dernière est à l'origine d'un nouveau paradoxe. Ainsi, l'abstention n'est pas un comportement dénué de tout motif légitime même si elle peut s'avérer être le reflet de l'égoïsme de l'agent. Mieux, les motifs altruistes et égoïstes (§1) justifient l'abstention. La légitimité de ces motifs est pourtant discutée compte tenue de l'ambiguïté du Droit lorsqu'il s'y retrouve confronté. C'est pourquoi, l'impact du traitement juridique de l'altruisme et de l'égoïsme sur l'agent (§2) doit être étudié pour renforcer l'appréciation de la légitimité de ces motifs.

§1) Les motifs altruistes et égoïstes de l'agent

132. **Des motifs juridiques.** Il convient de démontrer tout d'abord que classer les motifs de l'abstention selon leur caractère altruiste ou égoïste procède d'une dichotomie juridique (A) pour ensuite constater que de tels motifs sont approuvés par les juges (B) lorsqu'ils ont à connaître d'une situation d'abstention.

---

[370] Les motifs sont des « éléments d'ordre (généralement) mental qui incitent à agir ou, selon le cas, à réagir (en fournissant, le cas échéant et *a posteriori*, une justification de l'action ou de la réaction) »Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « motif ».
[371] B. CÉLICE, *op. cit.* p. 135, n° 234.

A. Une dichotomie juridique

133. **Éléments de définition.** Cette dichotomie peut, de prime abord, surprendre le juriste, puisqu'*a priori* ces deux termes ne sont pas juridiques. Ils n'appartiennent d'ailleurs pas au *Vocabulaire juridique* de CORNU et leur définition doit être recherchée en philosophie. L'altruisme consiste ainsi à « se décentrer en se déprenant de soi, en acceptant de faire passer autrui avant soi-même »[372], tandis que l'égoïsme désigne le fait de privilégier ses propres intérêts face à ceux des autres individus[373].

L'altruisme emporte l'unanimité en ce que même celui qui défendrait l'égoïsme, ne serait *a priori* pas totalement contre un comportement altruiste[374], puisque faire preuve d'altruisme, c'est « déployer à l'égard d'autrui une attitude non seulement d'ouverture et d'attention, mais de dévouement total, par quoi l'intérêt des autres passe au premier plan »[375]. Dès lors, ce qui rallie l'unanimité sur la légitimité des motifs altruistes est le fait que l'altruisme connote un ensemble de vertus comme l'empathie. L'apogée de l'altruisme semble d'ailleurs personnifiée par le bon Samaritain. Ce dernier se caractérise en effet par sa « charité efficace et désintéressée »[376]. L'altruisme est le fruit d'une initiative volontaire de son auteur. En conséquence, s'il paraît naturel de se soucier de ses proches, cette volonté l'est *a priori* moins lorsque la personne est plus éloignée de soi. C'est pourquoi, le motif altruiste revêt une dimension plus forte, voire plus louable encore, dans ce dernier cas. Par conséquent, plus l'altérité entre deux personnes est importante, et plus la marque de l'altruisme qui s'inscrirait entre elles est forte. Le Droit ne semble donc *a priori* pas avoir sa place ici, le geste altruiste relevant d'une volonté intime et discrétionnaire, pourtant le contraire se produit. SCHOPENHAUER, entre autres philosophes, situe l'altruisme au centre de la moralité. Il oppose à l'altruisme l'égoïsme, auquel il confère une connotation

[372] A.-I. ROUSSEL, « Être altruiste, est-ce capituler devant l'égoïsme de l'autre ? », http://www2.cndp.fr/magphilo/philo11/altruiste.htm.
[373] V. en ce sens E. CLÉMENT, Ch. DEMONQUE, L. HANSEN-LOVE, P. KAHN, *La philosophie de A à Z*, Hatier, 2011, v. « égoïsme ».
[374] D'ailleurs, le Droit anglais qui prône souvent un certain égoïsme contractuel, notamment, se voit gagner par certaines marques de solidarisme. V. M. OUTIN, *L'exécution du contrat en bon père de famille*, Université paris sud- faculté de droit Jean Monnet, 2000, p. 287, n° 344.
[375] E. CLÉMENT, Ch. DEMONQUE, L. HANSEN-LOVE, P. KAHN, *op. cit.* v. « autrui » / « autrui et altruisme ».
[376] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « samaritain ».

négative[377]. Mieux, un auteur a relevé le fait que le mouvement « qui tend à faire pénétrer toujours plus la morale dans notre droit » cherche à rendre le Droit « plus altruiste »[378]. Cependant, il faut admettre qu'il est logique que le Droit positif se saisisse de l'altruisme puisque « l'altruisme constitue avant tout une relation entre individus »[379], or, le Droit privé a vocation à régir les relations entre les personnes relevant de sa compétence. D'ailleurs, l'action en défense d'intérêts collectifs altruistes est aujourd'hui une preuve flagrante que l'altruisme est reconnu par le Droit[380]. Ainsi, bien qu'aucune définition juridique n'ait pu être trouvée, en affinant les recherches, il s'avère que la Doctrine et le Droit positif ne sont finalement pas indifférents à l'altruisme ou à l'égoïsme du comportement des justiciables.

134. **En Doctrine.** Un certain altruisme est, en effet, revendiqué par la Doctrine[381] et se devine notamment derrière le solidarisme contractuel[382]. Un auteur va d'ailleurs jusqu'à affirmer que cette théorie « souligne l'évolution du Droit français vers l'altruisme »[383]. L'expression est forte et veut démontrer que ce courant n'entend pas se cantonner à de la théorie mais qu'il a, au contraire, vocation à s'appliquer pour sanctionner l'égoïsme rencontré. Cependant, indépendamment du solidarisme contractuel, l'égoïsme est juridiquement appréhendé. Pour preuve, les termes « égoïsme » ou « égoïste » apparaissent chez de nombreux auteurs[384]. Mieux, le Droit prévient et sanctionne[385] parfois l'égoïsme

[377] E.CLÉMENT, Ch. DEMONQUE, L.HANSEN-LOVE, P. KAHN, *op. cit.* v. « égoïsme » / « la valeur de l'altruisme et de l'égoïsme ».
[378] A. CATHELINEAU, « Le retard en droit civil (suite et fin) », LPA, 31 août 1998, n° 104, p. 4.
[379] E. LEVERBE, *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Univ. Pau et des pays de l'ADOUR, 2003, p. 20, n° 22.
[380] L. BORÉ, « Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste », RSC 1997, p. 751.
[381] C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997 p. 357 ; C. BÉNOS, « L'altruisme dans le contrat de prêt à usage », D. 2013, p. 2358 ; M. BOUTONNET, « Le contrat et le droit de l'environnement », RTD civ. 2008, p. 1 ; S. PELLET, « L'altruisme est encore une condition de la gestion d'affaires », EDCO, 3 avril 2015, n° 4, p. 4.
[382] *Cf Infra* n° 163.
[383] S. VIGNERON, « Le rejet de la bonne foi en droit anglais », *in* S. ROBIN-OLIVIER et D. FASQUELLES, *Les échanges entre les droits : l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, déc. 2008. Pour une version de l'article en ligne v.
https://kar.kent.ac.uk/2051/1/Le_rejet_de_la_bonne_foi.pdf
[384] V. not. M.-R. COHIN, *L'abstention fautive*, Paris, Sirey, 1929, spéc. p. 7, Y. PICOD, « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », *in Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p. 805, spéc. p. 807 ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 208, 1989, p. 178 ; Ph. STOFFEL-MUNK,

même si le terme n'apparaît pas dans les textes et pas toujours dans les décisions[386]. Ainsi, l'altruisme et l'égoïsme sont juridiquement appréhendés.

135. **L'altruisme en Droit positif.** L'altruisme trouve l'écho de ses applications en jurisprudence notamment en matière contractuelle. Le phénomène est tel qu'un auteur évoque même l'existence de « l'altruisme contractuel »[387] suite à certains arrêts rendus par la Cour de cassation. Pour lui, l'altruisme contractuel « consiste à œuvrer contractuellement au bénéfice ou pour le compte d'autrui ». Il est ainsi fait état de la promesse pour autrui et de l'engagement pour autrui.

136. **La promesse pour autrui.** La Haute juridiction montre que la promesse pour autrui est *a priori* un acte désintéressé[388] ce qui suppose un certain altruisme. La promesse pour autrui, qui se confond parfois avec la stipulation pour autrui, d'origine jurisprudentielle, est en effet définie comme « le contrat par lequel le stipulant fait promettre au promettant d'accomplir une prestation au profit d'un tiers bénéficiaire »[389]. Ainsi, le bénéficiaire trouve son droit dans le contrat conclu entre le promettant et le stipulant[390]. Le motif de la promesse pour autrui est alors

---

L'abus dans le contrat, LGDJ, Bibl. dr. privé, préf. R. BOUT, t. 337, 2000, p. 507 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, manuel, 12ème éd. 2012, p. 22 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » *in* Mélanges Fr. TERRÉ, PUF, 1999, p. 603, spéc. p. 617-618 ; C. BRENNER « L'insaisissabilité, les voies d'exécution », *in Voies d'exécution*, 5ème éd. coll. Cours, Dalloz, 2009, p. 34 ; P. LEDOUX, *Le droit de vote des actionnaires*, préf. Ph. MERLE, LGDJ, 2002, Bibl. dr. privé, t. 379, p. 194 ; G. LARDEUX, *L'efficacité du contrat*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2011, p. 24 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Solidarisme contractuel et contrat de distribution », RDC 1er déc. 2003, n° 1, p. 154 « Ce n'est pas l'égoïsme contractuel en tant que tel qui est sanctionné » ; L.-J. LAISNEY, « Chronique du soutien abusif », Info finance Express, n° 10, nov. 2012, p. 6 ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », RDC, 1er avril 2011, n° 2, p. 644. *Adde* aux auteurs faisant réf. à celui qui ne se soucie que de son intérêt exclusif : v. not. D. DÉROUSSIN, *Histoire du Droit des obligations*, éd. Economica, corpus histoire du droit, 2007, p. 440 et D. HOUTCIEFF, « Vers l'obligation du créancier d'exercer ne faculté conformément aux intérêts de la caution », D. 2007, p. 1572.

[385] *Cf Infra* n° 139, 152 et s.

[386] V. par ex. présence du terme « égoïsme » en matière de divorce pour faute. Cass. 2ème civ. 24 oct. 2002, n° 00-17297, non publié au bull. « l'égoïsme du mari constituant à lui seul une cause de divorce au sens de l'article 242 C. civ. ».

[387] D.-R. MARTIN, « Amertumes contractuelles », LPA, 16 mars 2001, n° 54, p. 16.

[388] Cass. civ. 18 avril 2000, Bull. civ. I, n° 115, p. 77.

[389] Art. 1169 et s. du projet Catala et Art. 142 et s. du projet de réforme. *Adde* Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Lexisnexis, Manuel, 12ème éd. 2012, p. 375, n° 484.

[390] M. MIGNOT, Fasc. CONTRATS ET OBLIGATIONS – Stipulation pour autrui, J.-Cl. 18 fév. 2008, mis à jour du 2 sept. 2012.

de conférer un avantage au bénéficiaire. En revanche, la promesse de porte-fort n'est pas une promesse pour autrui mais un véritable engagement pour autrui[391].

137. **L'engagement pour autrui.** L'altruisme acquiert en la matière une portée particulière dans ses éventuelles conséquences. C'est le cas d'un emprunteur qui conclut un prêt pour virer la somme obtenue à un tiers comme l'illustre un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 17 novembre 1999[392]. En l'espèce, le prêteur transfère la somme prêtée à son cocontractant qui la transfère à son beau-frère. Si l'emprunteur ne bénéficie pas de la somme prêtée, c'est lui qui est pourtant tenu au remboursement comme il l'a été jugé dans cet arrêt. L'emprunteur s'est engagé pour autrui mais en son nom propre. Dans le cas contraire, il n'y aurait pas eu d'altruisme. Dès lors, celui qui s'engage pour le compte d'autrui prend des risques considérables puisque l'acte non ratifié par le tiers risque d'être déclaré inopposable à ce dernier. L'inopposabilité est en effet la sanction qui a pour conséquence « l'inefficience d'un acte à l'égard d'un tiers permettant à ce tiers de méconnaître l'existence de l'acte et d'en ignorer les effets, qui tient, non pas au fait que le tiers, étranger à l'acte, n'est pas directement obligé par celui-ci mais à la circonstance que l'acte manque de l'une des conditions de sa pleine efficacité et de son intégration à l'ordre juridique »[393]. En l'occurrence, cela concerne une action mais l'abstention n'est pas exempte de toute manifestation d'altruisme.

138. **L'égoïsme en Droit positif.** Le législateur prévient notamment l'égoïsme par la mise en place des procédures collectives[394] et prévoit sa sanction au besoin[395]. Tout d'abord, le législateur a en effet mis en place des règles qui préviennent l'égoïsme. Certes, ces dispositions ont été édictées pour un but plus large que d'intervenir contre une forme de passivité, mais de telles règles s'appliquent *a fortiori* et d'autant plus à l'abstention que celle-ci comporte une dimension

[391] M. STORCK, Fasc. CONTRATS ET OBLIGATIONS - Promesse de porte-fort, J.-Cl. 11 mai 2010, mis à jour du 14 Août 2014.
[392] Cass. 1ère civ. 17 nov. 1999, Bull. civ. I, n° 311, p. 202, Contrats, conc. Consom. 2000, n° 3, p. 14, note L. LEVENEUR.
[393] G. CORNU, *op. cit.* v. « inopposabilité ».
[394] C. SAINT-ALARY HOUIN, H. MONSÈRIÉ-BON et F. MACORIG-VENIER, « le droit de la défaillance économique en quête de clarification », Rev. Droit et patr. oct. 2010, n° 196 : « la procédure de sauvegarde permet de passer outre à l'égoïsme de certains créanciers ».
[395] *Cf Infra* n° 152.

intentionnelle forte. C'est par exemple le cas de l'ancien article 1147 du Code civil, devenu l'article 1231-1, qui impose notamment au banquier une obligation de surveillance. Il s'agit d'une façon de lutter contre l'égoïsme de certains établissements de crédit qui seraient peu scrupuleux sur la surveillance de l'accès au coffre-fort de leurs clients[396] ou accorderaient du crédit de manière risquée[397] puisque, dans ces cas, l'établissement de crédit ne prend pas suffisamment soin de l'intérêt de leur client[398].

De plus, le titulaire de la prérogative voit parfois son choix être restreint. De cette façon, les juges s'assurent qu'il ne préfère pas le régime lui étant le plus favorable et délaisse le régime ayant été mis en place par le législateur pour protéger certains intérêts. Ainsi, le créancier ne peut pas décider des normes à appliquer à son gage sur stocks. La coexistence de deux régimes pourrait laisser à penser que le titulaire de la prérogative se soumette à celui de son choix, *a priori* celui qui respecte au plus près ses intérêts. Cette marque d'égoïsme est contrée. En effet, la Cour de cassation a jugé que « s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce, les parties, dont l'un est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meuble sans dépossession »[399]. Effectivement, ce régime est moins contraignant mais il existe un régime spécifique dans le Code de commerce qui doit s'appliquer indépendamment des désirs des parties sans quoi le régime du Code de commerce sur le gage des stocks serait inutile parce que non employé en

[396] V. par ex. Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-20088, inédit, JCP E. 2016, n° 19, p. 43, note Chr. LASSALAS ; Gaz. Pal. 8 mars 2016, n° 10, p. 61, note C. HOUIN-BRESSAND ; RD banc. et fin. 1er juill. 2015, note F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN.

[397] Cass. 1ère civ. 8 juin 1994, n° 92-16142, Bull. civ. n° 206, p. 150.

[398] L'article L. 314-22 C. conso créé par l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 transposant la directive du 4 fév. 2014 sur le crédit immobilier dispose d'ailleurs que « les prêteurs agissent d'une manière honnête, équitable, transparente et professionnelle, au mieux des droits et des intérêts des consommateurs ».

[399] Cass. com. 19 fév. 2013, n° 11-21763, N. MARTIAL-BRAZ, « l'inévitable caractère exclusif du gage sur stock ou les errements du législateur de 2006 », JCP G. 2013, p. 539 ; RTD com. 2013, p. 574, note D. LEGEAIS ; RTD civ. 2013, p. 418, note P. CROCQ ; Cass. ass. plén. 7 déc. 2015, n° 14-18435, note N. LEBLOND, EDCO, 14 janv. 2016, n° 1, p. 1 ; JCP G. n° 3, 18 janv. 2016, p. 57 et JCP N. n° 4, 29 janv. 2016, p. 53, note J.-J. ANSAULT et Ch. GIJSBERS. Décision qui ne vaut pas pour le gage sur stocks avec dépossession Cass. com. 1er mars 2016, n° 14-14401, JurisData n° 2016-003666, comm. D. LEGEAIS, « Option des parties », RD banc. et fin. mai 2016, comm. 124. *Adde* J.-F. RIFFARD, « Bis repetita (non) placent. -L'ordonnance du 29 janvier 2016 sur le gage des stocks à l'aune de la nécessaire unification des sûretés mobilières », RD banc. et fin. n° 3, mai 2016, étude 15 ; Y. BLANDIN, « La réforme du gage des stocks par l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 », RD banc. et fin. n° 4, juill. 2016, étude 20.

pratique. La loi prévient parfois l'égoïsme, même sans le nommer, au travers d'une interdiction.

139. **Interdire les comportements égoïstes.** Ainsi, l'article 2201 du Code civil interdit la clause de voie parée pour prévenir l'égoïsme du créancier. La clause de voie parée est celle par laquelle le créancier se fait consentir par le débiteur le droit, en cas de non-paiement après commandement, de faire vendre l'immeuble aux enchères devant notaire, sans suivre les formalités de la saisie immobilière[400]. Cette clause couvrirait donc le créancier, titulaire de la prérogative d'accomplir les formalités de saisie immobilière pour obtenir celle-ci, contre les effets juridiques naturels de son abstention. L'interdiction d'une telle clause se justifie parce que le risque encouru est celui d'une vente du bien à un prix inférieur. Certes, le bien sera peut-être vendu plus vite et suffira peut-être à désintéresser le créancier en cause mais cela porte atteinte aux droits du débiteur sur un éventuel reliquat du prix, voire nuit aux intérêts des autres créanciers du débiteur. L'abstention de procéder aux formalités de la saisie immobilière a donc un motif égoïste et répréhensible puisque le titulaire de la prérogative se ménage ainsi la faculté de ne pas subir le temps des formalités pour un résultat tout aussi efficace quant à ses intérêts à lui. Enfin, le Droit parfait son encadrement de l'égoïsme en organisant sa sanction. Tel est l'objectif de l'article L. 653-4 4° du Code de commerce qui dispose que le dirigeant commet un abus « s'il poursuit abusivement ; dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements ». C'est bien l'égoïsme du dirigeant qui est visé par ce texte. En effet, les critères de l'égoïsme sont présents, à savoir la recherche de son intérêt personnel, et cela au détriment d'une autre personne, précision qui renvoie au fait de privilégier son propre intérêt. Ainsi les motifs altruistes et égoïstes d'une abstention sont appréciés par les juges.

B. Des motifs approuvés par les juges

140. **La recherche des motifs de l'abstention par les juges.** Il est à noter que les motifs de l'agent ne sont pas toujours présents dans les motivations des décisions

[400] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « voie » (clause de voie parée).

des juges, mais que leur présence est souvent présupposée. Il est en effet rare que le titulaire d'une prérogative s'abstienne sans motif alors qu'il a l'intention d'attendre avant de prendre une décision tranchée quant à la jouissance des effets sous-jacents à la prérogative. L'abstention a donc pour origine un certain motif. Monsieur BOURRINET soulignait déjà l'importance des données psychologiques en présence d'une abstention[401]. D'ailleurs, les juges recherchent et apprécient l'intention du titulaire de la prérogative qui s'est abstenu. La Cour de cassation valide cette pratique, notamment dans un arrêt du 11 juillet 1978 où elle reconnaît le pouvoir d'appréciation des juges du fond sur l'intention de celui qui s'abstient et valide les conséquences tirées de cette appréciation[402]. Le motif n'est généralement pas neutre en pratique dans l'appréciation du comportement et encore moins dans le cas de l'abstention, où tout prête à l'équivocité.

Ainsi, s'il apparaît comme évident qu'une action puisse être altruiste, le fait que l'altruisme soit à l'origine d'une abstention l'est moins. Pour autant, les juges ont eu l'occasion de procéder à l'approbation des motifs altruistes de l'agent (1) tout comme de ses motifs égoïstes (2).

1) L'approbation des motifs altruistes de l'agent

141. **Une approbation conditionnée.** Il arrive que le titulaire de la prérogative s'abstienne véritablement par altruisme. C'est, par exemple, le cas lorsque les héritiers réservataires s'abstiennent d'intenter une action en réduction. Ceux-ci bénéficient, de par leur lien avec le défunt, de la réserve héréditaire qui est une quotité de biens dont le *de cujus* ne peut pas les priver, en principe, à la succession. Aussi, s'il s'avère que la quotité de libéralités effectuées entache la réserve héréditaire, les héritiers réservataires ont-ils à leur disposition une action en réduction afin de sauvegarder leurs intérêts. Le fait de ne pas remettre en cause les donations et legs consenties par le défunt qui excèdent la quotité disponible est altruiste puisque cela permet au légataire d'entrer en possession de son legs alors que l'intérêt des héritiers réservataires est atteint, la part de réserve héréditaire étant de fait moindre que ce à quoi ils avaient droit. Aucune illustration jurisprudentielle n'a pu ici être apportée. Ceci s'explique sans doute par le fait que

[401] J. BOURRINET, *L'abstention source de responsabilité civile délictuelle*, Université de Montpellier, 1959, p. 8.
[402] Cass. 1ère civ. 11 juill. 1978, n° 77-11550, Bull. civ. I, n° 264, p. 207.

l'altruisme prête peu au contentieux. Il est difficile d'imaginer un légataire se plaindre du fait que l'héritier réservataire n'ait pas intenté une action en réduction. Le contentieux naîtra plutôt si l'altruisme porte atteinte à un intérêt tiers. En effet, pour reprendre le même exemple, le créancier de l'héritier réservataire risque d'être contre cette preuve d'altruisme et de vouloir que le patrimoine de son débiteur soit augmenté de la part complète de sa réserve héréditaire. Il dispose pour cela de l'action oblique. Il peut donc intenter l'action en réduction à la place de l'héritier réservataire[403]. Le Droit fait ici primer l'intérêt du créancier de ce dernier sur ceux de la personne bénéficiant de la libéralité pour éviter les fraudes et l'organisation de sa propre insolvabilité.

142. **Abstention dans le souci de protéger autrui.** Pour autant, l'altruisme continue d'intervenir comme motif de l'abstention. Le titulaire de la prérogative va ainsi parfois s'abstenir parce qu'il estime qu'il y a un moyen alternatif, moins lourd pour autrui, qu'il préfère utiliser tout en atteignant le même résultat. Ceci explique pourquoi un créancier peut s'abstenir d'exercer une formalité nécessaire à une procédure alors qu'il avait pourtant pris la peine d'introduire celle-ci à l'encontre de son débiteur. Il réfléchit, par exemple, à se diriger vers un mode alternatif de règlement des litiges, mais tant qu'il n'a pas fait part de cette décision et qu'il est dans le délai pour accomplir la formalité, il s'agit bien d'une abstention dans le sens où le titulaire de la prérogative n'agit pas dans l'intention de ne pas jouir immédiatement des effets de cette dernière pour se laisser le temps. Ici, il sait qu'il veut bénéficier des avantages de sa prérogative mais il veut alléger la charge d'autrui, ce qui est altruiste. Il y a en effet un certain souci d'autrui.

143. **Souci de ne pas aggraver le passif du débiteur.** Cette marque d'attention se retrouve lorsque l'abstention du créancier découle de sa motivation de ne pas alourdir dans l'immédiat le passif du débiteur[404]. Ceci profite au débiteur mais aussi aux autres créanciers de ce dernier. En effet, ils voient un concurrent se retirer, certes momentanément, mais spontanément, de la course. Plus

[403] Cass. 1ère civ. 20 oct. 1982, D. 1983, p. 120, note Ph. REMY, Defrénois 1983, p. 627, note A. BRETON, RTD civ. 1983, p. 771, obs. J. PATARIN *adde* G. LÉGIER, « action oblique », J.-Cl. civ. fasc. « CONTRATS ET OBLIGATIONS-effets des conventions à l'égard des tiers ».
[404] CA Riom, com. 28 Août 2013, n° 12/01838, JurisData n° 2013-018856.

généralement, le fait de ne pas vouloir alourdir le passif exigé du débiteur conduit le créancier à la patience.

144. **La patience.** S'abstenir par patience est plutôt altruiste. Un tel motif n'est d'ailleurs pas qu'une hypothèse théorique, mais se rencontre en pratique[405]. Pour preuve, la Cour d'appel de Douai a relevé dans une décision du 4 juin 2009[406] le lien entre « l'absence d'actes d'exécution » envers les débiteurs et « la patience dont leur créancier a fait preuve vis-à-vis d'eux ». La patience est alors plus ou moins longue selon les cas. L'abstention objet de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 19 mai 2011 a par exemple duré six ans. Ce laps de temps a été nourri, en l'espèce, par l'espoir de parvenir à une solution amiable du paiement de la dette cautionnée[407], ce qui rend compte d'une patience louable.

L'altruisme en matière de patience se situe en effet dans le fait que l'agent laisse ses intérêts de côté pour qu'autrui ait le temps de s'organiser. En l'occurrence, l'abstention du titulaire de la prérogative n'a pas pour dessein de faire subir le temps au destinataire de l'abstention mais de le lui donner. Il s'agit d'une tolérance[408]. Ici, c'est le titulaire de la prérogative qui se met volontairement dans une position d'attente. Il s'avère alors que l'abstention a un lien avec l'empathie en ce que cette dernière recouvre « cette attitude à percevoir et à comprendre les sentiments ou les positions d'un autre, sans se mettre à sa place, en tâchant de les accepter et d'en tenir compte »[409]. Le titulaire de la prérogative ne va certes pas toujours jusqu'à prendre sur lui la tâche d'autrui[410], mais il consent des efforts pour que ce dernier ait le temps de réunir toutes les conditions nécessaires à sa pleine satisfaction. Le but est d'encourager la spontanéité de l'exécution de celui à qui incombe la charge de satisfaire le titulaire de la prérogative en lui en laissant le temps. Néanmoins, malgré la bonne intention dont est issu l'altruisme et ses bienfaits, il ne résout pas toutes les conséquences de l'abstention.

145. **Une intention altruiste sans effet sur les conséquences de l'abstention.** Ainsi, entre autres, le problème de l'incertitude se manifeste. Le motif altruiste

[405] Patience du locataire : Cass. 3ème civ. 9 nov. 1988, n° 87-13002, JurisData n° 1988-002658.
[406] CA Douai, 8ème ch. sect. 3, 4 juin 2009, n° 08/03423.
[407] CA Versailles, ch. 13, 19 mai 2011, n° 10/03950.
[408] Cass. 1ère civ. 11 juill. 1978, n° 77-11550, Bull. civ. I, n° 264, p. 207.
[409] B. HOERNI, *Altruisme*, Journal internat. de bioéthique, 2008/3, vol. 19, p. 11.
[410] *Cf Supra*.

n'est d'ailleurs pas exprimé au destinataire de l'abstention. À l'inverse, le titulaire de la prérogative ne serait pas l'auteur d'une abstention mais d'un délai de paiement clair et non équivoque. En somme, le destinataire de l'abstention ne sait pas que celle-ci est spécialement adoptée dans son intérêt. Il ne connaît pas non plus la durée pendant laquelle le titulaire de la prérogative va s'abstenir puisque ce dernier a volontairement évité de donner un délai supplémentaire précis. C'est pourquoi, dans le même temps, il peut être argué du fait que la patience ne serait pas vraiment altruiste. L'agent n'entend effectivement que suspendre ses intérêts mais ne renonce pas à ceux-ci. Toutefois, il faut reconnaître que l'altruisme ne correspond pas nécessairement au renoncement de l'intégralité de ses intérêts. L'altruisme peut être mesuré.

146. **Le résultat nuancé d'une abstention altruiste.** L'altruisme ne rime pas toujours avec avantage pour celui vers qui s'est porté le comportement altruiste. Les juges ont malgré tout été amenés parfois à conclure que « l'abstention du créancier poursuivant est favorable à la débitrice »[411]. L'abstention du titulaire d'une prérogative - il n'est plus à démontrer que le créancier est l'exemple par excellence de ce personnage - peut donc être favorable à autrui, c'est-à-dire être en accord, ou du moins, aller dans le sens de ses intérêts. Cependant, est-ce à dire que le créancier s'est abstenu pour la débitrice et a donc fait preuve d'altruisme ? En l'espèce cela ne semble pas être le cas, l'altruisme connotant un comportement dédié à autrui. En fait, il ne suffit pas que le résultat soit favorable à autrui pour qu'il soit démontré que le motif de l'agent est altruiste. Corrélativement, il ne suffit pas que le motif à l'origine de l'abstention soit de nature altruiste pour que le résultat soit favorable à autrui[412]. C'est pourquoi, bien que l'altruisme de certains motifs à l'abstention permette de légitimer celle-ci, il est important de modérer l'éloge accordé par la plupart à l'altruisme. D'ailleurs ce ne sont pas les seuls motifs recevant l'approbation des juges.

[411] CA PARIS, 8ème ch. sect. B, 13 nov. 2008, n° 07/17470.
[412] *Cf* les conséquences néfastes de l'abstention à autrui ci-dessus.

2) L'approbation des motifs égoïstes

147. **Les juges face à l'abstention égoïste.** Lorsque l'abstention a un motif égoïste, les juges ne l'écartent pas purement et simplement. Ils l'apprécient[413]. Les motifs égoïstes vont alors parfois permettre à l'abstention d'être tolérée par les juges ou bien sanctionnée lorsque son caractère égoïste porte atteinte à autrui. Le titulaire de la prérogative s'abstient *a priori* égoïstement lorsqu'il s'abstient par simple stratégie pour préserver ou optimiser ses intérêts jusqu'à se placer dans une logique de profit.

148. **L'abstention comme stratégie.** L'abstention par stratégie est la plus fréquente. L'égoïsme est en effet un motif de comportement qui reflète le choix d'une stratégie au moins conforme à ses intérêts, ou visant à les renforcer. Un arrêt de la Cour de cassation du 10 février 2010[414] permet d'illustrer cette hypothèse. En l'espèce, un prêteur avait procédé à une saisie immobilière suite à la défaillance de la société débitrice, mais n'a pas recouvré l'intégralité de sa créance. Au lieu d'agir immédiatement à l'encontre de la société, qui était *in bonis*, pour le solde, il attend cinq ans pour se prévaloir de la somme due et agir contre un des associés, et non contre la société qui avait été liquidée, à noter qu'il ne s'agissait pas d'une liquidation judiciaire. Il a ainsi pu agir directement contre l'associé, sans avoir préalablement et vainement poursuivi la société, ce qui est normalement exigé par l'article 1858 du Code civil. La Cour de cassation lui donne toutefois raison parce que « la clôture de la liquidation dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser ». Le créancier a ainsi pu profiter d'une procédure plus simple que les autres. Ainsi, en est-il de l'agent patient.

149. **La patience.** Dans l'hypothèse où le créancier fait preuve de patience, cela aurait souvent pour but l'exécution spontanée du débiteur sans besoin pour le créancier d'agir ou de solliciter une sanction[415]. De fait, le titulaire de la prérogative s'abstiendrait pour ménager ses efforts. Il laisse alors les choses suivre leur cours en ne pensant intervenir que si vraiment il n'a plus d'autre choix. La

[413] *Cf Infra*.
[414] Cass. 3ème civ. 10 fév. 2010, n° 09-10982, Bull. civ. 2010, n° 42, Bull. Joly Sociétés 2010, n° 7, p. 658, note F.-X. LUCAS.
[415] L. GAUDIN, *op. cit.* p. 296.

patience n'est donc pas « une attente stérile »[416] ; il s'agit d'une stratégie du titulaire de la prérogative. En effet, dans ce cas, le titulaire de la prérogative se montre patient dans un dessein particulier. Il espère que son intérêt soit sauvegardé, voire s'améliore dans le temps. Certains auteurs ont déjà souligné que « la pression concurrentielle peut l'amener à préférer prendre le risque de ne pas être payé pour conserver un client ou un point de vente stratégique, tout en ayant l'espoir que la situation de ce dernier se rétablisse »[417]. Il faut savoir parfois patienter pour ne pas braquer le débiteur et ne pas l'inciter à payer en premier un créancier plus conciliant, ou pour attendre que le débiteur revienne à meilleure fortune et être en mesure de le prouver[418]. D'ailleurs, ne pas mettre en doute la solvabilité et la volonté de payer d'un client témoigne d'un certain sens du commerce et de la reconnaissance des clients les plus fidèles pour préserver une relation commerciale établie ou pour l'obtenir[419]. Le risque de froisser un bon client est évidemment à éviter pour ne pas nuire à sa propre activité. L'abstention est alors un outil tout désigné pour remplir ce rôle. Il convient alors de noter la relativité du choix de l'abstention pour le titulaire de la prérogative lorsqu'il est induit par des raisons financières et par le besoin vital pour l'entreprise de conserver un client. Finalement, l'abstention est ici un choix dicté, certes par la volonté de sauvegarder ses intérêts dans un rapport particulier avec le destinataire de l'abstention, mais surtout par la nécessité de ménager les susceptibilités de celui-ci afin de s'assurer de la préservation de ses intérêts à long terme. De surcroît, lorsque certains de ses intérêts se confondent avec ceux d'autrui, le titulaire de la prérogative fera sans nul doute le choix de s'abstenir. Il aura notamment la volonté de ne pas obérer les comptes de la société dont il est l'un des

[416] L. GAUDIN, *op. cit*. p. 20.
[417] L. GAUDIN, *op. cit*. p. 85.
[418] « il incombe au créancier professionnel qui entend se prévaloir d'un contrat de cautionnement manifestement disproportionné lors de sa conclusion aux biens et revenus de la caution, personne physique, d'établir qu'au moment où il l'appelle, le patrimoine de celle-ci lui permet de faire face à son obligation ». (Cass. com. 1er avril 2014, n° 13-11313, RD banc. et fin. 2014, n° 3, p. 50, note A. CERLES ; Cass. 1ère civ. 10 sept. 2014, n° 12-28977, LPA, 2015, n° 14, p. 12, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; Contrats conc. consom. 2015, n° 1, p. 37, note G. RAYMOND ; D. 2014, p. 2283, note J. MALET-VIGNEAUX ; RD banc. et fin. 2014, n° 6, p. 40, note A. CERLES ; RLDC, nov. 2014, p. 35, note J.-J. ANSAULT).
[419] E. PERRU, *L'impayé*, Préf. G. GOUBEAUX, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 438, 2005, p. 55, n° 61. À noter qu'une relation commerciale établie suppose une relation suivie, stable et habituelle. Cass. com. 20 mai 2014, n° 12-26705, n° 12-26970 et n° 12-29281, Contrats conc. consom. 2014, n° 8, p. 19, note N. MATHEY.

associés[420]. La patience est donc parfois un risque à prendre pour assurer ses propres intérêts. Cette stratégie s'oppose à celle des créanciers qui choisissent de recouvrer le maximum de leur créance dans les délais les plus brefs, à défaut de pouvoir la récupérer intégralement dans les délais convenus. Pour certains auteurs peu importe l'option choisie, ils « doivent très naturellement et très légitimement poursuivre leur intérêt égoïste »[421]. L'égoïsme de l'agent patient se déduit du fait que celui-ci espère retirer le fruit de son attente. Il anticipe en effet un éventuel bénéfice de son effort d'abstention. Le profit connote ainsi la réalisation d'un gain ou d'un avantage qui semble ne pas être accordé à tous.

La patience est par conséquent un motif particulier de l'abstention parce qu'il est soit altruiste soit égoïste voire les deux à la fois. Il s'agit donc d'un motif parfois équivoque, ce qui ne va pas atténuer celle de l'abstention. De plus, la patience a forcément ses limites. Le motif peut donc expliquer l'abstention mais aussi l'évolution du comportement de l'agent qui prendrait une décision après s'être abstenu. Tous ces éléments convergent vers un même problème, celui de l'appréciation et de la qualification de l'abstention. La difficulté est d'autant plus importante que l'égoïsme et l'altruisme, ne constituent pas des qualifications juridiques. Cependant, certains outils juridiques, telle la bonne foi[422], sont invoqués. Il convient alors de voir si ceux-ci confortent ou non la légitimité des motifs de l'abstention et celle de cette dernière par extension.

§2) L'impact du traitement juridique de l'altruisme et de l'égoïsme sur la légitimité des motifs de l'agent

150. **Des motifs légitimes encadrés par le Droit.** Le Droit sanctionne certains comportements liés à l'altruisme et à l'égoïsme, mais il s'agit en principe de sanctions inadaptées à l'abstention (A), ce qui témoigne du fait que l'altruisme et l'égoïsme restent des motifs légitimes (B).

[420] CA Paris 22ème ch. B, 18 mars 2008, n° 06/10079.
[421] J. PAILLUSSEAU, « Les effets anticoncurrentiels de l'aménagement de la dette », RIDC, 1995, p. 237, spéc. p. 245, cité par L. GAUDIN, *op. cit.* p. 99.
[422] *Cf Supra* not. n° 109 *et Infra* n° 158.

A. Des sanctions inadaptées à l'abstention

151. **Une sanction contraire au caractère spontané de l'altruisme.** Les juges appliquent les règles juridiques or certaines entretiennent un lien avec l'altruisme. Dans certains litiges, l'altruisme dont a pu faire preuve une partie est susceptible d'influencer le jugement des magistrats, en particulier lorsqu'ils statuent en équité. En revanche, le défaut d'altruisme peut être sanctionné. Cela revient à sanctionner celui qui aurait dû s'inquiéter du bien-être d'autrui. Il existe donc une obligation de porter de l'intérêt à l'autre, voire même de sauvegarder les intérêts d'un autre que soi avant les siens. Cependant, la nature obligatoire de l'intérêt porté à l'autre semble effacer complètement le caractère volontaire et spontané de l'altruisme et de l'abstention. Ici, l'encouragement du Droit à l'altruisme va trop loin et nuit *a fortiori* au caractère pur de l'altruisme qui est quelque chose de spontané. Il doit alors venir de l'individu et non d'une force extérieure. Mieux, le caractère obligatoire efface l'abstention au profit d'une faute d'abstention. Le Droit pénal offre des exemples de sanction de celui qui aurait dû faire preuve d'un peu d'altruisme et qui ne l'a pas fait avec l'existence d'incriminations telles l'abstention de combattre un sinistre de nature à causer un danger pour la sécurité des personnes[423], l'abstention d'empêcher la commission d'un crime ou d'un délit contre l'intégrité physique[424] ou l'abstention de porter secours à une personne en péril[425]. Dans ces trois hypothèses, l'individu se voit contraint d'intervenir de manière active et dynamique. La faute d'abstention sera alors d'autant plus réprimée qu'elle est volontaire par nature. L'altruisme est fortement encouragé mais est altéré par la présence de sanctions. Le propre de l'altruisme est en effet sa spontanéité. Finalement, ce qui est sanctionné, c'est une forme d'égoïsme à savoir le fait d'avoir retenu sa spontanéité à venir en aide à autrui. Les juges sont donc appelés par le législateur à être sensibles à l'intérêt que se portent mutuellement les protagonistes entre eux, ce qui n'est pas sans incidence sur les solutions retenues, mais n'entache pas la légitimité de l'abstention du titulaire d'une prérogative.

[423] Art. 223-7 C. pén.
[424] Art. 223-6 al. 1 C. pén.
[425] Art. 223-6 al. 2 C. pén.

152. **Sanction de l'égoïsme.** Le Droit sanctionne l'égoïsme par des règles très diverses luttant spécifiquement contre un comportement égoïste ou en ayant recours à des règles générales de comportement.

Il convient de voir si l'abstention peut être sanctionnée par l'enrichissement injustifié. L'article 1303-1 du Code civil protège les personnes d'un enrichissement injustifié à leurs dépens. L'enrichissement injustifié est la nouvelle dénomination de l'enrichissement sans cause[426], quasi-contrat d'origine jurisprudentielle. Cette qualification part du constat qu'un même fait est à l'origine de l'appauvrissement d'une personne et de l'enrichissement corrélatif d'une autre. L'enrichissement correspond soit à un gain positif, soit à une dépense évitée soit à un avantage moral s'il est appréciable en argent[427]. L'absence de cause signifie que l'enrichissement et l'appauvrissement corrélatif n'ont pas de justification juridique, d'où sa nouvelle dénomination. L'article 1337 du projet CATALA détaille ce point en disposant que « l'enrichissement est sans cause lorsque la perte subie par l'appauvri ne procède ni de son intention libérale en faveur de l'enrichi, ni de l'accomplissement des obligations dont il est tenu envers lui, en vertu de la loi, du jugement ou du contrat, ni de la poursuite d'un intérêt purement personnel ». Si cette définition sanctionne l'égoïsme de l'enrichi lorsque celui-ci engendre l'appauvrissement de quelqu'un d'autre, elle rend aussi compte, par un raisonnement *a contrario,* du bien-fondé de la recherche d'un « intérêt purement personnel », donc d'un certain égoïsme dès lors qu'il n'engage que soi autant dans sa mise en œuvre que dans ses conséquences. En revanche, l'enrichissement sans cause ne semble en principe pas pouvoir s'appliquer à l'abstention même égoïste. Tout d'abord, il s'agit d'une action subsidiaire, ce qui écarte un bon nombre de situations, telle celle de l'abstention de recouvrement d'une créance contractuelle. Il faut de plus un enrichissement, or celui qui s'abstient ne s'enrichit *a priori* pas. Il évite justement de jouir des avantages de sa prérogative. Il peut toutefois s'abstenir pour éviter une dépense ou pour bénéficier d'un avantage moral. Cependant pour tomber sous le coup de l'enrichissement injustifié encore faut-il que ceux-ci soient injustifiés, or l'abstention résulte d'une prérogative, la justification sera donc trouvée dans celle-ci. Enfin, l'enrichissement doit être appréciable en argent et s'accompagner d'un appauvrissement corrélatif. Aussi, le

[426] Art. 1375 C. civ. ancien.
[427] Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *op. cit.* p. 606, n° 784.

fait que le titulaire de la prérogative évite une dépense appréciable en argent en s'abstenant ne signifie pas toujours que le destinataire de l'abstention s'appauvrisse corrélativement bien au contraire[428]. La question se pose toutefois quant au temps dont l'agent a tiré profit et le temps corrélativement subi par autrui. Néanmoins, même en considérant que le temps soit susceptible d'une évaluation monétaire, l'abstention ayant cours au sein du délai imparti, l'agent ne s'enrichit pas de manière injustifiée par le temps qui passe. Il profite du temps qui lui est imparti, il y a donc une justification. L'agent sanctionné par un enrichissement injustifié semble alors anecdotique.

Néanmoins, le Droit se saisit aussi de l'égoïsme grâce à certaines règles générales de comportement. L'égoïsme du titulaire d'une prérogative semble, en effet, susceptible d'être sanctionné par l'application de la théorie de l'abus de droit et de la bonne foi. Un auteur montrait, en effet, que la sanction de l'égoïsme est la finalité première de l'abus de droit en affirmant que « l'abus de droit servait à censurer un comportement exagérément égoïste. »[429]. Il convient donc de déterminer si une telle répression s'applique lorsque le titulaire de la prérogative s'abstient. Pour cela, définir l'abus de droit est nécessaire.

153. **L'abus de droit.** La théorie de l'abus des droits a principalement été mise en lumière par JOSSERAND dans deux ouvrages, à savoir *De l'abus des droits* et *De l'esprit des droits et de leur relativité*. L'abus de droit se rencontre ainsi dans deux cas de figure : lorsque le titulaire du droit fait preuve d'une intention de nuire ou d'un excès[430]. La qualification d'abus de droit ne revêt en effet pas toujours une intention de nuire. Le Droit connaît donc l'abus de droit avec intention de nuire et l'abus de droit sans intention de nuire.

154. **L'abus de droit avec intention de nuire.** L'abus de droit avec intention de nuire est classiquement illustré par l'arrêt DOERR[431] en tant que première décision de la condamnation de l'exercice d'un droit dans l'intention de nuire. Il est en effet compréhensible qu'un propriétaire soit condamné pour avoir construit une sorte de

[428] Surtout si la situation se solde par une prescription extinctive ou une renonciation.
[429] Fr. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2 : *entre droit et non droit : l'intérêt*, facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, n° 49, p. 151.
[430] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, lextenso, Defrénois, Droit civil, 8ème éd. 2016, p. 70, n° 121.
[431] CA Colmar, 2 mai 1855, D. 56. 2. 9.

cheminée, certes conformément à son droit de propriété, mais dans le but de colmater la vue et la lumière que son voisin recevait par une fenêtre. Ainsi, Monsieur le Professeur STOFFEL-MUNK, rendait compte du caractère fautif de l'intention de nuire en affirmant que « la malice est particulièrement odieuse lorsqu'elle se voile dans l'exercice d'un droit »[432]. En effet, « réduite à l'idée de malice, l'intention de nuire est systématiquement proscrite »[433]. Par conséquent, une abstention qui aurait pour origine une intention serait qualifiée de faute d'abstention et sortirait du domaine de l'abstention égoïste.

155. **L'abus de droit sans intention de nuire.** Cependant, l'intention de nuire n'est plus toujours nécessaire à la qualification d'abus. Un faisceau d'indices peut conduire le juge à une telle qualification. L'abus de droit commis par l'agent apparaît alors comme une « faute contre la morale à l'occasion de l'exercice d'une prérogative contractuelle »[434]. L'abstention est ainsi notamment qualifiée d'abus si elle s'oppose à l'instauration d'un débat sincère et loyal sur la situation respective des parties[435]. En fait, ce second pan de l'abus de droit couvre notamment l'excès, l'absence d'intérêt à se comporter comme on se comporte.

156. **L'abus de droit reproché à l'agent.** L'abus de droit limite l'abstention. En ce cas, l'abus est double. Il y a en effet un abus du droit en question et un abus du droit de ne pas agir. Il existe effectivement un risque que l'abstention soit dictée par une intention de nuire. Elle est, dans ce cas, soumise à la théorie de l'abus de droit comme l'exercice classique d'une prérogative. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait déjà souligné cela en 1972 en décidant que « si une abstention dommageable ne peut entrainer une responsabilité autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, obligation d'accomplir le fait omis, il en est autrement lorsque cette abstention dommageable a été dictée par l'intention de nuire et constitue un abus de droit. »[436]. La Haute juridiction prend soin de rappeler que l'abstention n'est pas une faute en soi mais que l'intention qu'elle cache par

[432] Ph. STOFFEL-MUNK, *op. cit.* p. 54, n° 48.
[433] Ph. STOFFEL-MUNK, *op. cit.* p. 57, n° 52.
[434] Ph. STOFFEL-MUNK, *op. cit.* p. 71, n° 70.
[435] V. sur l'abstention abusive d'un mari en instance de divorce dans la production des documents justificatifs CA Nîmes, 2ème civ. 11 juin 2008, n° 06/05216.
[436] Cass. 2ème civ. 13 déc. 1972, n° 71-12-043, Gaz. Pal. mars 2009, p. 3, Doctr. H3432, note D. AFLALO.

son équivocité ne saurait être une intention de nuire. Le titulaire d'une prérogative ne peut donc pas s'abstenir, c'est-à-dire avoir l'intention de ne pas jouir immédiatement des conséquences attachées à la prérogative, pour *in fine* nuire à autrui. En outre, il reste à souligner que l'abstention peut aussi constituer un abus sans que l'intention de nuire soit caractérisée. En revanche, le comportement d'abstention doit alors être excessivement utilisé. C'est ce qu'illustre parfaitement un arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 2012[437]. En l'espèce, un preneur cède le bail commercial à son frère sans obtenir l'agrément des bailleurs, pourtant prévu par le contrat. Les juges refusent de considérer que le manquement aux clauses du bail est suffisamment grave pour justifier la résiliation. Les bailleresses, titulaires du droit d'accorder ou non l'agrément au candidat cessionnaire, s'étaient en effet « délibérément abstenues de fournir une réponse au preneur qui avait à de multiples reprises sollicité leur consentement à la cession du bail à son frère », « les bailleresses avaient voulu gagner du temps en restant obstinément taisantes et en entretenant l'illusion d'un éventuel projet de vente, qui était resté lettre morte ». De plus, elles n'avaient « jamais demandé d'informations sur la cession projetée ni opposé de motif sérieux de refus », « il s'agissait, selon la lettre de leur mandataire, d'une attitude calculée pour décourager le locataire ou le pousser à la faute et reprendre ainsi le local sans bourse délier, ce qui s'était produit ».

157. **Une qualification non automatique de l'abstention en abus de droit.** Si l'abstention nécessite une intention de ne pas vouloir bénéficier immédiatement des avantages de la prérogative, le désir de nuire à autrui est rarement présent, et l'abstention n'est pas en soi excessive et constitutive d'un abus. Elle reste donc légitime en principe. Il a ainsi été jugé que la banque, qui a rempli ses obligations de délivrance des fonds empruntés et a régulièrement notifié la déchéance du prêt au titre duquel aucune somme n'a été réglée par la société emprunteuse ni par la caution, même en cours de procédure, ne commet aucune faute ni abus de droit en s'abstenant, pendant six années après la déchéance du terme, de démarches supplémentaires visant le recouvrement. Le fait qu'aucune proposition de paiement ni aucune offre n'ait été présentée alors que le principal de la dette n'était pas contesté n'est pas la faute de la banque[438]. Dès lors, si le titulaire de la prérogative

[437] Cass. 3ème civ. 5 janv. 2012, n° 10-20179, non publié au bull.
[438] CA Nîmes, 1ère civ. 18 nov. 2008, n° 06/03066.

voit son comportement d'abstention être sanctionné par l'abus de droit, cette limite n'est pas automatique. En revanche, la constatation de la possible qualification d'une abstention en abus de droit, notamment à cause de l'intention de nuire de l'agent, conduit à s'interroger sur la bonne foi de ce dernier d'autant plus que l'abstention est équivoque. Mieux, la pertinence de l'appréciation de l'égoïsme sous l'angle de la bonne foi a été soulevée par Richard MARTY concernant un créancier cautionné ayant cumulé des sûretés[439]. D'ailleurs, la bonne foi est *a priori* un outil de vigilance juridique quant à l'égoïsme, et, *a fortiori* quant à l'abstention issue d'un motif égoïste.

158. **L'abstention pour échapper aux inconvénients de l'exercice de la prérogative.** Il convient de se demander si le titulaire de la prérogative, plus que pour ne pas jouir des avantages attachés à celle-ci, ne s'abstiendrait pas plutôt pour éviter les inconvénients qu'il encourrait du fait de l'exercice de la prérogative et si cela est contraire à la bonne foi. En effet, l'exercice d'une prérogative n'emporte pas que des avantages pour son titulaire. Au contraire, certains effets peuvent être vus comme indésirables voire totalement néfastes par lui. Il voudra les éviter ou du moins les retarder. L'abstention va alors servir ses intérêts de manière douteuse. Il convient dès lors de faire attention, par exemple, à l'abstention qui serait motivée par la volonté de l'agent de se reposer sur une voie alternative parce que représentant le même seuil de satisfaction. L'abstention lui permettrait alors d'attendre passivement cette alternative. Est ainsi concernée l'hypothèse où le créancier laisserait s'accroître considérablement le passif d'un débiteur en comptant sur l'obligation du codébiteur solidaire[440]. L'abstention du créancier d'agir contre le débiteur ne l'empêche pas de poursuivre le codébiteur solidaire. La solidarité permet justement au créancier de se retourner contre le débiteur le plus solvable et corrélativement de s'abstenir de poursuivre l'autre[441] en toute légitimité.

[439] R. MARTY, art. préc. spec. n° 18.
[440] Cass. com. 17 oct. 1995, n° 93-13498, Bull. civ. IV, n° 238, p. 221, Defrénois, 29 fév. 1996, n° 4, obs. P. LE CANNU.
[441] Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12196, Bull. civ. IV, n° 136 ; D. 2007. 1656, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2007. 1999 s. note O. DESHAYES ; RTD civ. 2007, p. 805, obs. P. THERY ; RD banc. et fin. juill.-août 2007, n° 147, obs. A. CERLES ; JCP G. 2007, I, p. 212, n° 8, obs. Ph. SIMLER ; P. CROCQ, RTD civ. 2008, p. 333. L'abstention du créancier d'agir contre le débiteur principal ne fait pas obstacle au droit du créancier de poursuivre la caution solidaire.

De même, si le fait de protéger son seul intérêt peut aussi se dissimuler derrière la patience du titulaire d'une prérogative, ce n'est pas pour autant que ce dernier fait systématiquement preuve de mauvaise foi[442]. Au contraire, il paraît être dans l'intérêt du débiteur d'être actionné à un moment où il est en mesure d'accomplir ses responsabilités. Ceci est en effet plus confortable pour lui. L'abstention permet d'attendre ce moment de retour à meilleur fortune tout en permettant à l'agent d'éviter certains inconvénients, tels le fait d'être confronté à l'insolvabilité et au coût d'une procédure vaine[443]. Quoi qu'il en soit le titulaire de la prérogative, doit être présumé de bonne foi.

159. **La conformité de la poursuite d'un intérêt personnel à la bonne foi.** Agir, exercer une prérogative, omettre d'agir ou s'abstenir d'exercer sa prérogative doivent s'opérer en toute bonne foi c'est-à-dire en répondant aux devoirs de loyauté et de coopération. Cette nécessité suppose pour leur auteur de pouvoir justifier d'un intérêt propre[444]. Aussi, l'agent doit-il pouvoir se prévaloir d'un intérêt personnel. La question de savoir si privilégier cet intérêt est compatible avec la bonne foi se pose toutefois. Madame le Professeur BÉHAR-TOUCHAIS répond par l'affirmative en soutenant que « seul l'égoïsme contractuel antiéconomique pourrait être abusif »[445]. De même, Madame Rita JABBOUR affirme que « la bonne foi n'implique pas de renoncer à l'égoïsme contractuel naturel »[446]. Mieux, la loyauté n'est pas l'exhaustivité. Comme l'écrivait BOCCARA, « la loyauté n'est pas l'obligation de tout dire », de tout faire, ni « de dire exactement ce que l'on pense »[447]. D'ailleurs, malgré la place conséquente faite à la loyauté aujourd'hui par le Droit, celle-ci reste à l'échelle humaine. Par conséquent, l'abstention égoïste semble compatible avec la notion de bonne foi. Tout n'est qu'une question de mesure.

---

[442] *Cf Supra* n° 149.
[443] Cass. 3ème civ. 10 fév. 2010, arrêt préc.
[444] Ce critère est aussi présent en Droit suisse. V. S. SANDOZ, « La bonne foi, pilier de notre droit privé », 2008, S. 47.
[445] M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Solidarisme contractuel et contrat de distribution », RDC 1er déc. 2003, n° 1, p. 154.
[446] R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Préf. L. AYNÈS, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 573, 2016, p. 164, n° 200.
[447] B. BOCCARA, « La procédure dans le désordre I. Le désert du contradictoire », JCP, 1981, I, 3004.

160. **L'absence de justification d'une sanction juridique de l'égoïsme.** De plus, il a été souligné ci-dessus que l'abstention se trouvait parfois être un choix fortement influencé par une situation plus globale dans laquelle la prérogative s'inscrivait. Il paraît logique que le titulaire de la prérogative tienne compte des éléments présents pour en retirer le meilleur. Mieux, il n'est pas cohérent d'empêcher le titulaire d'une prérogative, qui dispose d'un choix dans l'exercice de celle-ci, de penser, d'anticiper la protection de ses intérêts. Il se doit en effet de réfléchir avant d'agir en principe. L'égoïsme n'est donc pas toujours sanctionné ni susceptible de sanction. Mieux, le doyen RIPERT avait évoqué sur ce point que « la lutte des intérêts privés est inévitable et, dans une certaine mesure, légitime. L'égoïsme des mobiles est la règle dans le commerce juridique. Or, celui qui se préoccupe uniquement de la défense de ses intérêts sait très bien que ses actes peuvent porter atteinte aux intérêts d'autrui. La connaissance de sa volonté égoïste ne peut suffire à vicier l'acte accompli.»[448]. Cette vérité peut être illustrée avec la rente viagère. En l'occurrence, « l'intention du créancier [est] de s'assurer irrévocablement une rente viagère »[449], ce qui, pour les jurisconsultes s'apparentait à une « porte ouverte à la dissipation et à l'égoïsme ». Cela justifie le fait qu'il ne soit pas possible de sanctionner purement et simplement l'abstention égoïste.

161. **L'absence de sanction de l'abstention issue d'un motif égoïste.** L'égoïsme ne porte pas toujours atteinte aux autres. Pour preuve, le titulaire d'une prérogative qui s'abstient de peur d'agir trop vite et de manière intempestive veut uniquement se protéger contre le fait de voir sa responsabilité engagée, mais cette abstention ne porte pas forcément atteinte à autrui, cela peut au contraire le protéger lui et ses intérêts[450]. Il serait alors contre-productif de sanctionner l'agent. Paradoxalement, sauvegarder ses intérêts peut permettre de protéger d'autres intérêts[451]. L'abstention égoïste protège parfois les intérêts de la caution plus tard[452], mais

[448] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4ème éd. 1949, p. 293.
[449] F. DROSSO, « La vente en viager, outil de gestion du risque vieillesse », Droit et patr. oct. 2002, n° 108.
[450] *Cf Supra* n° 142 et 149.
[451] « L'égoïsme est sauveur » L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1927, p. 392, n° 308. *Adde* B. FOËX, « La protection du créancier gagiste mobilier », *in* M. BADDELEY, *Protection de la personne par le droit : Journées de droit civil 2006 en l'honneur du professseur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, p. 149, http://archive-ouverte.unige.ch/unige:8572, « ces intérêts sont liés ».
[452] *Cf Infra* n° 169.

cette protection peut être simultanée[453]. Le motif égoïste peut ainsi permettre la justification d'une abstention. Les juges n'ont, par exemple, pas sanctionné l'abstention d'une associée même s'ils ont reconnu que « par son abstention, elle avait entravé une prise de décision jugée souhaitable par les autres associés ». L'égoïsme est révélé par cette opposition avec les autres associés mais aussi par le fait qu'elle s'abstenait « systématiquement de participer aux décisions intéressant la vie sociale »[454]. Néanmoins, les juges décident que « par cette seule constatation », l'actionnaire ne s'exposait à « aucune sanction ». Pour la Haute juridiction, il aurait fallu démontrer en quoi l'abstention était contraire à l'intérêt général de la société pour qu'un tel comportement soit susceptible d'être sanctionné, or aucun préjudice quant à la société n'a été prouvé en l'espèce. Le motif égoïste pour entrainer la sanction de l'abstention, doit s'accompagner d'un préjudice réparable[455]. Les juges ont, par conséquent, estimé que le comportement de l'associé devait être apprécié en fonction des intérêts de la société et non des autres associés. Ils ont peut-être là souligné le fait que l'égoïste n'était pas forcément celui qui en était accusé. Effectivement, les argumentations des parties pointent parfois du doigt l'égoïsme de leur adversaire[456], donnant aux juges la charge d'apprécier des situations très diverses. L'altruisme et l'égoïsme restent toutefois des motifs légitimes.

B. Des motifs légitimes

162. Une vigilance à leur égard demeure nécessaire (1) pour que la légitimité de l'abstention par son motif subsiste. L'altruisme et l'égoïsme jouissent toutefois d'une légitimité juridique (2).

1) Une vigilance nécessaire

163. **Les dérives de l'altruisme et de l'égoïsme.** Si l'altruisme innerve certaines abstentions, ce n'est pas pour autant qu'il faut seulement prôner un altruisme

[453] Justification de l'égoïsme par des besoins économiques.
[454] Cass. com. 15 juill. 1992, n° 90-17216.
[455] En effet, pour obtenir la sanction de l'abstention sur le fondement de la responsabilité encore faut-il apporter la preuve d'un préjudice et du lien de causalité entre le préjudice et l'abstention. CA Caen, 11 juin 2009, n° 08/01031 et CA Bastia, ch. civ. 15 avril 2015, n° 14/00432.
[456] Cela a d'ailleurs pu être observé ci-dessus dans l'arrêt précité CA Paris 13 nov. 2008.

pur[457]. L'altruisme peut en effet être qualifié de pur lorsque le motif de l'action ou de l'abstention du titulaire de la prérogative est exclusivement dirigé dans l'intérêt d'autrui. Au contraire, l'altruisme est simple quand le motif tend, certes plus vers l'intérêt d'autrui que le sien, mais sans pour autant que l'intérêt d'autrui soit l'unique élément ayant conduit à la décision[458]. Cela rejoint la pensée de philosophes selon laquelle « (…) l'altruisme est une vertu au même titre que l'égoïsme » mais « quand il devient excessif, est un vice »[459]. Il y a donc différents degrés d'altruisme.

En Droit, l'engouement pour l'altruisme a été fortement marqué par le courant du solidarisme contractuel qui se détermine par la volonté de « réduire les excès de l'égoïsme et de l'individualisme contractuel »[460]. Certains auteurs poussent cette vision à l'extrême en qualifiant la relation entre les parties de relation fraternelle, laquelle justifierait que les contractants aillent jusqu'à accepter certains sacrifices[461]. Le solidarisme a vocation à justifier le souci du Droit positif envers la partie la plus faible en encourageant les obligations permettant de rétablir l'équilibre contractuel et l'égalité entre les contractants ou d'éviter les abus résultant de la domination de l'une des parties[462] et s'appuie sur la redécouverte de la bonne foi[463]. En conséquence, la conduite des contractants devrait être dictée par un « souci d'altérité et de générosité »[464] parce que « le souci n'est plus seulement d'être juste ; il est aussi d'être altruiste, fût-ce sur ordre du juge »[465]. Si cette affirmation part d'une bonne intention, il ne convient toutefois pas d'alourdir le

[457] « la jurisprudence (…) ne saurait, en revanche, raisonnablement aller au-delà et exiger de lui l'altruisme négateur de ses propres intérêt » D. MAZEAUD, Defrénois, 15 sept. 1996, n° 17, p. 1007, note Cass. 1ère civ. 11 juin 1996, n° 94-18250, Bull. 1996, n° 245, p. 173.
[458] Le paiement avec subrogation est décrit comme un acte de bienfaisance. Il existe pourtant un doute sur la réalité de l'altruisme du financier subrogé parce que ce dernier espère aussi retirer un intérêt patrimonial. V. C. MOULOUNGUI, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, Préf. F. GRUA, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 251, 1995, spéc. p. 47 et s. n° 45 et s.
[459] A.-I. ROUSSEL, art. préc.
[460] M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », RDC 1er janv. 2010, n° 1, p. 383.
[461] THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997 p. 357, spéc. n° 31.
[462] D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, Chr. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 135 s.
[463] Sur la prédominance de l'art. 1134 al. 1 C. civ. v. Chr. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », D. 2002. Chron. 901.
[464] C. THIBIERGE-GUELFUCCI, art. préc. n° 32.
[465] C. THIBIERGE-GUELFUCCI, art. préc. n° 26.

devoir de bonne foi[466]. Exacerbée, la recherche de l'altruisme deviendrait alors un « souci »[467]. Mieux, « la solidarité contractuelle et patrimoniale ne saurait raisonnablement conduire à étouffer tout plaisir et réalisation des intérêts de l'individu »[468].

D'ailleurs, certains auteurs prônent l'égoïsme et vont même jusqu'à en faire son apologie. Ayn RAND note à ce titre que « l'homme n'a pas à sacrifier ses intérêts au bien-être d'autrui, qui n'a pas à être sa préoccupation première »[469]. Elle défend « l'égoïsme rationnel », « le droit de vivre pour soi » jusqu'à dire que l'altruisme constitue le pêché suprême. D'autres affirment que « l'égoïsme assure la conservation de l'existence. »[470]. Ce courant pousse l'égoïsme à son paroxysme en arguant d'enjeux existentiels ce qui est louable mais semble excessif et par là même dangereux. Il ne faut pas oublier que l'excès est un des indicateurs de l'abus[471]. Il serait à une telle intensité sanctionné et perdrait donc toute son efficacité. Pour rester une liberté, l'égoïsme doit se cantonner dans certaines limites. De fait, déterminer le seuil tolérable d'une abstention au motif égoïste nécessite au préalable d'identifier jusqu'où l'égoïsme se justifie, ce qui revient, en somme, à déterminer à partir de quand il devient fautif.

164. **Exclusion de l'excès.** La vigilance des juges est nécessaire pour préserver les intérêts d'autrui envers un agent égoïste au point de vouloir nuire à autrui pour assurer ses propres intérêts. l'excès pourra être un indice fort de l'abus. Ce n'est donc pas l'égoïsme qui est répréhensible en soi, c'est l'excès d'égoïsme[472]. L'excès est effectivement à l'origine du gaspillage. C'est pourquoi, les juges peuvent sanctionner le manque excessif de considération quant aux intérêts légitimes d'autrui[473]. Ici, il convient de noter les deux conditions requises, à savoir « l'excès » et la protection d'un « intérêt légitime d'autrui ». Cela peut prendre la

[466] H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, 2009, coll. faculté de droit et des sciences sociales, p. 312, n° 224.
[467] A. CATHELINEAU, art. préc.
[468] P.-Y. GAUTIER, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTD civ. 1995, p. 797, spéc. n° 67.
[469] A. RAND, *La vertu d'égoïsme*, Préf. A. LAURENT, trad. M. MEUNIER et A. LAURENT, éd. Les belles lettres, Bibl. classique de la liberté, 2008, p. 92.
[470] E. CLÉMENT, Ch. DEMONQUE, L.HANSEN-LOVE, P. KAHN, *op. cit.* v. « intérêt ».
[471] *Cf Supra* n° 153 et s.
[472] Cette idée est partagée par certains auteurs. V. not. G. VINEY (dir), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4ème éd. 2013, spéc. p. 499, n° 475.
[473] X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Préf. M. HANOTIAU, ULB, LGDJ, 1995, p. 23.

forme de l'abus d'un pouvoir, par exemple profiter du fait d'être en charge de certains intérêts pour faire prévaloir les siens, ou de l'abus d'un droit par son titulaire. Si une vigilance juridique semble nécessaire, il ne faut cependant pas que cette vigilance soit instrumentalisée et dévoyée puisque la reconnaissance juridique de l'altruiste et de l'égoïsme participe à la liberté d'agir et de s'abstenir.

2) Une légitimité juridique

165. **L'incitation légale à l'altruisme.** Les textes de loi incitent à l'altruisme. Ils protègent ainsi « ce comportement, teinté de dévotion, qui pousse à agir pour le bien d'autrui en suivant une démarche désintéressée »[474] en organisant la protection juridique de l'altruiste. L'altruisme peut en effet conduire à agir jusqu'à prendre en charge une situation qui ne concernait pas particulièrement l'altruiste, à la place et pour les intérêts de l'intéressé. Aussi est-il important que cet engagement envers autrui soit juridiquement protégé par la protection de la personne altruiste. Cette protection est notamment au cœur du régime juridique du cautionnement[475] et de celui de la gestion d'affaires.

166. **La gestion d'affaires.** La gestion d'affaires est « le fait pour une personne - le gérant - d'accomplir un ou plusieurs actes dans l'intérêt d'une autre personne - le géré ou maître de l'affaire - sans y avoir été invitée ». Le projet CATALA a réduit la définition au sein de l'expression « gestion sans titre de l'affaire d'autrui »[476]. Cette définition montre que l'action du gérant est spontanée[477] et qu'elle s'effectue au bénéfice d'autrui ce qui rejoint les critères de l'altruisme[478]. Le Droit a ainsi institué le quasi-contrat de la gestion d'affaires afin que le gérant puisse être protégé contre une éventuelle mauvaise foi du géré qui lui reprocherait son altruisme alors que cela s'est révélé objectivement avantageux pour lui. Cette

[474] C. BÉNOS, « L'altruisme dans le contrat de prêt à usage », D. 2013, p. 2358.
[475] *Cf Infra*. *Adde* R. MARTY, « Cautionnement et comportement du créancier », JCP E. n° 37, 13 sept. 2007, 2062 : « « l'altruisme innerverait le droit du cautionnement ».
[476] Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *op. cit.* p. 597, n° 575.
[477] E. LEVERBE, *op. cit*. p. 104, n° 71. La gestion d'affaires serait « le geste spontané par essence » ce qui rend compte de « l'absence de désir au de voir naître des effets juridiques suite à son action ».
[478] Ph. LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », *Encyclopédie Dalloz*, 1997, n° 10. « L'esprit de la gestion d'affaires est d'ordre moral : l'altruisme ». *Adde* R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, préf. P. KAYSER, LGDJ, Bibl dr. privé, n° 124, 1972. « l'exigence de l'intention de gérer, mobile altruiste » p. 45, n° 6 ; « l'altruisme se situe aux origines mêmes de la gestion d'affaires », p. 235, n° 191. *Adde* E. LEVERBE, *op. cit.* « intention altruiste de gérer » p. 140, n° 221.

protection donne lieu à des obligations à la charge du géré. Ainsi, ce dernier doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, indemniser celui-ci de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites[479]. Le gérant est ainsi protégé. En revanche, et même s'il ne gagne rien à l'affaire, il se voit lui aussi soumis à des obligations. Il doit en effet aller au terme de son action. L'article 1301-1 du Code civil fait de plus référence à des soins raisonnables[480]. À défaut, le maître de l'affaire pourra se retourner contre le gérant dans le but d'obtenir réparation. Enfin, il faut préciser que l'étendue des règles de la gestion d'affaires a connu un essor par une évolution jurisprudentielle ne restreignant plus ce régime juridique au seul véritable altruisme mais en l'étendant à des situations où le gérant a lui aussi un intérêt à l'affaire, donc lorsque cet intérêt est commun[481]. Le projet CATALA reprend cette idée en en tirant les conséquences, à savoir qu'alors « la charge des engagements des dépenses et des pertes se répartit à proportion des intérêts de chacun »[482]. L'altruisme est donc un motif légitime mais non exempt de possibles dérives.

167. **Conséquence quant à la recherche d'une solution à l'imprévisibilité de l'abstention.** Il convient ainsi de toujours s'interroger sur la réalité de l'altruisme d'une abstention[483]. Par ailleurs, l'acception d'un motif altruiste ne signifie pas pour autant que celui-ci empêche la responsabilité de l'intéressé en général, et de l'agent en particulier, d'être engagée[484]. Bien que légitime, le motif altruiste n'est pas, de droit, une cause exonératoire de responsabilité. Le juge est alors « l'interprète privilégié »[485] des intérêts à défendre. En conclusion, il convient d'envisager pour l'agent un comportement protecteur des intérêts d'autrui uniquement lorsque cela ne cause pas de préjudice au titulaire de la prérogative

[479] Art. 1375 C. civ. ancien et art. 1301-2 C. civ. nouv.
[480] Cela était déjà le cas dans l'art 1374 C. civ. ancien.
[481] Cass. 1ère civ. 12 juill. 2012, JCP G. 2012, p. 362, note Ph. CASSON ; D. 2012, p. 1592, note A. GOUËXEL ; RTD civ. 2012, p. 115, obs. B. FAGES.
[482] Art. 1329 al. 2.
[483] Émettre un doute lorsque les circonstances l'exigent est une sécurité. C'est pourquoi, par exemple, Clotaire MOULOUNGUI s'interroge sur la réalité de l'altruisme du financier subrogé dans sa thèse. C. MOULOUNGUI, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 251, 1995, Préf. F. GRUA, spéc. p. 47, n° 45.
[484] *Cf Supra* obligations du gérant d'affaire.
[485] Ph. GÉRARD, « Intérêts et justification des normes pratiques. À propos du raisonnement moral selon R.M. Hare », *in Droit et intérêt*, Vol. 1 : *approche interdisciplinaire*, facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 299.

puisqu'« il n'est pas admissible que le créancier soit tenu d'agir contrairement à ces derniers »[486]. Au contraire, il est compréhensible qu'il pense à ses propres intérêts comme le prouve la légitimité des motifs égoïstes du titulaire de la prérogative qui s'abstient.

168. **L'égoïsme inhérent à tout droit.** Un droit est accordé, à l'origine, pour satisfaire ses intérêts propres. Lorsqu'un droit comprend cette finalité, il est « à esprit égoïste » pour reprendre l'expression de JOSSERAND[487]. Ainsi, le titulaire d'une prérogative qui tend à satisfaire son intérêt propre est fondé à être égoïste. D'ailleurs, l'égoïsme n'atteint pas autrui de manière automatique. Pour preuve, le terme « égoïsme » n'apparaît pas dans l'index du Code civil. Cela est sans doute dû au fait qu'il ne considère pas ce type d'attitude comme étant juridiquement répréhensible en tant que tel. Un auteur, Monsieur LAISNEY, le confirme en affirmant que l'égoïsme n'est pas par lui-même une fraude[488]. Il met en effet en relief la différence existante entre la notion de fraude et « la simple poursuite de son propre intérêt ». Pour cela, il s'appuie sur la jurisprudence et notamment une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 mars 2012. Celle-ci avait relevé que la Cour d'appel ne pouvait pas considérer la simple priorité donnée par un créancier à ses propres intérêts comme une fraude au sens de l'article L. 650-1 du Code de commerce. En l'espèce, aucun procédé frauduleux ni aucune mise en œuvre de montages impliquant un tiers interposé, susceptible de témoigner d'une volonté de la banque de poursuivre non pas la pérennisation de l'entreprise en difficultés mais seulement son désengagement et la sécurisation de son risque de prêteur n'a été prouvé[489]. Ainsi, pour que l'égoïsme soit qualifié de fraude et sanctionné, il aurait fallu que son caractère excessif soit avéré. Ce n'est pas le cas ici. Le créancier n'est pas complètement indifférent à la pérennisation de l'entreprise débitrice et uniquement centré sur la « sécurisation de ses intérêts propres ».

---

[486] D. HOUTCIEFF, « Vers l'obligation du créancier d'exercer une faculté conformément aux intérêts de la caution », D. 2007, p. 1572.
[487] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1927, p. 388, n° 305 et spéc. p. 391, n° 308.
[488] L.-J. LAISNEY, « Chronique du soutien abusif », Info finance Express, n° 10, nov. 2012, p. 6.
[489] Cass. com. 27 mars 2012, n° 11-13536 ; Rev. proc. coll. 2012, p. 74, note A. MARTIN-SERF ; Gaz. Pal. 2012, p. 216, note R. ROUTIER ; JCP G. 2012, p. 1052, note Fr. BOUCARD ; RD banc. et fin. 2012, p. 53, note A. CERLES.

169. **L'égoïsme comme vecteur d'efficacité.** Dès lors, s'il est admis par une partie de la Doctrine que le titulaire de la prérogative « ne peut plus se borner à agir dans son strict intérêt personnel», il est parallèlement reconnu que « la systématicité d'une telle obligation (…) peut également effrayer ». L'hypothèse du créancier cautionné est d'ailleurs évocatrice. Ainsi, « il serait inéquitable que le créancier soit systématiquement tenu de satisfaire les intérêts de la caution, au besoin contre le cours naturel des choses et à son propre détriment ».

L'équilibre entre la protection de la caution en tant que garant tiers au contrat principal et la protection de la finalité du cautionnement pour le créancier est recherché depuis toujours. En la matière, un auteur a relevé l'intérêt de savoir être égoïste notamment parce que, parfois, ne pas se préoccuper de ses intérêts par peur de froisser un autre n'aide finalement personne et nuit à la situation de départ. Tel est le cas en matière de sûretés. Le créancier a normalement le choix des moyens parmi ceux qu'il est autorisé à employer pour recouvrer sa créance. Malgré tout, le créancier cautionné se voit obligé par l'article 2314 du Code civil de conserver les autres droits préférentiels qu'il se serait fait consentir afin de favoriser la bonne fin du recours subrogatoire de la caution. Pourtant, cela n'est pas toujours dans son intérêt d'autant plus lorsqu'il dispose d'une caution solvable. La conservation de certaines sûretés est susceptible d'engendrer des frais à sa charge comme le renouvellement de l'inscription d'une hypothèque. Si se reposer égoïstement sur la caution est sanctionné, le fait que le créancier abandonne une sûreté va parfois aussi profiter à la caution. C'est pourquoi, être égoïste quant à un de ses intérêts sert parfois dans le même temps celui d'autrui. Le bénéfice qu'en retire alors autrui justifie *a posteriori* l'égoïsme du titulaire de la prérogative. « S'il s'avère par exemple que le bien gagé n'a aucune valeur, qu'il est coûteux à stocker, ou encore qu'il est difficile à revendre, et que le créancier bénéficiaire ne tire donc aucun avantage à ce qu'il le reçoive à titre de paiement à la place d'une somme d'argent, alors la subrogation n'aura apporté aucun avantage à la caution »[490]. Par la subrogation, les intérêts du créancier se retrouvent chez la caution. Cette dernière aura en effet la qualité de créancier du débiteur principal et aura tout aussi à cœur que le créancier principal de limiter les frais. L'égoïsme est ainsi parfois vecteur d'efficacité et découle même de la logique. Des intérêts *a priori* divergents *ab*

[490] X. DELPECH, « L'excès de sûretés tue les sûretés », D. 2005, p. 1773.

initio convergent à un moment. Ce phénomène explique, quant à l'exemple choisi, que la déchéance prévue par l'article 2314 du Code civil ne s'applique pas lorsque la caution n'aurait retiré aucun bénéfice du droit préférentiel même si celui-ci n'avait pas été perdu. L'égoïsme peut donc parfois être le résultat du bon sens voire d'une gestion raisonnable. L'abstention sert l'égoïsme. Les huissiers encouragent même parfois leurs clients à l'abstention, eu égard notamment à la somme modique due. L'abstention a donc aussi un rôle pratique.

170. **L'abstention, outil d'une bonne gestion.** D'autres exemples viennent renforcer cette idée. Le titulaire de la prérogative doit parfois prendre en compte certaines considérations qui ne dépendent pas toujours de lui et l'amènent à choisir de s'abstenir. Parfois, gérer revient à faire face à différentes pressions. Il n'est pas cohérent de reprocher à quelqu'un, qu'il agisse dans sa qualité de titulaire de prérogative ou non, de se conduire en bon gestionnaire comme évoqué ci-dessus. Il est vrai que de manière générale « le créancier d'une obligation non exécutée peut avoir un intérêt à « tourner rapidement la page » et à retrouver sa liberté contractuelle, afin de pouvoir, par exemple, entamer de nouvelles négociations avec d'autres partenaires »[491]. Mieux, « être libéré de son côté de son obligation de fidélité lorsque la poursuite des négociations en cours n'est plus possible peut s'avérer indispensable et urgent pour le créancier »[492]. Dans cette perspective, il n'apparaît pas opportun de dénigrer l'égoïsme jusqu'à interdire purement et simplement les motifs ayant ce caractère. Il convient au contraire de respecter le choix de l'agent. Après tout, il a été dit que « puisque le créancier est jugé meilleur défenseur de ses intérêts, il lui appartient de savoir juger la pertinence de sa propre conduite »[493]. Ceci peut être étendu à tout titulaire de prérogative. Il serait en effet incohérent de sanctionner toute décision un tant soit peu égoïste juste parce que défendre ses propres intérêts est mal vu par certains et si telle n'avait pas été sa décision, de reprocher à cette même personne de ne pas avoir assez fait attention à ses intérêts.

[491] N. CARDOSOT-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats,* Préf. E. LOQUIN, L'Harmattan, 2008, p. 470.
[492] *Ibidem*.
[493] L. GAUDIN, *op. cit.* p. 14.

171. **Abstention contrainte par les inconvénients de l'action.** L'action peut se retourner contre le titulaire de la prérogative. L'égoïsme, ici par l'intermédiaire d'une abstention, est ainsi une liberté d'autant plus nécessaire que cela reste alors le seul choix du titulaire de la prérogative. Le Droit contraint donc parfois les titulaires de prérogatives à s'abstenir. Pour preuve, la Cour de cassation a récemment jugé que « l'obligation de consacrer du temps et de l'énergie au traitement de procédures contentieuses au détriment de ses autres tâches de gestion et de développement de l'activité de la société cause un préjudice à cette dernière.»[494]. Par conséquent, les tâches du dirigeant social sont hiérarchisées. Il est contraint à l'abstention lorsque le temps ne lui permet pas, en plus de gérer l'entreprise, de poursuivre des activités contentieuses. Le Droit ne peut donc pas, dans le même temps, s'opposer à la solution restante, même empreinte d'égoïsme. Le Droit doit, à l'inverse, se saisir de la force de cette donnée humaine, ce qu'il fait aujourd'hui dans différents domaines. Par exemple, dans un contrat de franchise, si le franchiseur a l'obligation de transmettre certaines informations au franchisé, il conserve la faculté d'informer ou non ce dernier quant aux perspectives d'évolution et de réussite du projet objet du contrat de franchise. Néanmoins, le franchiseur prend un véritable risque à se prononcer puisqu'en cas de litige, il pourra se voir opposer ses dires sur le futur. Les juges retiennent en effet cela contre lui, par exemple lorsqu'il transmet des prévisionnels, des études de marchés[495] et que finalement la réalité soit tout autre. Il est, par contre, vrai que le franchiseur ne prend qu'un risque[496], sans s'exposer à plus, puisque s'il démontre que cette différence s'explique par des facteurs qui ne pouvaient pas être pris en compte dans l'étude de marché, effectuée de surcroît par quelqu'un d'extérieur non soumis à une obligation de résultat, il ne se verra pas reproché l'information donnée[497].

Ainsi, à trop dénigrer l'égoïsme, le résultat n'est pas toujours réjouissant. Madame POMART-NOMDEDEO le souligne d'ailleurs concernant les droits potestatifs en affirmant qu'« à trop chercher à [les] encadrer pour ne pas qu'ils

[494] Cass. com. 12 avril 2016, n° 14-29483, JurisData n° 2016-00779, Contrats conc. consom. n° 6, juin 2016, comm. 152, comm. G. DECOCQ, « Time is money ».
[495] CA Paris, 4 déc. 2003, JurisData n° 2003-233437.
[496] R. LOIR, « L'information du franchisé sur le futur », D. 2012, p. 1425.
[497] Cass. com. 1er oct. 2013, n° 12-23337, JurisData n° 2013-021425, Rev. sociétés, 2013, p. 683, note S. PRÉVOST ; RTD civ. 2014, p. 109, note H. BARBIER.

effraient », leur spécificité est en train d'être perdue[498]. En conséquence, il semble important de conserver la liberté de sauvegarder ses propres intérêts, même lorsque cela signifie faire passer ses intérêts avant ceux des autres, toute proportion gardée. Si un certain égoïsme ressort des motifs décrits, ce n'est ainsi pas l'expression d'une faute bien au contraire. Mieux, l'égoïsme du titulaire de la prérogative peut être favorable à autrui. Il peut donc en être aussi ainsi de l'abstention égoïste, comme l'a jugé la Cour d'appel de Paris[499]. En l'espèce, l'abstention du créancier était favorable au débiteur. L'arrêt est clair sur ce point en n'approuvant pas l'argument selon lequel le créancier « préservait ses propres intérêts et non ceux de la débitrice ».

172. **Conclusion.** La liberté de pouvoir s'abstenir est d'autant plus nécessaire qu'elle est source d'efficacité. La vigilance juridique doit donc seulement porter sur la protection contre les excès.

La justification de l'abstention par les motifs de l'agent a pu s'opérer bien que ces derniers puissent aussi bien être altruistes qu'égoïstes. Est-ce à dire que tous les motifs permettent d'attester de la légitimité de l'abstention ? Cependant, la question ne devrait pas se poser en ces termes. Au contraire, l'abstention devrait être légitimée par le seul fait qu'elle soit l'absence d'exercice d'une prérogative. Néanmoins, parce qu'elle intègre une dimension intentionnelle, l'explication des motifs de l'abstention, c'est-à-dire pourquoi le titulaire de la prérogative nourrit cette intention, est éclairant et participe donc à la justification de cette modalité d'exercice atypique d'une prérogative.

Cette légitimité est certes subjective mais elle est renforcée par une légitimité plus objective. Mieux, l'intention égoïste joue un rôle certain en Droit. Le point de vue de l'agent est alors consolidé par l'origine juridique de son motif. Sa décision de s'abstenir peut en effet être renforcée par l'influence du Droit qui participe ainsi à la démonstration du caractère légitime de l'abstention. Le Droit joue, en effet, un rôle en la matière, rôle qui se déduit de certains de ses éléments.

[498] C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », RTD civ. 2010, p. 209.
[499] CA PARIS, 8ème ch. sect. B, 13 nov. 2008, n° 07/17470.

Section II/ Une légitimité tirée de l'existence de techniques juridiques

173. **Dichotomie.** Ainsi, affirmer que la légitimité de l'abstention se retrouve au travers de techniques juridiques revient à démontrer que ces dernières préservent l'abstention, que leur finalité première soit ou non celle-ci. En effet, ce n'est pas parce qu'une règle n'a pas été introduite en particulier pour l'abstention, qu'elle n'a pas le pouvoir de protéger cette dernière, même indirectement. Pour preuve, il peut être présenté différents mécanismes aboutissant à ce résultat. Leur légitimité n'étant pas remise en cause, et ne devant pas l'être dans l'unique dessein d'interdire l'abstention, celle-ci bénéficie donc par ricochet de leur légitimité. Ainsi, pour présenter ces techniques juridiques et démontrer qu'elles légitiment l'abstention, il est pertinent de distinguer celles qui ont pour objet une abstention (§1) et celles qui ont pour finalité de protéger l'abstention (§2).

§1) Les techniques ayant pour objet une abstention

174. **Dichotomie.** La juridicité d'une abstention peut en effet se trouver dans des techniques juridiques qui ont justement pour objet d'organiser une abstention. Elles sont de deux ordres. D'une part, des droits légalement consacrés (A) engendrant une abstention sont accordés à certains titulaires de prérogatives. D'autre part, d'autres techniques (B), de natures variées, conduisent la personne ayant recours à celles-ci à devenir l'auteur d'une abstention.

A. Des droits légalement consacrés

175. **Légitimité de l'abstention inhérente à la définition d'un droit.** Un droit est par essence la reconnaissance juridique d'un intérêt. Un droit subjectif est d'ailleurs « une prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt, ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui »[500]. Par conséquent, les droits, portant en eux même l'intérêt du titulaire de s'abstenir, légitiment la

[500] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « droit ».

recherche de la protection et de la réalisation de ses propres intérêts[501]. Ainsi, la liberté de s'abstenir peut se déduire du droit d'agir en justice (1), droit issu du principe de la liberté de la procédure civile, et d'un droit légitimant l'effet de pression sur autrui, le droit de rétention (2).

1) Le droit d'agir en justice

176. **Définition.** Le droit d'agir en justice est un droit potestatif découlant de la reconnaissance d'une action à une personne. L'action est ainsi « le droit d'agir en justice pour l'auteur d'une prétention d'être entendu et jugé sur le fond de celle-ci.»[502]. Il convient de souligner que l'action ne se confond pas avec le droit substantiel à l'origine de l'action[503]. Au contraire, l'action est « un droit spécifique »[504].

177. **La liberté d'agir ou de ne pas agir.** Le titulaire du droit d'agir a ainsi la liberté d'agir ou non en justice. Le droit d'action renvoie en effet à « la liberté d'agir ou de ne pas agir » et à « la liberté (…) de choisir son terrain juridique »[505]. L'abstention d'intenter une action en justice renvoie donc simplement au fait que celui qui aurait un besoin de recourir au juge, pour faire respecter ses prérogatives vis-à-vis de celui qui les nie, préfère ne pas mettre en action la puissance publique sur cette affaire pour l'instant. En effet, l'action en justice a un caractère facultatif[506]. La personne est libre de disposer ou non de son droit d'action[507]. Cela

[501] A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », *in Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. I, 1961, p. 261, spéc. p. 244.
[502] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « action » *adde* art. 30 CPC.
[503] À l'inverse, les auteurs classiques, tels DEMOLOMBE et GARSONNET, ne distinguaient pas le droit de l'action.
[504] N. FRICERO, *Procédure civile*, Gualino, lextenso, 7ème éd. Mémentos LMD, 2011. *Adde* G. WIEDERKEHR, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », *in Mélanges offerts à Pierre HÉBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949.
[505] Avis de M. LEMESLE, arrêt 4 fév. 2011, n° 588, www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/mesle_premier_18856.html.
[506] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, Précis, 33ème éd. 2016, p. 119, n° 144. *Adde* Y. DESDEVISES, « Action en justice », J.-Cl. fasc. 125, 7 juill. 2011 mis à j. janv. 2014, spéc. n° 56.
[507] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, Précis, 33ème éd. 2016, p. 146, n° 182. « Si l'action est une faculté d'agir, elle est aussi une faculté de ne pas agir. ».

permet et favorise donc la pacification des relations et la résolution des conflits à l'amiable.

S'abstenir d'agir en justice ne signifie pas, pour autant, s'autoriser à se faire justice soi-même. Cela confère surtout au titulaire de la prérogative la liberté de prendre la décision d'intenter une action lorsqu'il le souhaite au sein du délai imparti. Cela présuppose la légitimité de l'abstention. En effet, le titulaire de l'action va alors s'abstenir de l'intenter à partir du moment où il serait pourtant en droit de l'exercer et reportera à plus tard son action dans le délai, jusqu'à ce que le *timing* pour les intérêts qu'il souhaite préserver lui semble opportun. Il peut aussi bien être question de ses intérêts à lui que des intérêts du destinataire de l'abstention[508].

178. **Liberté de choisir quand décider.** Par conséquent, démontrer que certains droits légitiment la liberté du titulaire de la prérogative de choisir l'abstention permet également d'affirmer que la protection de l'abstention participe à la conservation du pouvoir de choisir. C'est la marque absolue de la liberté de décider en connaissance de cause parmi les possibilités offertes et leurs conséquences. Mieux, cela reflète la liberté de choisir quand décider, ce qui constitue en soi un véritable moyen de pression sur le destinataire de l'abstention. Cela est d'ailleurs organisé par le Droit au travers du droit de rétention.

2) Le droit de rétention

179. **Une abstention organisée par le Droit.** La justification de l'abstention par des droits qui ont vocation à créer une pression sur autrui est d'autant plus intéressante que l'abstention est, ici, véritablement organisée par le Droit dans ce but. Ainsi, l'exercice d'une pression sur autrui est légitimé de même que la technique pour y parvenir, à savoir l'abstention. Le droit de rétention et l'exception d'inexécution[509] sont par excellence deux outils rendant compte de ce rôle particulier de l'abstention sur autrui.

[508] Il convient dans ce dernier cas de mettre en relief que l'expression « destinataire de l'abstention » est ici à comprendre littéralement. L'abstention est « pour » autrui.
[509] *Cf Infra* n° 186.

180. **Définition.** La reconnaissance du droit de rétention légitime le principe même de l'abstention à savoir la rétention[510]. Il a été dit ci-dessus qu'une rétention désigne le fait de conserver, de garder pour soi, un bien, un droit et que la rétention de la prérogative s'effectue par la rétention d'une action, d'un « pouvoir faire quelque chose ». De manière plus spécifique, le droit de rétention est le « droit reconnu à un créancier de retenir entre ses mains l'objet qu'il doit restituer à son débiteur, tant que celui-ci ne l'a pas lui-même payé »[511]. L'article 2286 du Code civil dispose en effet que celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance, celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer, celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ou celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose. Dès lors, le droit de rétention requiert certaines conditions dont un lien de connexité entre la créance et l'objet de la rétention. C'est un moyen de pression efficace mais qui ne confère pas pour autant un droit de préférence à son titulaire.

181. **Légitimité étendue à toute rétention de prérogative.** En outre, si le droit de rétention légitime la rétention d'un objet, il tend aussi à justifier le fait de retenir un droit. La rétention ne concerne pas que les choses matériellement appréhendables par le toucher. En effet, le droit de rétention peut dorénavant s'opérer par une fiction juridique et être ainsi fictif dans le sens où le bien, ou le droit, est retenu même si ce n'est pas matériellement possible. Le but est de pouvoir faire peser le droit de rétention sur les biens incorporels.

Aussi, l'action de rétention, indépendamment du droit de rétention en tant que garantie, peut-elle s'effectuer sur un droit, une faculté, un pouvoir, voire une formalité, en somme sur toute prérogative. Par exemple, l'abstention de signifier, dans un délai de huit jours à compter de leur date, une copie des actes attestant les diligences requises par l'article R. 511-7 du Code des procédures civiles d'exécution lorsque la mesure conservatoire est pratiquée entre les mains d'un tiers, est une rétention de formalité. La rétention d'une prérogative peut, tout comme le droit de rétention, servir à faire peser une pression sur autrui.

---

[510] *Cf Supra* n° 24.

[511] G. CORNU (dir), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd., 2014, v. « rétention ».

182. **Exemple.** À titre d'illustration, il est permis de se référer à l'abstention du créancier d'intenter une procédure pour se procurer un titre exécutoire. L'article R. 511-7 du Code des procédures civiles d'exécution précise que le créancier, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure conservatoire doit introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire s'il ne veut pas voir la mesure exécutoire caduque.

D'un côté, le titulaire du droit de créance a donc la faculté de prendre une mesure conservatoire pour s'assurer du bon déroulement du recouvrement de son droit et ainsi mettre le débiteur devant ses responsabilités lorsqu'il a un titre exécutoire, mais rien ne l'oblige à exercer cette faculté. *A contrario,* il peut effectuer la rétention de sa faculté. Cela dit, le titre exécutoire constitue une menace pour le destinataire de l'abstention.

D'un autre côté, la faculté d'obtenir une mesure conservatoire est offerte au créancier même s'il ne bénéficie pas encore du titre exécutoire. En revanche, il est exposé au risque de subir une mainlevée de la mesure conservatoire s'il n'effectue pas les démarches prescrites par la loi. Malgré tout, il est libre de s'abstenir, donc de retenir l'action positive des formalités de procédure et d'en assumer les conséquences. Il peut ainsi en être déduit que lorsque le titulaire d'un droit s'abstient, il retient son droit et l'empêche de vivre, que ce soit pleinement par l'exercice de son droit ou en l'éteignant par la renonciation. L'agent le garde pour lui, et le conserve en tant que tel.

183. **Action positive en puissance.** L'abstention reflète alors plus précisément une possibilité d'action positive en puissance. Par exemple, le titulaire d'une antériorité, en matière de propriété industrielle, peut ne pas exercer son pouvoir de contestation. L'hypothèse visée est ainsi celle où le titulaire de l'antériorité connaissait l'existence d'une marque portant atteinte à ses droits mais ne fait pas valoir son intérêt propre. Il retient donc son droit. Il pourrait agir mais préfère ne pas le faire dans l'immédiat.

184. **Distinction de l'abstention et du droit de rétention.** Néanmoins, si l'existence du droit de rétention dans notre Droit légitime l'abstention et semble s'en approcher, le droit de rétention *stricto sensu* n'est pas toujours une abstention.

La différence majeure réside en effet dans le fait que le droit de rétention est en principe connu des tiers grâce à la tradition notoire de la chose ou de la publicité du gage sans dépossession par exemple. Quant au débiteur, le droit de rétention confère au créancier le droit de refuser la restitution de ce sur quoi porte le droit de rétention, or il a déjà été précisé que l'abstention se différenciait du refus en ce qu'elle n'est pas clairement exprimée contrairement au refus[512]. Il n'en demeure pas moins que le rétenteur peut s'abstenir de restituer la chose, sans pour autant se trouver en situation d'opposer un refus parce qu'il sait que son dessaisissement volontaire emporte extinction de son droit[513]. Dans ce dernier cas, le rétenteur est auteur d'une abstention. D'autres techniques juridiques, bien que n'étant pas qualifiés de droits, ont pour objet une abstention et ainsi participent, par leur existence, à la démonstration de la légitimation de cette dernière.

B. Autres techniques juridiques

185. **Techniques étudiées.** Ces techniques, qui seront présentées tour à tour sont l'exception d'inexécution (1), le délai de réflexion (2) et la clause *waiver* (3).

1) L'exception d'inexécution

186. **Définition.** L'exception d'inexécution, tout d'abord, est un outil permettant, comme le droit de rétention[514], d'exercer une pression sur le débiteur. Elle se conçoit dans les contrats synallagmatiques grâce à la réciprocité des obligations entre les parties. Le principe de l'exception d'inexécution est que si l'un des contractants n'exécute pas son obligation, « l'autre est en droit de s'en prévaloir pour différer l'accomplissement de sa prestation »[515]. Ainsi, l'ordonnance du 10 février 2016 prévoit que le contractant peut opposer l'exception d'inexécution dans deux cas. Tout d'abord, l'article 1219 de l'ordonnance reprend la possibilité pour une partie de refuser d'exécuter son obligation si son partenaire contractuel ne remplit pas la sienne. Ensuite, l'article 1220 consacre l'exception d'inexécution par anticipation. Il dispose, en effet, qu'une partie « peut suspendre l'exécution de

[512] Par conséquent, cette distinction vaut également entre l'abstention et le refus d'exécution face à un débiteur défaillant c'est-à-dire l'exception d'inexécution. *Cf Infra*.
[513] Art. 2286 C. civ.
[514] *Cf Supra* n° 179 et s.
[515] Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Lexisnexis, manuel, 12ème éd. 2012, p. 327, n° 426 et s.

son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas (…) ». Cela permet donc, à bon droit, au créancier de retenir ses efforts d'exécution dans le temps, pour n'agir que lorsque son cocontractant s'exécutera ou qu'il sera avéré que ce dernier ne remplira jamais son obligation. Deux conditions étaient exigées sous l'empire de l'ancienne législation. L'inexécution devait être grave et celui qui se prévalait de l'exception d'inexécution devait être de bonne foi. Même si cette dernière est présumée, les auteurs faisaient valoir qu'un indice de sa bonne foi pouvait résider dans le soin d'avoir procédé à une mise en demeure. Le nouveau texte entérine cette solution et encadre l'exception d'inexécution par anticipation en exigeant que les conséquences de l'inexécution soient « suffisamment graves » et que la suspension soit « notifiée dans les meilleurs délais ». Le Code civil prévoit ainsi cette stratégie défensive du « donnant-donnant »[516] en matière de contrat de vente à l'article 1612 pour le vendeur et à l'article 1653 pour l'acheteur, en matière d'échange[517] ou de dépôt[518]. La loi autorise donc que le titulaire d'un droit de créance utilise sa qualité de débiteur de l'obligation réciproque à cette créance, pour tenter d'obtenir satisfaction alors même que dans une telle situation il devrait être tenu de s'exécuter.

187. **Légitimité de différer son choix définitif.** Dès lors, en application de l'adage « qui peut le plus, peut le moins », il semble logique que, si le titulaire d'un droit de créance, également débiteur, peut retenir son obligation d'exécution, il soit également en droit de retenir sa prérogative, facultative par essence. L'existence et la légitimité de l'exception d'inexécution, notamment, apporte donc la preuve de la légitimité de l'abstention qui vise à retenir sa prérogative pour différer ses effets dans le temps. Le Droit permet donc de choisir le moment approprié pour révéler le résultat de son choix définitif concernant l'exercice de sa prérogative. L'abstention participe finalement au choix en ce qu'elle est soit un moyen de pression sur autrui soit la phase de délibération pour faire évoluer la situation. C'est d'ailleurs l'essence du délai de réflexion.

[516] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, lextenso, Defrénois, Droit civil, 8ème éd. 2016, p. 493, n° 873.
[517] Art. 1704 C. civ.
[518] Art. 1948 C. civ.

2) Le délai de réflexion

188. **Principe.** Le délai de réflexion a effectivement pour but d'éviter à celui qui dispose de la prérogative d'être contraint d'accepter ou de refuser immédiatement les avantages attachés à la prérogative. L'héritier dispose ainsi d'un délai de réflexion afin d'exercer son choix en toute sécurité. Monsieur VALORY soulignait à plus forte raison l'importance du délai de réflexion qui permet à son bénéficiaire « d'étudier l'opération projetée, d'entreprendre les démarches nécessaires pour réunir des autorisations ou des capitaux lui faisant défaut au départ »[519]. Pour ne pas être inutile, ce délai doit donc être protégé.

189. **Le délai de réflexion de l'héritier.** Ainsi, l'article 784 du Code civil préserve le délai de réflexion de l'héritier - qui se traduit par l'abstention de ce dernier d'opter - en évitant qu'un acte, qui démontrerait un intérêt de l'héritier à la succession, ne puisse être interprété en une acceptation tacite. Cela s'applique au cas de l'héritier accomplissant un acte conservatoire pour éviter que le passif de la succession augmente. Ainsi, les biens peuvent être gérés sans que cette gestion soit assimilable à une acceptation[520]. De fait, l'héritier reste libre de choisir l'option qui lui convient le mieux. Certes, la situation reste équivoque aux yeux d'autrui, mais c'est justement cette équivocité qui est garante de la liberté du titulaire du choix. Le Droit légitime donc l'abstention en prévoyant un mécanisme protégeant la contradiction apparente entre l'abstention du titulaire de la prérogative, l'option successorale en l'occurrence, et un acte purement conservatoire, de surveillance ou un acte d'administration provisoire. En effet, si l'abstention était rejetée et ne trouvait pas de justification au regard du législateur, ce dernier n'aurait pas mis en place un mécanisme de prévention aux mauvaises interprétations d'autrui qui ne se trouve alors pas fondé à faire valoir une attente légitime à l'acceptation de l'agent. De plus, l'abstention est justifiée par la possibilité pour un contractant d'insérer une clause de *waiver* dans le contrat et ainsi se prémunir.

[519] S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, avant-propos I. NAJJAR, préf. J. MESTRE, PUAM, 1999, p. 200, n° 333.
[520] *Cf Supra* n° 63.

3) La clause *waiver* ou de non-renonciation

190. **Origine.** La clause *waiver*, ou clause de renonciation à condition, apparaît souvent dans les contrats d'origine nord-américaine. À l'origine, le « *waiver* » désigne l'abandon d'un droit qui n'a pas forcément été désiré par son titulaire mais qui résulte d'une décision judiciaire. La clause *waiver* est au contraire une clause d'absence de renonciation à un droit profitant à l'une ou l'autre des parties au contrat.

191. **Fonction.** Cette clause de non-renonciation vise notamment à éviter que la passivité du créancier soit interprétée en une renonciation[521]. Les parties se protègent ainsi l'une de l'autre mais elles se préservent aussi du juge en limitant son interprétation. La clause de non-renonciation appartient en effet aux clauses d'interprétation. Celles-ci agissent sur les sources d'ambiguïté. Il en existe plusieurs déclinaisons. En ce qui concerne la légitimation de l'abstention, il convient de se tourner vers celles « stipulées pour les besoins de l'interprétation du comportement des parties »[522].

192. **Application.** En pratique, la clause *waiver* peut stipuler que le fait pour la partie créancière de ne pas exiger de l'autre partie qu'elle exécute librement toute disposition prévue au contrat ou qu'elle en tolère l'inexécution ou le retard d'exécution ne constitue pas une renonciation, un abandon ou un renoncement de sa part à l'exigence de cette exécution. En fait, en Droit anglo-saxon, la *consideration* est très importante. Ainsi, si le créancier renonce à l'un de ses droits contractuels, par exemple s'il n'exige pas l'exécution d'une prestation du débiteur prévue au contrat, en principe la renonciation ne le lie pas pour toujours parce qu'elle n'a pas de contrepartie (*consideration)* et qu'elle est gratuite. Ainsi, le droit auquel le créancier a renoncé ponctuellement ou qu'il a négligé de faire valoir demeure en vigueur. Le créancier peut donc l'invoquer plus tard, dès qu'il le souhaite. Il faut noter, qu'en France, de telles clauses sont parfois nommées clause de tolérances[523]. Par exemple, il a pu être lu, dans un contrat de bail, la stipulation

[521] M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, Institut de droit des affaires, Préf. J. MESTRE, t. 2, 2006, p. 681.
[522] J. MESTRE et Chr. RODA (dir.), *op. cit.* p. 539, n° 954.
[523] *Cf Infra*.

suivante, « TOLÉRANCES. Il est formellement convenu entre les parties que toutes les tolérances de la part du Bailleur relatives aux clauses et conditions du présent bail, quelles qu'en aient pu être la fréquence et la durée, ne pourront jamais, et dans aucune circonstance, être considérées comme entraînant une modification ou suppression de ces clauses et conditions, ni comme engendrant un droit quelconque pouvant être revendiqué par le Preneur. Le Bailleur pourra toujours y mettre fin par tous moyens ». La pratique utilise donc bien ces clauses, afin de protéger le titulaire de la prérogative de son abstention en évitant qu'autrui ne puisse se prévaloir d'une croyance légitime et en permettant à l'agent de conserver sa prérogative en puissance, et *a fortiori* sa liberté d'action.

193. **« Ce qui est différé n'est pas perdu ».** En revanche, l'« *equity* » ne permet pas que l'on invoque son droit abusivement. Il serait abusif, inéquitable donc « *unfair* » d'invoquer de manière inattendue, voire à contre temps, un droit auquel on a librement renoncé et que le débiteur a légitimement pu considérer comme disparu. C'est pourquoi la clause *waiver* est intéressante en ce qu'elle empêche le débiteur non poursuivi malgré son inexécution d'interpréter l'absence d'action du créancier en renonciation. Il est prévenu.

Dès lors, l'abstention étant l'absence d'action dans la poursuite de la satisfaction de sa prérogative caractérisée par son équivocité, la clause de renonciation à condition s'applique parfaitement à couvrir le comportement de l'agent et à sécuriser la situation contre une interprétation intempestive et à contre-sens de la volonté du titulaire de la prérogative. Pour autant, elle n'éradique pas l'abstention en la privant de son aspect occulte, puisque, si effectivement le destinataire de l'abstention ne peut pas interpréter la passivité en une renonciation, cette dernière, reste possible, et peut *a fortiori* être espérée par celui-ci. L'acception d'une telle clause en Droit français démontre que ne pas agir pour obtenir les avantages liés à sa prérogative tout de suite et se réserver le droit d'exercer sa prérogative plus tard est possible[524]. D'ailleurs, cette potentialité se justifie par l'application de l'adage « Ce qui est différé n'est pas perdu ». Mieux, le titulaire de la prérogative peut l'organiser contractuellement avec la clause de non renonciation et les clauses d'intégralité.

[524] V. sur la validité et le triple intérêt de ces clauses H. SKRYPNIAK, « La clause de tolérance », D. 2016, p. 218.

194. **Clauses d'intégralité.** Ces dernières poursuivent une finalité similaire, éviter une intrusion trop importante du juge et plus particulièrement éviter sa tendance à opposer aux parties les éléments implicites, d'après lui, de leur propre contrat. Les clauses d'intégralité proviennent du droit anglo-saxon où elles sont désignées sous les noms de clauses « *four corners of the contract*» ou « *entire agreement clauses* », voire « *merger clauses* ». Monsieur ZARROUK explique leur mécanisme en ces mots « Elles constituent un cas de résistance des parties à l'adjonction de l'implicite à leur accord. Le juge doit, avant d'ajouter au contrat ce qui lui manque, surmonter les obstacles constitués par ces clauses »[525]. Ces clauses ont servi d'impulsion à diverses clauses protégeant plus globalement le pouvoir de s'abstenir.

§2) Les techniques juridiques ayant pour finalité la protection de l'abstention

195. **Dichotomie.** La protection de l'abstention s'organise ainsi par la complémentarité des techniques protégeant la liberté de choisir l'abstention (A) et celles préservant l'agent (B).

A. Les techniques protégeant la liberté de choisir l'abstention

196. **Techniques étudiées.** La préservation de la liberté de s'abstenir s'effectue par le Droit par la consécration des droits potestatifs (1) et l'admission de clauses protégeant l'abstention d'un contractant (2).

1) Les droits potestatifs

197. **Définition.** La liberté de s'abstenir est ainsi inhérente aux droits potestatifs. Leur recensement et leur classification ont été proposés par Monsieur VALORY dans sa thèse[526]. Ainsi, un droit potestatif s'entend « du pouvoir par lequel son titulaire - le *potentior* - peut influer sur les situations juridiques préexistantes en les

[525] A. ZARROUK, *L'implicite et le contenu contractuel. Étude de droit comparé : droit français et droit tunisien*, Préf. Ph. DELEBECQUE, Avant-propos M.-K. CHARFEDDINE, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2012, p. 44, n° 34.
[526] S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, avant-propos I. NAJJAR, préf. J. MESTRE, PUAM, 1999, p. 50 et s. n° 61 et s.

modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité unilatérale »[527]. Le titulaire d'un droit potestatif est donc en principe libre de l'exercer au moment et où il le souhaite. Cette liberté était critiquée. Néanmoins, Monsieur le Professeur NAJJAR prend soin de souligner qu'il ne s'agit pas pour autant « d'une prérogative sauvage ». L'auteur affirme, au contraire, qu'il s'agit d'un « droit domestiqué parmi les droits subjectifs et doté d'un régime, dont le cœur est irrigué par la liberté de décision ». C'est donc un droit légitime qui doit être « (…), reconnu, efficient, producteur d'effets de droit, [et ainsi] protégé par la loi »[528].

198. **Légitimité de l'abstention.** En conséquence, l'abstention relative à l'exercice d'un droit potestatif est légitime puisque, pour exercer une prérogative à un instant précis, et afin d'éviter la consommation de cet exercice jusqu'au moment choisi, il faut s'abstenir à compter de la naissance de la prérogative. Ainsi, l'existence des droits potestatifs démontre la légitimité de l'abstention en la matière. Dans cette catégorie, les droits portent en eux un fort pouvoir d'abstention. Les titulaires de prérogatives ne sont toutefois pas démunis s'ils n'ont pas un tel droit. En effet, ils vont pouvoir prévoir certaines clauses pour se prémunir.

199. **Clauses renforçant le pouvoir d'abstention.** La validité de ces clauses n'est toutefois pas une évidence pour tous. En effet, elles constituent pour la plupart un aménagement conventionnel de la bonne foi, « colonne vertébrale »[529] de notre Droit, ce qui est, en conséquence, dénoncé[530] ou prôné[531]. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats affirme, quant à elle, le caractère d'ordre public de la bonne foi, ce qui s'oppose *a priori* à un aménagement conventionnel et devrait clore le débat. Il convient malgré tout de relever que la bonne foi est une notion à géométrie variable dont les contours ne sont pas fixés. Aussi, le caractère d'ordre public s'applique-t-il à l'exigence de bonne foi qui ne

[527] C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », RTD civ. 2010, p. 209.
[528] I. NAJJAR, « La potestativité », RTD civ. 2012, p. 601.
[529] M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015, p. 816.
[530] M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015, p. 816, spéc. n° 49.
[531] Y.-M. LAITHIER, « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives », D. 2014, p. 33.

doit pas être réduite à une peau de chagrin, mais l'aménagement des contours de la bonne foi est intéressant et vecteur de prévisibilité. Ce n'est de plus pas dangereux puisqu'en cas d'abus des parties de cette faculté, le juge pourra passer outre la clause en la réputant abusive. Mieux, expliciter l'intensité attendue de la bonne foi en fonction de certaines circonstances préalablement prévues est un enjeu de l'avenir pour les contractants.

2) Les clauses protégeant le pouvoir de s'abstenir

200. **Clause de pouvoir.** L'objectif n'est pas ici de présenter de manière exhaustive les clauses susceptibles d'intervenir mais de citer les principales. Les clauses prévoyant et autorisant l'abstention évoquent la clause de pouvoir. Cette dernière est « une stipulation source de prérogatives »[532]. La particularité de cette clause est de placer le cocontractant dans un état de sujétion en cas d'abstention. Dès lors, en présence d'une clause de pouvoir, le titulaire de la prérogative pourra s'abstenir comme il le souhaite. Mais, ce qui est intéressant est que cette sujétion est acceptée par celui qui risque d'être le futur destinataire de l'abstention. Ce dernier est donc d'accord pour subir l'abstention puisqu'il signe le contrat où la clause est intégrée. La clause de pouvoir ne pose pas de difficulté dès lors qu'elle est « exempte de tout détournement »[533]. Aussi la licéité de la clause de pouvoir permet-elle de justifier l'abstention. La clause oblige en effet à subir l'incertitude générée. L'abstention est alors tout autant équivoque mais moins obscure et inattendue pour le cocontractant. L'abstention est ainsi susceptible d'être protégée dans les situations contractuelles.

201. **Clause de constatation.** De la même façon, l'abstention pourrait parfois trouver sa légitimité au cœur des clauses de constatation. Ces dernières « ont pour objet de constater un fait dont l'existence ou la preuve pourrait être source de discussions en cas de litige »[534]. Ce type de clause répondrait donc à l'équivocité de l'abstention, qui, par définition, est source de discussions, d'interprétation voire de discorde. Les contractants sont ainsi en droit de rédiger une clause selon

[532] G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, Préf. L. AYNÈS, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 536, 2012, p. 223, n° 390.
[533] G. HELLERINGER, *op. cit.* p. 225, n° 395.
[534] J. MESTRE et Chr. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, lextenso éd. les intégrales, 2011, p. 217, n° 358.

laquelle le titulaire de telle prérogative ne peut pas voir son abstention se retourner contre lui tant que celle-ci s'inscrit dans le délai légal prévu pour l'exercice de la prérogative en question. Une abstention se produisant suite à une telle clause ne saurait être une preuve de la mauvaise foi de ce dernier. L'agent est alors dans son droit. Ceci est laissé à sa libre appréciation. Le titulaire de la prérogative ne fait qu'utiliser un de ses droits en n'en usant pas[535] volontairement. Le contrat, grâce à la clause de constatation, constate déjà la situation, la possibilité de s'abstenir, et empêche qu'il en soit apporté la preuve contraire[536], que l'abstention n'était pas un comportement adéquat pour les parties. Mieux, le Droit prévoit certaines techniques qui protègent l'agent dans le cas où ce dernier n'aurait rien prévu.

B. Les techniques préservant l'agent

202. **Techniques étudiées.** Prendre une décision nécessite en effet du temps, voire une certaine tranquillité de l'esprit. C'est la raison pour laquelle le législateur a interdit les actions provocatoires et interrogatoires (1) sous réserve de quelques exceptions instaurées par l'ordonnance du 11 février 2016. En outre, même si le relevé de forclusion (2), permettant la levée de la sanction qui a frappé le titulaire inactif d'une prérogative, ne s'applique en principe pas à l'abstention, son étude a néanmoins permis de découvrir un cas pour lequel le caractère intentionnel de l'abstention ne constitue pas un obstacle au relevé de forclusion et que celui-ci est une technique utile à la démonstration de la légitimité de l'abstention.

1) L'interdiction de principe des actions provocatoires et interrogatoires

203. **Définitions.** L'action interrogatoire est l'action intentée contre le bénéficiaire d'une faculté d'option pour le contraindre à prendre parti[537]. L'action provocatoire, quant à elle, est celle intentée contre le titulaire de la prérogative afin que ce dernier la fasse valoir sous peine de la perdre[538]. De telles actions, sont en principe prohibées en Droit français. Leur interdiction est fondée sur l'absence d'un intérêt né et actuel à agir qui est une des conditions de la recevabilité de l'action en

[535] Cass. com. 18 janv. 1984, *Bull. civ.* IV, n° 24, RTD civ. 1985, 161, obs. J. MESTRE.
[536] S. AMRANI-MEKKI, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », RDC, 1er oct. 2009, n° 4, p. 1617.
[537] Y. DESDEVISES, « Action en justice », J.-Cl. proc. civ. Fasc. 126-2, 1er fév. 2012, mis à j. mars 2013.
[538] N. CAYROL, « Action en justice », Rép. proc. civ. D. 2013.

justice[539]. Mais, surtout, ce genre d'action n'est pas permis parce que cela priverait les règles de procédure d'utilité. En effet, « l'action interrogatoire, si elle était ouverte, réduirait à néant l'intérêt des délais légaux pour agir, et l'action révocatoire constituerait la négation du caractère facultatif de l'action »[540].

L'ordonnance du 10 février 2016[541] a autorisé le recours à l'action interrogatoire dans le cadre d'un pacte de préférence[542] au tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure[543] et au contractant dont l'autre partie pourrait se prévaloir de la nullité du contrat[544]. Cela dit, il s'agit d'actions interrogatoires extrajudiciaires[545] qui diffèrent des actions interrogatoires classiques qui, elles, nécessitent le recours au juge étant des actions en justice.

204. **Légitimité de l'abstention.** Ainsi, le titulaire de la prérogative qui s'abstient est protégé d'autrui par les interdictions décrites. De plus, puisque ce qui atteint le caractère facultatif de l'action semble être prohibé, *a contrario*, l'abstention, en ce qu'elle est la conséquence naturelle du caractère facultatif de l'action, est légitime. Cette légitimité n'est pas remise en cause par le fait que son caractère intentionnel fasse en principe obstacle à l'admission d'un relevé en forclusion.

---

[539] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, Précis, 33ème éd. 2016, p. 137-138, n° 168 et s.
[540] N. FRICERO, *op.cit.* p. 45.
[541] Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[542] Art. 1123 de l'ord. préc. « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.
Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.
Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.
L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat ».
[543] Art. 1158 ord n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[544] Art. 1183 ord. 10 fév. 2016.
[545] M. DE FONTMICHEL, « Les nouvelles actions interrogatoires », D. 2016, p. 1665.

2) Le relevé de forclusion

205. **Conditions.** Le relevé de forclusion aurait pu constituer un mécanisme protecteur de l'agent en lui offrant une sorte de droit de repentir. Il sera en effet étudié ci-dessous qu'une des limites à l'abstention est la forclusion[546], or, cette dernière bénéficie d'un retournement possible avec le relevé de forclusion. Par ce biais, le juge autorise alors celui qui était forclos à accomplir efficacement la formalité que son titulaire n'avait pas effectuée dans le délai imparti. Néanmoins, les conditions du relevé de forclusion s'opposent *a priori* à cette forme de protection pour l'agent.

Le relevé de forclusion n'est en effet pas de droit. L'article 540 du Code de procédure civile prévoyant le relevé de forclusion d'un justiciable n'ayant pas intenté le recours dans le délai imparti dispose que « si le jugement a été rendu par défaut ou s'il est réputé contradictoire, le juge a la faculté de relever le défendeur de la forclusion résultant de l'expiration du délai si le défendeur, sans qu'il y ait eu faute de sa part, n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile pour exercer son recours, ou s'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir ». Dès lors, puisque le juge a la faculté de relever la forclusion en la matière, il n'a aucunement l'obligation d'y procéder. La décision est laissée à sa libre appréciation. De plus, le relevé de forclusion répond à certaines conditions tenant au défendeur. Il faut que ce dernier ait eu connaissance du jugement trop tard pour exercer son recours, ou qu'il ait eu à faire face à une impossibilité d'agir sans que ces deux situations n'aient été causées par une faute de sa part[547].

206. **Rigueur des conditions et abstention.** Il convient d'approfondir la définition de ces conditions pour rendre compte de la difficulté d'obtenir un relevé de forclusion pour l'agent forclos. L'ignorance renvoie au cas où le défendeur n'a pas eu connaissance du jugement[548], or l'abstention s'effectue dans une relative bonne connaissance de la situation. L'impossibilité d'agir fait quant à elle écho à la force majeure[549]. Elle se prouve aussi par la démonstration d'une « ignorance légitime et

[546] *Cf Infra* n° 251 et s.
[547] V. LOKIEC, Rép. dr. civ. D. mars 2014, v. « délai », n° 87 et s.
[548] F. FERRAND, Rép. proc. civ. D. mars 2012 mis à j. janv. 2015, v. appel, n° 824.
[549] F. FERRAND, Rép. proc. civ. D. mars 2012 mis à j. janv. 2015, v. appel, n° 827.

raisonnable »[550]. L'impossibilité d'agir se distingue donc de l'oubli, de la négligence et du désintérêt[551]. De plus, l'abstention s'oppose le plus souvent à l'impossibilité objective d'agir, en ce qu'elle découle de la volonté même de ne pas exercer sa prérogative. En conséquence, cet article ne semble pas s'appliquer à l'abstention tout comme l'article 706-5 du Code de procédure pénale.

207. **Relevé de forclusion de l'article 706-5 du Code de procédure pénale.** Il convient de remarquer que le relevé de forclusion intervenant suite à une forclusion induite par l'article 706-5 du Code de procédure pénale concernant la demande d'indemnité d'une victime présentée à l'article 706-3 du même Code ne prévoit pas textuellement les mêmes conditions que celles évoquées ci-dessus. Pourtant, après analyse, elles s'en approchent véritablement. La victime forclose peut être relevée de forclusion lorsqu'elle n'a pas été en mesure de faire valoir ses droits dans les délais requis ou lorsqu'elle a subi une aggravation de son préjudice ou pour tout autre motif légitime. Cette rigueur est illustrée par la Cour d'appel de Bastia. Celle-ci a en effet rejeté une requête en relevé de forclusion, parce que ne constituent pas un motif légitime, au sens de l'article 706-5, les faits rapportés par la victime forclose. La Cour retient qu' « en application de l'article R. 50-9 du Code de procédure pénale, la copie de la procédure pénale relative à l'infraction ne fait pas partie des renseignements indispensables à l'instruction de la demande indemnitaire » et que les juges ont considéré que « l'absence du dossier pénal n'empêchait nullement la victime de saisir en temps utile la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions pénales qui, en application de l'article 706-6 peut se faire communiquer copie des procès-verbaux constatant l'infraction ou de toutes les pièces de la procédure pénale, même en cours ». En outre, « sur le retard supplémentaire dû à un problème de transmission entre l'assureur de la victime et son conseil, qu'à le supposer établi, il n'en reste pas moins que l'inaction du requérant alors qu'il était assisté d'un conseil ne peut être considérée comme un empêchement de ce dernier à faire valoir ses droits dans les délais requis ; que plus précisément, l'absence de réponse de l'assureur à deux projets de requête adressés les 14 juin et 24 octobre 2008 ne dispensait pas la victime d'agir, au besoin après

[550] Cass. 2ème civ. 7 juill. 2011, n° 10-19302, non publié au bull.
[551] CA Rouen, 29 janv. 2008, n° 07/1488. Les juges refusent d'assimiler les hospitalisations en impossibilité d'agir et apprécient l'inaction en un « désintérêt ».

avoir à nouveau sollicité son assureur, avant le 18 décembre 2008 plutôt que d'attendre le mois de mai de l'année suivante »[552]. Les juges apprécient donc sévèrement les faits évoqués pour les qualifier de motif légitime au sens du texte précité, ce qui rapproche fortement cela des conditions d'impossibilité d'agir et d'ignorance. Les conditions du relevé de forclusion ne sont d'ailleurs pas moins strictes en matière de procédure collective. Toutefois, la rencontre de certaines circonstances peut faire échec à leur rigueur pour admettre que l'agent soit relevé de sa forclusion.

208. **Infléchissement des conditions du relevé de forclusion en procédures collectives.** Le créancier qui n'a pas déclaré ses créances dans les délais est forclos, mais il peut être relevé de sa forclusion lorsque cette inaction ne résulte pas de son fait ou si elle est due à une omission du débiteur [553]. Il est de plus à noter que même lorsque le juge-commissaire accepte que le créancier soit relevé de sa forclusion, l'article précité dispose que le créancier ne peut concourir que pour les distributions postérieures à sa demande.

Le relevé de forclusion, s'appliquant autant en matière contentieuse que gracieuse, protège alors les intérêts de la personne forclose, atténuant ainsi la limite que constitue la forclusion. En outre, dans le cas où cette dernière résulterait d'une omission du débiteur lors de l'établissement de la liste des créanciers à remettre à l'administrateur et au mandataire judiciaire[554], le créancier n'est plus tenu de prouver que l'omission était volontaire[555]. Mieux, l'ordonnance du 12 mars 2014[556] a modifié l'article L. 622-26 du Code de commerce en ce sens en supprimant le caractère « volontaire » de l'omission du débiteur. Aussi, dans une telle hypothèse, le créancier forclos parce qu'il se serait abstenu trop longtemps pourrait-il voir accepter sa demande en relevé de forclusion. En effet, il lui suffit de montrer que la mention de sa créance n'apparaît pas sur la liste remise au mandataire par le débiteur et n'a pas à démontrer que l'absence de déclaration

[552] CA Bastia, civ. B, 27 avril 2011, n°10/00246.
[553] Art. L. 622-26 C. com.
[554] Art. L. 622-6 C. com.
[555] Cass. com. 10 janv. 2012, n° 10-28501, Gaz. Pal. 2012, p. 118, note P.-M. LE CORRE ; JCP E. 2012, p. 19, note Ph. PÉTEL ; Rev. sociétés, 2012, p. 195, note Ph. ROUSSEL GALLE. Le créancier n'a alors pas à démontrer le lien de causalité entre l'omission par le débiteur-surtout lorsque ce dernier l'a fait exprès – et la tardiveté de sa déclaration.
[556] Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014.

n’est pas due à son fait[557]. En conséquence, d’une part, le refus d’admettre que celui qui s’est abstenu puisse bénéficier d’un relevé de forclusion atteste de la particularité de l’abstention et du fait que la forclusion constitue une limite spécifique à l’abstention, mais d’autre part, l’abandon de la preuve du caractère volontaire de l’omission du débiteur ouvre une brèche pour permettre à l’agent de profiter d’un relevé de forclusion.

209. **Bilan.** L’organisation de la protection de l’abstention par le Droit a été éprouvée. Cette protection s’explique par la légitimité de l’objet protégé, la liberté de s’abstenir. C’est pourquoi, le Droit organise, en plus de l’obligation de respecter le droit des autres, la protection du processus de décision du titulaire du droit.

[557] P.-M. LE CORRE, « Le relevé de forclusion après l’ordonnance du 12 mars 2014 et du décret du 30 juin 2014 », Gaz. Pal. 20 janv. 2015, p. 39.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

210. **L'abstention, une modalité d'exercice autonome.** L'abstention est ainsi plus qu'une absence d'exercice provoquant des conséquences néfastes. L'abstention, la rétention de sa prérogative dans l'intention de ne pas jouir tout de suite des effets lui étant attachés, parfois pour en éviter les inconvénients, est en effet une véritable modalité d'exercice d'une prérogative, une modalité autonome, tout comme l'exercice actif ou la renonciation. En tant que telle, l'abstention est légitime. Elle doit d'autant plus le rester qu'elle a la nature d'une liberté.

211. **Incitation du Droit à l'abstention.** Sa légitimité ne fait en effet plus de doute. Les motifs du titulaire de la prérogative ont permis de le démontrer de même que certains outils juridiques. Mieux, le Droit protège l'abstention jusqu'à inciter ce comportement dans certaines circonstances. Cette incitation a alors vocation à assurer la préservation du processus d'une prise de décision.

212. **Une typologie des motifs moderne.** En outre, les motifs de l'agent ont pu être catégorisés entre l'altruisme et l'égoïsme. Ceci n'est finalement pas si surprenant. Pour reprendre l'existentialisme de SARTRE, l'Homme se définit par ses actes et par le comportement qu'il a envers ses semblables. Mieux, c'est autrui qui essaie ou non de le comprendre et de le cerner et qui *in fine* le juge. L'égoïsme et l'altruisme rendent bien compte des rapports entretenus par le titulaire de la prérogative et le destinataire de l'abstention et connotent le regard d'autrui sur la situation. À l'ère de la simplification du Droit pour une meilleure compréhension, ces termes ont le mérite d'être globalement compris par tous. Le Droit privé régissant les rapports entre individus et s'intéressant déjà au travers de différents instruments juridiques à l'égoïsme et à l'altruisme, ces deux termes méritent une définition juridique.

213. **Définition juridique de l'égoïsme.** Concernant l'égoïsme, tout d'abord, il convient de distinguer l'égoïsme du titulaire d'une prérogative dans l'action et l'égoïsme de l'agent.

Ainsi, quand le titulaire d'une prérogative agit, il ne fait qu'exercer son droit. L'égoïsme est alors le fait d'opter pour un choix qui n'est pas le plus optimal pour

autrui. Mais il n'y a pas nécessairement une option plus porteuse pour ce dernier. Quand il s'abstient, l'égoïsme du titulaire de la prérogative est le fait de ne pas être explicite quant à ses intentions de tirer ou non profit des avantages attachés à sa prérogative et de laisser le débiteur dans le doute. L'égoïsme ainsi déterminé ne doit finalement pas être connoté de manière péjorative. En revanche, certains indices de l'excès d'égoïsme ont pu être dégagés. Il est ainsi possible de le reconnaître lorsque :

- L'action positive aurait été facile à réaliser pour le titulaire de la prérogative (à sa portée matériellement et psychologiquement) ;
- L'action claire et transparente ne dépendait que de la volonté du titulaire du droit ;
- Un certain choix était légitimement attendu par autrui pour des raisons de bon sens voire d'éthique.

214. **L'altruisme.** À l'inverse, l'altruisme est caractérisé par le fait de vouloir éviter à autrui de subir un événement attentatoire à ses intérêts ou, au moins, de vouloir en réduire l'impact. Être altruiste, c'est aussi faire en sorte qu'autrui obtienne un avantage, voire accepter de le faire passer avant soi, et ce en adoptant une démarche désintéressée, volontaire et spontanée. Le véritable altruisme semble, toutefois, se trouver davantage dans la renonciation[558] que dans l'abstention. En effet, dans ce dernier cas, bien que le titulaire de la prérogative fasse parfois œuvre de bonne volonté, il se réserve la faculté de faire évoluer son comportement dans le sens de l'exercice actif de sa prérogative ou d'une renonciation. Mais l'altruisme peut être mesuré. Ce n'est pas parce que le titulaire de la prérogative ne va pas jusqu'à renoncer à cette dernière qu'il ne consent pas d'effort dans l'intérêt d'autrui et parfois au détriment des siens. De toute façon l'altruisme n'est pas sans problème. Il faut donc déculpabiliser l'égoïste raisonnable que peut être l'agent.

L'abstention est finalement préservée par différentes techniques juridiques, qu'elles soient purement légales ou plus contractuelles. Le constat a été fait. L'abstention est donc légitimée dans son existence. Néanmoins, cela n'efface pas les conséquences subies par autrui.

[558] V. not. le lien entre l'altruisme et la remise de dette N. PICOD, *La remise de dette en droit privé*, thèse, Toulouse, 2011, p. 23, n° 36 et s.

CONCLUSION DU TITRE I

215. **Paradoxe.** Le paradoxe causé par l'équivocité de l'abstention est attesté. Il est de plus accentué par le caractère équivoque de l'abstention. En effet, en premier lieu, il a été constaté que l'abstention ne correspond pas à « la faute d'abstention ». En second lieu, il s'est avéré que l'abstention, bien plus qu'un simple comportement, est une liberté. Néanmoins, cela ne résout pas l'imprévisibilité. Au contraire, l'équivocité est accrue lorsque sont analysés les points positifs et négatifs de l'abstention. La légitimité de la liberté d'abstention, même lorsque ses conséquences sont néfastes, constitue le paradoxe et justifie sans doute certaines règles limitant ou encourageant l'abstention en fonction des situations.

216. **Quatre situations d'abstention.** Quatre situations d'abstention ont pu être identifiées:

- L'abstention du titulaire de la prérogative contraire à l'intérêt d'autrui ;
- L'abstention du titulaire de la prérogative contraire à l'intérêt illégitime d'autrui (spéculation, espoir illégitime) ;
- L'abstention du titulaire de la prérogative compatible avec l'intérêt d'autrui ;
- L'abstention du titulaire de la prérogative compatible avec l'intérêt illégitime d'autrui (spéculation, espoir illégitime).

Toutefois, la nécessité de limiter ou de prôner l'abstention ne ressort pas clairement de ces situations. En effet, chacune peut constituer un cas pour l'une et l'autre type de règles. Il est donc important de poursuivre l'analyse.

217. **Création d'un lien de sujétion légitime par l'abstention.** Les destinataires de l'abstention instrumentalisent l'équivocité de l'abstention et en profitent pour l'interpréter du point de vue de leurs intérêts personnels. Pourtant, il est établi que l'abstention induit un lien de sujétion entre le titulaire de la prérogative et les destinataires de l'abstention. La sujétion est en effet « un lien particulier qui s'établit entre le titulaire d'un droit potestatif (sujet actif) et son destinataire (sujet passif) »[559]. Mieux, c'est « le lien en vertu duquel une personne est tenue de subir

[559] S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, avant-propos I. NAJJAR, préf. J. MESTRE, PUAM, 1999, p. 43, n° 37.

l'empiétement d'une autre personne sur sa sphère juridique sans qu'on lui assigne la moindre tâche à accomplir »[560]. À la différence des droits personnels, où le sujet passif, le débiteur, doit fournir une prestation ou doit respecter le droit d'autrui, le destinataire d'un droit potestatif est tenu de subir. « Il n'est pas obligé de donner, de faire ou de ne pas faire mais de laisser faire »[561]. Ce lien de sujétion est légitime, d'autant plus qu'il se distingue de l'arbitraire. Leurs fondements et leurs finalités diffèrent effectivement[562].

En fait, l'abstention est une liberté essentielle pour le titulaire de la prérogative parce qu'à partir du moment où il exprime clairement et sans équivoque sa décision quant au choix qu'il avait, il épuise sa prérogative. C'est ce qui explique le fait qu'il ait besoin de temps pour peser les avantages et les inconvénients de sa décision. Il n'en demeure pas moins qu'il ne dispose, en général, que d'un certain délai légalement ou conventionnellement fixé. C'est pourquoi, l'abstention est un comportement souple mais temporaire.

En outre, l'agent ne se rend pas toujours compte des conséquences fâcheuses alors engendrées. En effet, du point de vue du titulaire de la prérogative, son abstention apparaît comme un élément bénéfique pour autrui qui a alors plus de temps, notamment pour s'exécuter ou préparer sa défense. Mieux, il arrive parfois que des liens affectifs, voire contractuels lorsqu'ils sont forts, créent un devoir de tolérance qui engendre une abstention[563].

218. **Contradictions résultant de l'équivocité de l'abstention.** Pour autant, le traitement de l'abstention par le Droit comporte des contradictions, certes liées à l'équivocité de l'abstention, mais qui n'en sont pas moins problématiques. Ainsi, après avoir compris pourquoi un comportement peut être légitime malgré ses conséquences parfois néfastes, il convient de voir comment et pourquoi le Droit est tenté ou obligé de protéger un intérêt plutôt qu'un autre dans l'arbitrage des intérêts de l'agent et des destinataires de l'abstention.

---

[560] F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », RTD civ. 1982. 705, n° 48.
[561] *Ibidem*.
[562] S. VALORY, *op. cit*. p. 114, n° 189.
[563] Y. PICOD, JCP G. 1988, I, 21037, note sous Cass. 3ème civ. 8 avril 1987.

TITRE II :

LES CONTRADICTIONS DU TRAITEMENT DE L'ABSTENTION

TITRE II : LES CONTRADICTIONS DU TRAITEMENT DE L'ABSTENTION

219. **Répondre à une abstention.** Résoudre le conflit entre les intérêts en jeu est nécessaire. Ce conflit naît d'un reproche fait au titulaire de la prérogative à cause d'une abstention. Pour qu'une revendication sur ce fondement aboutisse en justice, le destinataire de l'abstention doit pouvoir prouver que l'agent s'abstient effectivement. À cette fin, il lui incombe de démontrer une inaction et l'intention du titulaire de la prérogative de ne pas jouir immédiatement de ses avantages. Or, si prouver l'inaction n'est en principe pas difficile, les choses se complexifient lorsqu'il est question de rapporter la preuve de l'intention de ne pas jouir dans l'immédiat des avantages liés à la prérogative. Celle-ci pourra toutefois être rapportée en démontrant que l'inaction du titulaire de la prérogative ne constitue ni un oubli, ni une omission. Il sera, en effet, alors possible d'en conclure qu'*a contrario*, il a fait exprès de ne pas l'exercer. En outre, apporter la preuve du fait que l'agent était conscient de bénéficier d'un délai contribue également à prouver l'intention de l'agent et *a fortiori* à prouver l'abstention. L'intention peut ainsi être déduite des circonstances de l'espèce et soumise à l'appréciation du juge. L'abstention peut donc être prouvée et faire l'objet directement ou indirectement d'un traitement juridique.

220. **Contradictions.** Le Droit encourage[564] ou sanctionne[565] l'abstention au gré des situations. La réponse du Droit n'est donc pas uniforme. Pire, les diverses solutions se contredisent parfois, preuve que l'abstention dérange[566]. En effet, les décisions de justice ne vont pas toutes dans le même sens. De plus, si, d'une part, les limites temporelles légalement définies sont véritablement garantes de la liberté d'abstention (Chapitre 1) en ce qu'elles prévoient justement un laps de temps pour agir ou ne pas agir selon ses besoins, d'autre part, les juges, dans l'objectif, louable, de protéger les destinataires de l'abstention, recourent à des sanctions contestables (Chapitre 2).

---

[564] *Cf Supra,* not. n° 196 et 202 les techniques juridiques ayant pour objet une abstention et celles ayant pour finalité la protection de l'abstention.
[565] Cass. 1ère civ. 16 avril 1996, n° 94-15.600, JurisData n° 1996-001680.
[566] La raison se trouve dans le fait que l'abstention est équivoque et qu'elle est à l'origine de conséquences tout aussi néfastes que profitables à autrui comme cela a été remarqué ci-dessus.

CHAPITRE I :

LES LIMITES TEMPORELLES GARANTES DE LA LIBERTÉ D'ABSTENTION

221. **Distinction des termes de limite et sanction.** Il vient d'être démontré que l'abstention est légitime[567]. Ceci est conforté par les limites temporelles fixées par le Droit, telle la prescription. Elles garantissent en effet la liberté du titulaire de la prérogative de s'abstenir. Il faut souligner qu'il convient bien de parler de « limites » pour désigner les instruments juridiques intervenant en la matière, plutôt que de sanction. En effet, celles-ci sont garantes de la liberté d'abstention d'abord parce qu'elles n'en constituent pas la sanction. Une limite n'est en effet pas exactement une sanction. La limite est, au contraire, définie comme le « terme extrême, le point final » par CORNU[568]. Jusqu'à ce seuil, l'abstention peut exister et être exercée librement. Dès l'instant où la limite intervient, si le titulaire de la prérogative tente d'exercer cette dernière, il lui sera simplement fait remarquer qu'il est en retard et que cela n'est pas sans conséquence. La limite a alors davantage comme fonction essentielle la protection d'autrui. À l'inverse, la sanction vise d'abord la répression d'un comportement. Le point de vue sur la situation diffère donc. Si les limites temporelles étaient des sanctions, elles auraient vocation à punir l'agent, ce qui n'est pas le cas ici. Le but n'étant que d'éviter une incertitude perpétuelle et de prévoir la solution au risque d'une action postérieure au délai. En somme, la limite appuie le terme du délai imparti. Ainsi, les limites temporelles sont organisées grâce à la fixation de délais dont le terme marque effectivement la frontière au-delà de laquelle le titulaire de la prérogative ne bénéficie plus de son choix sur la modalité d'exercice de sa prérogative.

222. **Respect du délai par le titulaire de la prérogative.** Les délais sont des périodes pour agir. Toutefois, le législateur n'exige pas que l'action se produise à un instant spécifique. Il laisse son titulaire décider de cet instant, certes au sein

[567] *Cf Supra*.
[568] G. CORNU, *op. cit.* v. « limite ».

d'un délai, mais lorsqu'il le souhaitera notamment au vu de ses impératifs et de ses intérêts. Par conséquent, si le délai est *a priori* un laps de temps pour agir, c'est aussi un laps de temps pour ne pas exercer sa prérogative. Le titulaire n'a pas à opter dès que le délai naît. Le délai offre au contraire un choix à son titulaire: exercer sa prérogative ou renoncer à celle-ci, tout de suite, ou plus tard. Il convient, en effet, d'appliquer l'adage de LOYSEL selon lequel « ce qui est différé n'est pas perdu ». Cette formule rend parfaitement compte du fait que « jusqu'à l'arrivée du terme, (…) on ne saurait reprocher, durant cette période, une quelconque négligence »[569]. En effet, comme le reconnait Monsieur CÉLICE, le temps imparti « est celui qui nous incite à retenir, à réserver nos moyens pour plus tard, sans les mettre immédiatement en action. »[570]. Dès lors que le titulaire de la prérogative est conscient de ce choix et qu'il n'agit pas, il s'abstient, or l'existence même d'un délai pour agir favorise par essence l'abstention.

Le délai imparti à une prérogative donnée est en effet offert à son titulaire, mais il lui impose corrélativement son point de départ et son terme. Par conséquent, à l'expiration du délai, les limites propres au délai en cause ont vocation à intervenir. À chaque expiration d'un délai lié à un droit particulier correspond ainsi une limite temporelle, la durée entrainant la mise en œuvre du mécanisme juridique adéquat. De fait, le titulaire du droit, s'il peut et doit *a priori* gérer le temps, est soumis à l'objectivité du Droit.

223. **Deux degrés de limites.** Le Droit reconnait la possibilité de s'abstenir par les limites qu'il lui confère. Par conséquent, la liberté d'abstention est juridiquement prévue ainsi que ses limites. Ces dernières sont légalement définies et ont la particularité d'être temporelles. En prévoyant un laps de temps pour ne pas agir, elles sont garantes de la liberté du choix de l'agent. Les limites temporelles peuvent être classées en deux catégories selon l'intensité de l'effet provoqué par le terme du délai prédéterminé. Les limites procédurales réversibles se distinguent ainsi de limites temporelles plus strictes. Le critère de différenciation se situe sur la possibilité de jouir ou non *in fine* des effets de la prérogative, en ce qu'elles possèdent ou pas de mécanisme correcteur. Ainsi, d'une part, les limites réversibles correspondent à celles qui laissent subsister une possibilité d'agir

[569] H. ROLAND et L. BOYER *Adages du droit français*, Litec, 4ème éd. 1999, p. 76, n° 43.
[570] B. CÉLICE, *op. cit.* p. 87, n° 147.

malgré le mécanisme juridique limitant l'inaction qui s'est déclenché, ou à celles qui comprennent des tempéraments à la rigueur de computation du délai au terme duquel la limite intervient. Par exemple, le mécanisme correcteur de la forclusion est le relevé de forclusion[571]. De plus, la loi applique parfois, certaines causes d'interruption[572] ou de suspension[573]. D'autre part, les limites strictes, elles, en ne souffrant d'aucun correcteur, empêchent l'agent de revenir ou de retarder l'effet juridique produit. Par exemple, nul ne peut être relevé d'une déchéance. En conséquence, les limites temporelles réversibles ont un régime juridique complexe qui offrent à l'agent des issues avant la mise en œuvre de la limite et *a fortiori* une certaine liberté. Elles sont la preuve de l'organisation juridique de l'abstention (Section I) tandis que les limites temporelles strictes témoignent davantage de la nécessité d'un terme à la liberté d'abstention (Section II).

Section I/ Les limites temporelles procédurales réversibles, preuve de l'organisation juridique de l'abstention

224. **Deux limites démontrant l'autorité légale du temps.** En matière de procédures, le temps joue un rôle important. Il est organisé en délais. Chaque délai correspond alors à une durée limitée donnée pour effectuer une ou un ensemble de démarches à accomplir préalablement en vue d'un objectif précis. C'est la raison pour laquelle un auteur considère que les délais de procédure « sont prévus pour l'exercice des actions en justice dans un laps de temps déterminé »[574]. Ainsi, lorsque le droit d'un individu est bafoué, ce dernier a la possibilité d'engager une action en justice pour voir son droit être rétabli ou pour être indemnisé. Il en a le pouvoir, mais l'action procédurale suppose différentes démarches de sa part qui doivent s'inscrire dans un certain délai. Par conséquent, si le titulaire de l'action en justice s'abstient d'accomplir toutes les formalités dans les délais requis, il verra *in fine* sa demande rejetée. La loi donne donc au temps une valeur juridique afin que le délai ne soit pas ignoré. Cela permet, en effet, de déterminer le retard du titulaire de la prérogative et de faire en sorte que ce retard ne soit pas admis sans quoi la sécurité juridique serait atteinte. Néanmoins, l'organisation, plus ou moins

[571] *Cf Supra* n° 205.
[572] Art. 2241 C. civ.
[573] Cass. ass. plén. 4 janv. 1977, n° 74-15061.
[574] A. OUTIN-ADAM, *op. cit.* p. 21, n° 18.

complexe[575], d'un laps de temps avant que la limite n'intervienne permet à l'abstention de naître et d'évoluer. La prescription (§1) et la forclusion (§2) constituent ainsi des limites à l'abstention tout en la garantissant.

§1) La prescription

225. **Présentation.** L'abstention est spécifiquement limitée par la prescription (A), celle-ci représentant la limite temporelle par excellence (B).

A. L'abstention spécifiquement limitée par la prescription

226. **Origine de la prescription.** Il est utile de revenir sur l'origine de la notion de prescription pour comprendre pourquoi il s'agit de l'institution centrale limitant l'abstention. La prescription extinctive est apparue avec le Code théodosien datant du V^{ème} siècle après Jésus-Christ. Par conséquent, le Droit a eu conscience assez tôt de la nécessité d'intervenir dans la gestion du temps[576] et de prévoir les effets d'une situation donnée au terme d'un certain délai, que ce dernier soit ou non prévu. En effet, la durée de certains droits n'est pas limitée par nature comme le sont notamment les délais légaux d'option, les délais de préemption ou les délais conventionnels attribués aux promesses unilatérales de vente ou d'achat. La prescription comble alors cette lacune en mettant en œuvre « le passage du temps»[577]. Malgré une apparente simplicité, le mécanisme est complexe et des querelles doctrinales ont éclaté. Celles-ci sont à étudier en ce qu'il est nécessaire de déterminer à quel genre de risque s'expose véritablement celui qui s'abstient jusqu'au terme du temps imparti. L'enjeu est alors de savoir si ce dernier perd son droit et l'action lui étant relative ou juste l'action pour revendiquer son droit, lequel demeurerait malgré tout. Certes, la prescription fait l'objet d'une définition légale (1) qui démontre qu'il s'agit d'une limite particulièrement adaptée à l'abstention. Toutefois, le caractère légal de sa définition ne coupe pas court à la

[575] Avec l'existence des causes d'interruption et de suspension.
[576] C'est-à-dire « la planification des actons humaines dans la durée » M. LATINA, « Les mesures du temps », *in Le temps et le droit,* Ass. H. CAPITANT, Journées nat. t. XVIII, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 87.
[577] S. GUILLEMARD, « Un couple surprenant : prescription extinctive et liberté contractuelle », Electronic journal of comparative law, vol 12.2, oct. 2008, http://www.ejcl.org/122/art122-1.pdf, p. 1.

querelle doctrinale portant sur l'effet de la prescription sur la prérogative de l'agent (2).

1) La définition légale

227. **Définition.** L'article 2219 du Code civil définit la prescription extinctive. Il s'agit ainsi d' « un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire par un certain laps de temps ». Par conséquent, la prescription est l'effet juridique que le Droit attribue au comportement inactif d'une personne, « ou plus exactement d'abstention »[578], se déroulant sur une certaine durée. En effet, il a déjà été souligné que le « laps de temps » évoqué est l'expression du temps imparti auquel le Droit recourt lorsque ce facteur sert ses finalités.

228. **Titulaires de prérogatives concernés.** L'article 2224 du Code civil, en disposant que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer », démontre que le délai débute une fois que le titulaire de la prérogative a *a priori* conscience de pouvoir exercer sa prérogative, donc du choix qu'il détient. Par conséquent, la prescription joue notamment contre celui qui fait exprès de ne pas agir c'est-à-dire le titulaire d'une prérogative qui s'abstient. Organisée pour marquer le terme d'un certain délai, elle est de fait la limite naturelle de l'abstention qui a pour support ce délai. La prescription suscite de plus l'intérêt des auteurs tout en étant source de querelle sur son effet sur la prérogative.

2) L'effet de la prescription sur la prérogative de l'agent

229. **Processualistes contre substantialistes.** L'enjeu de la querelle est ainsi de déterminer jusqu'où le droit est atteint par la prescription. Il s'agit donc de répondre à la question portant sur l'objet de ce que le titulaire de la prérogative ne peut plus se prévaloir une fois le délai imparti écoulé. À ce sujet, les substantialistes s'opposent aux processualistes. Pour les premiers, en effet, la prescription a vocation à éteindre à la fois le droit et l'action alors que les seconds

[578] *Cf. Infra*. A*dde* M. BANDRAC, « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », *in* RID comp. vol. 46 n°2, Avril-juin 1994, p. 359, spéc. n° 20.

considèrent que seule l'action, c'est-à-dire le droit d'agir en justice, disparaît. Les conséquences pratiques découlant de la théorie adoptée ne sont donc pas anodines. Là où le droit et l'action disparaissent, le titulaire ne peut rien revendiquer. Cependant, dans l'hypothèse où le droit survit, même amoindri en raison du fait que son accessoire, le pouvoir de contrainte, est éteint, le titulaire de la prérogative peut espérer être face à quelqu'un pourvu de morale et désirant honorer ses obligations. La loi de 2008 laisse, toutefois, la question de l'objet de l'effet extinctif de la prescription ouverte.

230. **L'absence de réponse du Droit.** Pourtant, une réponse claire paraît fondamentale. Si, effectivement, la définition légale de la prescription indique qu'il s'agit d'un « mode d'extinction d'un droit », il subsiste, en revanche, dans les différents articles liés à la prescription, des arguments en faveur des deux théories. L'article 2249 du Code civil dispose, en effet, que le paiement d'une dette prescrite ne peut être sujet à répétition, ce qui tendrait à montrer que le droit demeure au moins sous la forme d'une obligation naturelle[579] et que, de fait, seule l'action en justice est éteinte. Ainsi, empêcher la répétition, c'est-à-dire le remboursement d'une valeur indûment versée, vise bien à reconnaître les caractères obligatoire et moral du paiement effectué. L'article 1303-3 de l'ordonnance du 10 février 2016 reprend d'ailleurs cette solution en posant la règle selon laquelle l'action en enrichissement injustifié n'est pas admise face à l'obstacle de droit commun que représente la prescription. De même, les articles 2224 à 2227 du Code civil visent les « actions ». Ainsi, bien que la définition de la prescription semble fixer la théorie substantialiste, de nombreuses dispositions enrichissent l'argumentation de la théorie processualiste.

231. **Prévalence de la théorie processualiste.** À ce propos, il convient de relever que la prescription reste un moyen d'ordre privé en application de l'article 2247 du Code civil. Par conséquent, seul le débiteur peut en principe soulever cette fin de non-recevoir[580]. L'article 2253 du Code civil ajoute que si « les créanciers, ou

[579] S. BECQUÉ-ICKOWICZ, J-Cl. civ. art. 1235 à 1248, fasc. n° 10, « Contrats et obligations. Obligations naturelles », 25 novembre 2010. Mis à j. 2 sept. 2016.
[580] La prescription est une fin de non-recevoir « tirée de l'écoulement des délais », v. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil. Obligations. Régime,* PUF, coll. Dr. Fondamental,

toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer ou l'invoquer alors même que le débiteur y renonce », le juge n'a pas ce pouvoir. Il apparaît finalement que la prescription a un effet qui porte plus sur la procédure que sur le droit lui-même. Pour confirmer ces dires, il est utile de noter, dans l'ère de l'harmonisation des législations, que la théorie processualiste domine en Droit anglais. En effet, la Law Commission retient que le droit n'est pas éteint[581].

232. **Moralité de l'obligation naturelle.** La prévalence de cette thèse marque fortement le fait que la prescription s'inscrit dans un certain respect de la morale. Or, celle-ci « fait, (…), des différences entre l'action et l'intention, (…) ». En outre, « si le Droit s'occupe des actions, il n'est pas indifférent aux intentions et il serait singulièrement paradoxal de dire qu'il a pour mission la protection des corps et non celle des âmes [puisque] s'il se désintéresse de l'amélioration morale de l'individu, il ne joue plus son rôle dans la société »[582]. C'est pourquoi, comme dit précédemment, la prescription laisse survivre une obligation naturelle. Ici, le Droit préserve donc une certaine morale en laissant supposer l'honnêteté de celui qui ne s'est pas exécuté à temps mais qui pourrait vouloir le faire. D'ailleurs, les liens entre le Droit et la morale ne sont pas nouveaux. Par exemple, Madame le Professeur BECQUÉ-ICKOWICZ, en ce qui concerne les rapports entre ces deux sources de normes, défend l'idée selon laquelle l'obligation naturelle est « une illustration de l'influence de la morale sur le Droit, voire de leur profonde unité »[583]. De même, pour RIPERT, la morale est nécessaire pour que le Droit soit le plus idéal possible. Il s'agit d'un «soutien » pour le Droit positif.

233. **Une querelle entretenue à juste titre.** Dès lors, si la thèse processualiste emporte notre adhésion, il faut mettre en relief le fait que le législateur n'a pas tranché clairement la question. Pour savoir quelle thèse l'emporte, il ne suffit pas de compter le nombre d'arguments de chaque camp ni de tirer la valeur de ces

---

1ère éd. 2013, p. 233, n° 130. *Adde* Sur la notion des fins de non-recevoir J. THÉRON, « Moyens de défense », J-Cl. fasc. 600-30, 21 juill. 2016, spéc. n° 132.

[581] V. Law Com. n° 270, § 2.93 "does not extinguish his or her right" et §5.20, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc270(2)_Limitation_of_actions.pdf , *Adde* Y.-M. LAITHIER, « Le nouveau droit français de la prescription extinctive et le rapport « Limitation of Actions » de la Law Commission anglaise », D. 2008, p. 2538.

[582] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1949, p. 10.

[583] S. BECQUÉ-ICKOWICZ, art. préc. spéc. n° 17.

arguments, démarche qui serait par trop subjective. Le législateur a sans doute conservé cette querelle parce que le flou qui persiste permet de jouer sur les deux raisonnements. Il est tout à fait accepté qu'une fois le délai de prescription écoulé, le débiteur paye ou se prévale de la prescription comme fin de non-recevoir. Si la polémique était éteinte, ces deux cas ne pourraient plus être. Il faudrait choisir.

Il n'en demeure pas moins que « le temps qui s'écoule transforme la nature de l'obligation. Alors qu'elle était au départ de nature juridique, au-delà d'un certain délai, elle «dégénère», comme le disait le doyen CARBONNIER, elle change de genre, le droit n'intervenant alors que si la morale l'y oblige »[584]. Ainsi, l'obligation morale est un « lien qui assujettit l'individu à un devoir que lui dicte sa conscience tantôt spontanée, tantôt culpabilisée». En conséquence, « la prescription (…) doit convertir en situation juridique une attitude de fait qui ait persisté assez longtemps pour être symptomatique. C'est donc moins du progrès des communications que d'une donnée psychologique que doit dépendre sa durée »[585]. Par ces mots, le Doyen CARBONNIER démontre que si la prescription sert de fondement à l'inaction, cela s'effectue dans certaines limites. Il évoque alors à juste titre la dimension psychologique du temps de la prescription. Peut-être faut-il voir là une ébauche d'explication aux réformes de la prescription et à la modification des délais. En effet, en fonction de la société, les hommes seraient plus ou moins enclins à se satisfaire d'un délai court ou long accordé aux personnes pour accomplir les facultés, les formalités, ou les démarches nécessitées pour la satisfaction de leurs droits et, réciproquement, pour que celui sur qui pèse l'engagement soit libéré. Le jugement moral du comportement des contractants n'est donc pas économiquement indifférent. Il n'est pas certain que la réforme ait clairement pris partie pour les processualistes ou les substantialistes[586]. Ceci complique l'outil juridique déjà fort complexe que constitue la prescription[587], complexité due en grande partie à l'absence de clarté des frontières du délai de prescription.

[584] S. GUILLEMARD, art. préc. p. 6.
[585] J. CARBONNIER, « Notes sur la prescription extinctive », RTD civ. 1952, p. 172.
[586] *Cf Supra* n° 229.
[587] *Cf Infra.*

B. La prescription représentative de la limite temporelle par excellence

234. **Un rôle dupliqué.** La complexité de détermination des frontières du délai dans le temps (1) est indéniable. Pourtant, la prescription demeure essentielle en tant que limite de l'abstention pour assurer une certaine sécurité juridique. Mieux, il convient d'exposer le rôle des limites temporelles de l'abstention au travers du rôle de la prescription (2).

1) La complexité de détermination des frontières du délai dans le temps

235. **Problématiques de tout délai.** La prescription est certes complexe, mais elle révèle fidèlement les problématiques qui se posent à l'occasion de la mise en place de l'instrument juridique qu'est le délai, or l'abstention étant temporaire, la solution à l'imprévisibilité qu'elle génère est liée au délai de l'abstention et au délai imparti. C'est pourquoi il est essentiel d'en comprendre les rouages.

La prescription suppose un délai d'inaction. Le délai de prescription est en effet « la durée minimum imposée à un fait juridique comme condition de son existence, le temps pendant lequel un certain comportement matériel doit constamment durer »[588]. L'abstention prend ainsi fin avec un acte actif plus ou moins fort du titulaire du droit ou, le plus souvent, par l'avènement de la prescription. En effet, une fois le délai de prescription écoulé, et la prescription revendiquée, le choix du titulaire de la prérogative n'existe plus. Son abstention n'a donc plus de réalité. Cependant, la prescription n'est pas une limite résolvant tous les problèmes de l'abstention parce que son application est vectrice d'incertitudes. En effet, la durée du délai de prescription extinctive est loin d'être universelle. Aussi la détermination du *quantum* du délai avant lequel la prescription intervient pour mettre un terme à l'abstention est hasardeuse (a). Cette difficulté affecte à la fois l'agent, qui risque de douter quant à la durée pendant laquelle il peut s'abstenir sans perdre l'opportunité d'une action efficace, et le destinataire de l'abstention qui douterait du moment à partir duquel il serait en droit d'opposer la fin de non-recevoir qu'est la prescription, si l'agent se décidait à agir. Toutefois, les difficultés ne s'arrêtent pas là ; encore faut-il déterminer le plus précisément possible le point de départ du délai (b) pour connaître le terme.

[588] M. BANDRAC, « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », *in* Revue internationale de droit comparé, vol. 46 n° 2, Avril-juin 1994, p. 359.

a) La complexité de détermination du *quantum* du délai de prescription

236. **Un manque de clarté.** La complexité de la prescription rend difficile la détermination de la fin de l'abstention par l'intervention de cette limite censée apportée la sécurité juridique qui manquait au cours de la situation d'abstention. Effectivement, cette complexité se situe tout d'abord dans la détermination du délai, du « laps de temps », par le législateur. « La prescription est [en effet] un droit complexe, incertain, obscur »[589]. L'auteur de ces propos emploie des termes aussi incisifs que peut l'être la prescription, mais plus clairs que ne l'est la notion elle-même, notamment à cause des rapports qu'elle entretient avec le temps.

237. **La recherche d'un équilibre.** La réforme du 17 juin 2008[590] a néanmoins essayé de diminuer et d'harmoniser le nombre et la durée des délais. Certains auteurs prônaient, en effet, un délai plus court au motif qu'« en réduisant (…) le délai de droit commun, le législateur pourrait imprimer plus d'élan et d'efficience à l'ensemble des relations sociales »[591]. Il est vrai que le laps de temps offert au titulaire de la prérogative, lorsqu'il est largement utilisé pour s'abstenir, paralyse les situations et engendre, de fait, un impact économique et financier pour l'agent mais aussi pour les destinataires de l'abstention. Ainsi, le délai de droit commun trentenaire a disparu au profit d'un délai quinquennal. Ce délai de cinq ans constitue, en fait, un juste milieu entre le délai de dix ans - suggéré par la Cour de cassation - et un délai de trois ans - préconisé par l'article 2274 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription initié par Monsieur le Professeur CATALA -. Ce délai représente donc un certain équilibre entre le risque qu'un délai de prescription trop long ne crée de l'insécurité juridique et le risque qu'un délai trop court ne devienne une source d'injustice pour les titulaires de prérogatives. C'est pourquoi, la recherche d'un tel équilibre est un souci permanent. Elle se place donc au centre des préoccupations et naturellement de la présente étude. Il s'avère effectivement important de ne pas donner arbitrairement de supériorité à une partie plutôt qu'à une autre, afin que les intérêts de l'agent et des destinataires de l'abstention soient respectés de manière juste et égalitaire.

[589] V. LASSERRE-KIESOW, « La prescription, les lois et la faux du temps », JCP NI, 2004, n° 19, 1225, p. 772, spéc. p. 772.
[590] Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, *J.O*. 18 juin 2008.
[591] *Ibidem.*

Ainsi, un tel délai s'applique aux héritiers réservataires qui ne remettraient pas en cause les donations et legs consentis par le défunt et excédant la quotité disponible[592] ou au créancier qui ne réclamerait pas le paiement de sa créance[593]. De plus, en matière commerciale, le délai de dix ans a été réduit à cinq ans pour les actions entre commerçants ou entre un commerçant et un non commerçant. Ce délai de droit commun correspond, d'ailleurs, à celui présent dans d'autres pays européens[594]. La rédaction retenue par la Commission des Lois du Sénat s'inspire, en effet, de la réforme du droit allemand des obligations[595] et des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international.

238. **Absence d'uniformité.** En parallèle du délai de droit commun, de nombreux délais spécifiques demeurent toutefois, ce qui participe à la complexité de l'institution et nuit à la prévisibilité juridique que le destinataire d'une abstention a besoin pour déterminer le moment où son incertitude sur les effets d'une éventuelle future décision de l'agent[596] prendra fin. Ainsi, l'article 2227 du Code civil prévoit un délai de prescription de trente ans pour les actions réelles immobilières, l'article 1245-16 du Code civil[597] comprend un délai de trois ans pour les actions relatives à la responsabilité des produits défectueux, et l'article L. 145-60 du Code de commerce préconise deux ans en matière de baux commerciaux. Par ailleurs, les actions nées du contrat de transport sont, en principe, soumises à la prescription annale de l'article L.133-6 du Code de commerce. Les illustrations pourraient être encore nombreuses puisque, en 2004, certes avant la réforme, Jean-François WEBER, alors Président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait dénombré avec son groupe de travail plus de deux cent cinquante délais différents[598]. Un auteur renchérit qu'il est

[592] Art. 921 C. civ.
[593] Il est néanmoins recommandé de vérifier la nature et le domaine de sa créance.
[594] Rapport sur la proposition de loi (n° 433), adoptée par le Sénat, portant réforme de la prescription en matière civile par M. le député E. BLESSIG, Assemblée nationale, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Ass. nat. le 30 avr. 2008.
[595] Réforme du B. G. B. du 25 novembre 2001.
[596] *Cf Supra*.
[597] Ancien article 1386-17 C. civ.
[598] Rapport sur l'harmonisation des prescriptions établi par un groupe de travail constitué en avril 2004 et dirigé par Monsieur WEBER, Rapport sur la proposition de loi (n° 433), adoptée par le Sénat, portant réforme de la prescription en matière civile par M. le député E. BLESSIG, Ass. nat. n° 847, enregistré à la Présidence de l'Ass. nat. le 30 avr. 2008 et Commission des lois du Sénat, « Pour un droit de la prescription moderne et cohérent », et Rapport d'information sur le régime des prescriptions civiles et pénales, 20 juin 2007, http://www.senat.fr/rap/r06-338/r06-33841.html, p.44.

encore possible d'inventorier quatre cents délais différents en raison de leur durée, de leur point de départ ou d'un élément de mise en application[599]. En fait, le nombre de délais n'a pas autant diminué que l'on aurait pu le croire avec la réforme qui, de surcroît, est complétée par de nouveaux textes prévoyant des délais spécifiques.

239. **Multiplication des textes.** La complexité permanente de la prescription peut aussi être mise en relief par l'adoption de lois postérieures à la réforme de 2008 modifiant certaines durées. Peut être citée à ce titre la loi du 14 juin 2013 dont l'article 21 modifie l'article L. 3245-1 du Code du travail. Ainsi, la prescription des actions en paiement ou en répétition du salaire est ramenée à trois ans au lieu de continuer à s'aligner sur le délai quinquennal de droit commun. Cette réduction de délai diminue d'autant la durée d'une possible abstention[600]. Les salariés qui s'abstiendraient et choisiraient finalement d'agir ont donc tout intérêt à ne pas se reposer sur les délais de droit commun mais à bien vérifier s'il n'existe pas un délai spécial afin que leur abstention ne les prive pas d'une action dans le délai imparti. À l'inverse, il est important que le destinataire de l'abstention connaisse la durée du délai pour profiter au plus vite des effets de la limite lorsque l'abstention le gêne.

240. **Suspension et interruption.** L'article 2234 du Code civil dispose que « la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure ». Le délai de prescription peut donc être suspendu ou interrompu en application des articles 2230 et 2231 du Code civil. La loi de 2008 a en effet conservé ces deux mécanismes qui visent respectivement à suspendre le cours du délai et à effacer le temps déjà écoulé pour entamer un nouveau délai[601]. Si ces mécanismes permettent à celui qui s'abstient de sortir de son inaction pour différer les effets de la prescription, ils compliquent le calcul de la durée de l'abstention et la détermination de la date où la prescription peut constituer une fin de non-recevoir effective.

[599] A. BÉDON, « Computation des délais et actes interruptifs de prescription », http://magat.francois.free.fr/Computation
[600] *Cf Infra*.
[601] *Cf Infra.*

241. **Incertitudes.** Malgré des efforts louables, la réforme n'a pas atteint complètement tous ses objectifs. Le point de départ du délai de prescription reste d'ailleurs une source d'incertitude. Le délai de prescription a, *a fortiori*, un début et une fin. Si la durée du délai est, en général, fixée plus ou moins clairement par la loi, son point de départ est souvent source d'interrogations. Pourtant, la prescription, pour intervenir, a besoin d'être liée à un délai ayant un point de départ déterminé afin que le temps du délai s'égrène. Cependant, le point de départ de droit commun est loin d'être stable. Soulever cette difficulté s'inscrit dans la démonstration de la complexité de définir et d'apprécier la longueur de l'abstention. De fait, il est possible de déduire du régime connu de la prescription certaines difficultés pratiques de détermination du délai de l'abstention, or c'est ce délai qui emporte la possible revendication de la limite temporelle et qui est parfois également soumis à l'appréciation des juges pour engager la responsabilité de l'agent[602].

b) La complexité de détermination du point de départ du délai

242. **Règles de computation.** La prescription a un point de départ, une durée, mais elle est aussi soumise à des règles de computation des délais qui peut affecter la durée légalement prévue. Il ressort effectivement de l'article 2228 du Code civil que « la prescription se compte par jours, et non par heures ». La prescription commencera alors à courir le lendemain du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits à zéro heure, donc le lendemain du *dies a quo*. En effet, il existe un adage qui prévoit que « le terme de départ n'est pas compris dans le délai »[603]. Des auteurs ont commenté cet adage et ont très justement relevé que le premier jour est souvent loin d'être entier[604]. D'ailleurs, ce point de départ ne coïncide pas nécessairement avec le moment où le titulaire peut effectivement agir, où il en a les moyens, c'est-à-dire qu'il dispose des éléments ou des preuves nécessaires pour appuyer sa prétention, or, un délai, pour être utile, se doit de n'être constitué que d'une durée où le titulaire du droit a réellement été en mesure d'agir. C'est pourquoi, certains évènements vont pouvoir bloquer l'écoulement du délai.

[602] *Cf Infra*.
[603] « *Dies a quo non computatur in termino* ».
[604] H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4ème éd. 1999, n° 86.

Dans cet ordre d'idée, la prescription libératoire ne court pas contre le créancier atteint de maladie grave[605] qui est de fait dans l'impossibilité d'agir, ou contre celui qui se trouve dans une ignorance excusable de son droit[606]. Ces décisions avaient été rendues sous l'ancien régime de la prescription et l'impossibilité d'agir avait donc été retenue dans un souci d'équité laissé à la discrétion des juges. Depuis la réforme de 2008, l'impossibilité d'agir « par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure » a été légalement consacrée par l'article 2234 du Code civil[607]. Par conséquent, le délai de prescription se veut être un délai utile, c'est-à-dire un temps suffisant[608] et qui se doit de présenter un intérêt. C'est pourquoi, dans cette même logique, si l'impossibilité d'agir prend fin avant l'expiration du délai de prescription classique, le titulaire du droit qui désire faire valoir sa prérogative efficacement doit agir de manière positive[609]. *A contrario,* il sera susceptible de se voir opposer la prescription. En effet, l'adage selon lequel « la prescription ne court pas contre celui qui était dans l'impossibilité d'agir », bénéficie à celui qui se trouve dans une telle situation, et ce, pour le délai pendant lequel il lui est utile et non davantage. Ainsi, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a rejeté un pourvoi au motif que « la prescription ne peut courir qu'à compter du jour où celui contre lequel on l'invoque a pu agir valablement » mais elle « ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir (…). Toutefois, le titulaire de l'action ne peut se prévaloir de cet effet (…) s'il disposait encore, au moment où cet empêchement a pris fin, du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai de prescription »[610]. Le temps imparti n'est, en effet, pas totalement écoulé. Le titulaire de la prérogative ne saurait donc se prévaloir de ce remède alors qu'il n'en a pas besoin. De même, celui qui ne prouve pas l'impossibilité d'agir pendant le

[605] Cass. civ. 30 déc. 1935, RGAT, 1936, 300.
[606] Cass. civ. 25 juin 1935, S. 1936. 1. 366.
[607] Néanmoins, la durée de l'impossibilité d'agir doit être déterminée ce qui est susceptible de causer des difficultés. V. sur ce point C. BRENNER et H. LÉCUYER, « La réforme de la prescription », JCP E. n° 8, 19 février 2009, 1197.
[608] Il s'agit d'une « garantie de temps » pour reprendre l'expression d' A. OUTIN-ADAM, *Essai d'une théorie des délais en droit privé. Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit, thèse*, Paris 2, 1986, v. p. 233, n° 231. *Adde* Cour de cassation, *Rapport annuel 2014, Le temps*, La doc. fr. 2015, p. 119.
[609] *Cf Infra.*
[610] Cass. 2ème civ. 10 déc. 2008, n° 07-19471, non publié au bull. et Cass. com. 11 janv. 1994, n° 92-10241, Bull. civ. 1994, IV, n° 22, p. 18, LPA, 1er mars 1994, n° 17, Obs. P. M. ; RTD civ. 1995, p. 114, obs. J. MESTRE. « Si le titulaire du droit dispose encore d'un temps suffisant pour agir après la disparition de l'obstacle, c'est la raison d'être même de la règle *contra non valentem* qui fait défaut ».

délai de prescription et intente une action après l'expiration de ce délai se verra reprocher le fait de ne pas avoir agi en temps utile[611]. Le délai de prescription est, par conséquent, un délai imposé au titulaire du droit qui ne veut pas voir son pouvoir de contrainte être réduit à néant. Finalement, le temps imparti est « le support » du droit[612] et le titulaire d'une prérogative devrait être en mesure de repérer précisément cet espace de temps. Pour cela il est nécessaire de déterminer le point de départ du délai.

243. **Point de départ du délai soumis à la casuistique.** En général, pour déterminer le point de départ de l'abstention du titulaire d'une prérogative dont l'action en justice relève d'un délai de prescription, il convient de se référer « au jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer » selon l'article 2224 du Code civil. Le point de départ du délai de prescription est donc légalement fixé. La formule utilisée emporte toutefois quelques difficultés pratiques[613]. Ainsi, la réforme a appliqué le précepte « *contra non valentem agere non currit praescriptio* » tout en s'inspirant de l'article 10.2 des Principes d'UNIDROIT qui précise que le délai de prescription débute « à partir du lendemain du jour où le créancier a connu ou devait connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ». Par conséquent, le point de départ doit être déterminé pour chaque situation. Ce « cas par cas » crée une dimension subjective et un manque de prévisibilité parce qu'il peut être contesté et n'est pas toujours évident à fixer soit à cause de la situation, soit parce que les règles sont nombreuses. Par exemple, la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime, si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance[614]. En outre, le défaut d'information de la caution par la banque a pour conséquence de différer le point de départ du délai de prescription au jour où les cautions se sont vues réclamer le paiement[615], moment où celles-ci ont eu connaissance de la somme due. Aussi, le choix de déterminer dans la loi un point de départ « glissant

[611] Cass. 2ème civ. 7 juill. 2011, n° 10-19302, non publié.
[612] P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *in Études offertes à P. KAYSER*, PUAM, 1979, t. 1, p. 1, spéc. p. 2.
[613] *Cf Infra*.
[614] Cass. com. 26 janv. 2010, n° 08-18354, D. 2010, p. 934, obs. V. AVENA-ROBARDET, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; RTD com. 2010, p. 775, note B. BOULOC, RDC juill. 2010, p. 843, note J.-S. BORGHETTI.
[615] CA Riom, 26 juin 2013, n° 12/00169, JurisData n° 2013-017203.

» alimentait-il les inquiétudes. Cela dit, la Cour de cassation avait déjà mis en œuvre cette démarche dans un arrêt du 10 juin 2008 en affirmant que « le délai de prescription de l'action en annulation d'une stipulation d'intérêts comportant une mention erronée du taux d'effectif global, ne commence à courir qu'à compter de la révélation à l'emprunteur de cette erreur »[616]. En revanche, certains délais de prescription prévoient un point de départ spécifique.

244. **Point de départ soumis à la fixation d'une date.** Le point de départ est parfois fixé par référence à une date. Tel est notamment le cas de celui de l'action en responsabilité dirigée contre les personnes ayant représenté ou assisté les parties en justice, y compris à raison de la perte ou de la destruction des pièces qui leur ont été confiées. Cette action se prescrit par cinq ans à compter de la fin de leur mission. Cela concerne également le délai de l'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entrainé un dommage corporel qui se prescrit par dix ans à compter de la date de consolidation du dommage initial ou aggravé comme en dispose respectivement les articles 2225 et 2226 du Code civil. Même si la formulation est claire, fixer la date de ces événements ne s'avère pas toujours aisé, à tel point que la Haute juridiction a divisé le délai de prescription lié au contrat à exécution successive avec plusieurs points de départ. Cela multiplie les possibilités de s'abstenir.

245. **Fractionnement du délai de prescription.** La première chambre civile de la Cour de cassation a effectivement posé la règle selon laquelle « à l'égard d'une dette payable par termes successifs, la prescription se divise comme la dette elle-même et court à l'égard de chacune de ses fractions à compter de son échéance, de sorte que, si l'action en paiement des mensualités impayées se prescrit à compter de leurs dates d'échéance successives, l'action en paiement du capital restant dû se prescrit à compter de la déchéance du terme, qui emporte son exigibilité »[617]. En l'espèce, il s'agissait d'un crédit immobilier. Ce procédé est favorable au prêteur

[616] Cass. com. 10 juin 2008, n° 06-19452, JCP E. 4 déc. 2008, p. 12, note J. STOUFFLET ; Banque et Droit 1er sept. 2008, p. 28, note T. BONNEAU ; D. 2008, p. 1761, note V. AVENA-ROBARDET ; RTD com. 2008, p. 604, note D. LEGEAIS ; RD banc. et fin. juill. 2007, p. 48, note F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN.

[617] Cass. 1ère civ. 11 fév. 2016, n° 14-22938, n° 14-28383, n° 14-27143 et n° 14-29539, Gaz. Pal. 17 mai 2016, p. 59, note S. AMRANI-MEKKI ; D. 2016, p. 870, obs. V. AVENA-ROBARDET, RTD com. 2016, p. 314, note D. LEGEAIS ; RD banc. et fin. 2016, comm. 59, note N. MATHEY.

qui ne voit pas son action prescrite, ce qui aurait été le cas si le point de départ retenu avait été la date du premier incident de paiement. Il est alors en mesure de demander le paiement des échéances dont la date d'exigibilité est inférieure à deux ans et du capital restant dû à compter de la déchéance du terme. Ainsi, le créancier maîtrise le point de départ du délai de prescription de l'action en paiement du capital restant dû, et dispose d'autant d'actions en paiement que d'échéances. Il a donc une pluralité d'hypothèses pour s'abstenir. Ce fractionnement permet en outre de créer une limite pour chaque abstention sans porter atteinte aux autres échéances. Cela démontre que le Droit organise l'abstention avec la limite temporelle qu'est la prescription. Sur ce dernier point, les arrêts relevés reflètent bien une vision protectrice de la prescription extinctive par les juges de la Cour de cassation et non une vision sanctionnatrice[618].

246. **Conséquence pour le terme du délai.** Le délai de prescription a besoin d'un instant donné pour prendre fin. La fixation du point de départ et la durée du délai à compter de ce dernier donnent ce point final. L'article 2229 du Code civil ajoute que la prescription est acquise le dernier jour du terme à minuit. Le délai prend fin avec le *dies ad quem*, c'est-à-dire le dernier jour qui doit correspondre au même quantième du délai prévu. Par exemple, la prescription biennale qui aura pour point de départ le 26 février 2014 commencera à courir le 27 février 2014 à zéro heure prendra fin le 26 février à minuit soit le 27 février 2016 à zéro heure. Cependant les difficultés décrites rendent la détermination du terme peu aisée. Cela est source d'insécurité juridique parce qu'un titulaire d'une prérogative peut calculer de bonne foi un délai et ainsi déduire son terme pour agir avant la prescription, mais que l'adversaire trouve un autre terme, le juge aura la charge de trancher, néanmoins, il est tout à fait possible qu'avec son expertise, il détermine un *dies ad quem* différent de ceux proposés par les parties, l'enjeu étant de savoir si celui qui s'était abstenu pouvait encore agir ou si le destinataire de l'abstention est en droit d'invoquer une fin de non-recevoir.

[618] D. LEGEAIS, note préc. « Une souplesse bienvenue est ainsi offerte aux établissements de crédit dans la gestion de leur crédit immobilier », *adde* C. LARDAUD-CLERC, Petites affiches, 30 juin 2016, p. 10, note Cass. 1ère civ. 11 fév. 2016, arrêts préc.

247. **Délai butoir.** Enfin, il a été dit que la prescription est susceptible de suspension ou d'interruption. Ceci ne peut s'expliquer que parce que l'abstention est elle-même sujette à des suspensions et des interruptions par son auteur, ce qui protège la liberté d'abstention mais complique la détermination de sa durée dans l'espace temporel pour qu'autrui connaisse la date à partir de laquelle il pourra se prévaloir de la prescription. Néanmoins, l'article 2232 du Code civil crée un délai butoir qui conduit à la déchéance du droit d'agir. De fait, le report du point de départ, par l'effet de la suspension ou de l'interruption de la prescription ne peut avoir pour conséquence de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. Ainsi, le point de départ du délai butoir est le « jour de la naissance du droit ». Il est donc bien distinct « du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits » lui permettant d'exercer son droit. Ceci crée certes une sécurité pour autrui, mais témoigne à nouveau de toute la complexité de l'institution, d'autant plus que l'application du délai butoir souffre de certaines exceptions. Celles-ci sont présentes en matière de prescription des actions en responsabilité civile à fins de réparations d'un dommage corporel causé par des actes de torture ou barbarie, pour la prescription des actions réelles immobilières, ou bien en matière de créances périodiques. Par conséquent, déterminer précisément le délai de temps utile reste complexe. Cependant, le délai butoir résout le problème de prévisibilité de la position du délai dans le temps. Le principe même d'un délai butoir figurait d'ailleurs dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription. Il est également mentionné dans les « Principes du droit européen des contrats » établis par la Commission LANDO et est déjà connu des législations allemande et belge. Le rapporteur de la Commission des Lois du Sénat insiste d'ailleurs sur l'impératif de sécurité juridique de l'introduction de ce concept dans notre Droit. Au Canada, l'adoption d'un « délai ultime » en 1962 avait également été dictée par un impératif de sécurité afin de protéger les intérêts des défendeurs[619]. En effet, il correspond à « la durée maximale », c'est-à-dire à « la grandeur au-delà de laquelle l'écoulement ou l'étendue de la durée, suspendue ou

[619] J. LEE, « Une nouvelle loi uniforme sur la prescription », http://66.51.165.111/fr/poam2/CLS2004_New_Uniform_Limitations_Act_Fr.pdf, p. 8.

allongée, ne peut aller »[620]. L'avantage du délai butoir est donc d'instaurer une certaine effectivité et prévisibilité de la prescription, caractéristiques de la sécurité juridique[621]. Finalement, « il est de règle que l'exercice de nos droits est libre, mais il est de règle aussi que cet exercice est limité dans le temps»[622]. Cette phrase retranscrit, de manière fidèle, le fondement et le rôle de la prescription, ce qui permet de comprendre le rôle et l'intérêt des limites temporelles malgré leur complexité.

2) Le rôle des limites temporelles au travers du rôle de la prescription

248. **Buts de la prescription.** Les frontières du délai imparti pour exercer son choix sont floues. Il est toutefois avéré que les limites temporelles, notamment la prescription, contribuent au maintien de la paix sociale. L'étude téléologique de la prescription est instructive en la matière. En effet, la prescription, en mettant un terme à la liberté de ne pas agir, essaie de maintenir la paix sociale. Tout comme en Common Law, la prescription extinctive a pour but de garantir les droits du débiteur. Cette institution « indispensable »[623] contribue ainsi à enrayer le risque de dépérissement des preuves, le temps entrainant inévitablement leur disparition. Jean-Claude WOOG avait très justement qualifié ce phénomène de « temps érosion »[624]. Il est vrai qu'il appartient au demandeur de supporter la charge de la preuve en application de l'article 1353 du Code civil. Ce dernier prévoit, en effet, que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » selon l'adage « *Actori incubit probatio* ». Il est, dès lors, exigé de lui une certaine précision afin d'éviter les demandes portant sur des éléments trop anciens et *a fortiori* dont les preuves pourraient être difficiles à rapporter. C'est la raison pour laquelle aux États-Unis, ces demandes sont jugées abusives et écartées. Elles sont qualifiées de « *stale claim* » ce qui signifie réclamation obsolète. Le terme retenu est donc bien représentatif du rôle de la prescription. Il a été souligné ci-dessus que la

[620] M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, Préf. J. HAUSER, PUAM, 2013, p. 221, n° 232.
[621] Commission des lois du Sénat, « Pour un droit de la prescription moderne et cohérent », rapport d'information sur le régime des prescriptions civiles et pénales, 20 juin 2007, http://www.senat.fr/rap/r06-338/r06-33841.html
[622] H. LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en Droit civil*, libr. Rec. Sirey, Paris, 1930, p. 186.
[623] Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Lexis Nexis, 12ème éd. Manuel, p. 689, n° 877.
[624] J.-C. WOOG, *La stratégie du créancier*, Préf. G. CANIVET, Dalloz, 1998, p. 32.

conservation des preuves dans le temps peut poser des difficultés pratiques et constitue un coût important. Il paraît en effet difficilement envisageable qu'une personne conserve quantitativement et qualitativement, pendant toute sa vie, toutes les quittances qui lui ont été remises par ses créanciers ainsi que celles reçues par les personnes dont elle serait le successible ou l'ayant-droit.

249. **Rôle en matière probatoire.** En matière probatoire, l'article 1315 dispose que « celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » conformément à la maxime « *reus in excipiendo fit actor* ». Par conséquent, la prescription exonère l'individu qui serait dans cette situation, de prouver sa libération par l'exécution de son obligation. Il peut alors se contenter de prouver que le délai de prescription applicable est expiré. Ainsi, le temps fait présumer qu'il est effectivement libéré. Le postulat est que la libération est vraisemblable[625]. POTHIER fondait d'ailleurs la prescription « sur une présomption de paiement » ou de remise de la dette résultant de ce laps de temps au motif que le créancier a besoin de l'objet de sa créance et ne saurait attendre si longtemps[626]. De plus, pour Madame LASSERRE KIESOW, « la durée d'inaction du créancier rend probable le paiement »[627]. Quant à DOMAT, il affirmait plus durement que « celui qui cesse d'exercer un droit en a été dépouillé par quelque juste cause et que celui qui a demeuré si longtemps sans exiger sa dette, en a été payé, ou a reconnu qu'il ne lui était rien dû »[628]. L'incertitude créée par la situation d'inaction du titulaire du droit pousse donc le Droit, dans un impératif de tranquillité publique, à trancher. Cela revient à donner une solution claire de l'interprétation que l'on doit donner au comportement passif du titulaire d'un droit et *a fortiori* du titulaire d'un droit de créance à l'issue d'un certain laps de temps. C'est donc une véritable institution en ce qu'elle « joue un rôle fondamental qui est d'aligner le droit sur le fait quand la discordance entre l'un et l'autre a trop longtemps duré »[629]. La prescription constitue donc un outil juridique pour lutter contre les apparences trompeuses qui durent. D'ailleurs, le terme de

[625] V. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.* p. 243, n°133 « Ces apparences, autant que l'esprit qui les sous-tend, s'accentuent avec l'écoulement du temps », « plus durable est le non-exercice de l'action, plus probable est la remise de dette», soit la libération.
[626] R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, Traité des obligations, t. 2, Paris, p. 178.
[627] V. LASSERRE-KIESOW, art. préc. spéc. p. 774.
[628] J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1777, p. 268.
[629] M. BANDRAC, « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », *in* Revue internationale de droit comparé, vol. 46 n°2, Avril-juin 1994, p. 359.

« prescription » apparaît cinquante-huit fois dans le Code civil de même que dans le Code de commerce. *In fine*, « la vitesse de la prescription doit être, pour partie, fonction de la vitesse de dépérissement des preuves » [630]. C'est pourquoi, l'adage *« Jura vigilantibus non dormientibus prosunt »* qui se traduit par « les droits profitent aux éveillés, non aux endormis » avait été consacré. Le titulaire d'un droit se voit donc imposer arbitrairement une durée pendant laquelle il peut agir mais au-delà de laquelle son action en justice sera rejetée. L'oubli, favorisé par le législateur face à « la mémoire des droits »[631], a en effet un rôle de paix sociale. Il prendra donc le pas sur l'abstention au terme du délai de prescription.

250. **Rôle quant à la paix sociale.** La prescription favorise la paix sociale[632]. Cette dernière recouvre ici deux réalités à savoir la stabilité des relations et la tranquillité sociale. Stabilité des relations, tout d'abord, avec par exemple la prescription de deux ans relative à l'action en complément de part héréditaire de l'article 889 du Code civil. Ainsi, le copartageant qui estime avoir subi une lésion de plus du quart peut intenter cette action afin de se voir attribuer le complément de sa part en nature ou en numéraire. L'intérêt de ne pas rester dans cette instabilité juridique et de ne pas rendre éternel le risque de remise en cause de la succession pesant sur les héritiers est évident d'autant plus que dans l'espèce présentée, il existe un risque de vente des biens donc d'aléa du marché. Monsieur le Professeur ZÉNATI et Madame FOURNIER avaient d'ailleurs déjà clairement exprimé ce rôle en affirmant le « dessein de stabilité sociale » propre à la prescription[633]. En effet, au bout d'une certaine durée, il n'est pas opportun de remettre en cause le *statu quo*, idée présente dans l'adage *« quieta non movere »* qui signifie qu' « il ne faut pas troubler ce qui est paisible »[634].

Ensuite, la prescription assure la tranquillité sociale « au bout d'un délai raisonnable »[635]. L'oubli et le pardon, « capacité de la société à « solder le

[630] J. CARBONNIER, « Notes sur la prescription extinctives », RTD civ. 1952, p. 171, spéc. p. 172.
[631] A. COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, préf. D. FENOUILLET, Defrénois, lextenso, Coll. de thèses, t. 46, Doctorat et Notariat, p. 48.
[632] A. COLLIN, *op. cit.* p. 6.
[633] F. ZÉNATI, S. FOURNIER, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », RTD civ. 1996, p. 339.
[634] H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.* n° 362.
[635] B. FRANÇOIS, « La prescription extinctive en droit américain et en droit français : différences et convergences », Rec. D. 2008, p. 2543.

passé » (…) en brisant le cycle sans fin de la vengeance et du ressentiment»[636], sont nécessaires à cette fin. C'est la raison pour laquelle « la faculté d'oublier doit (…) faire partie du droit »[637]. Nul n'est, en effet, tenu à perpétuité. Ainsi, la prescription est parfois perçue comme « la protectrice de l'humanité »[638]. D'ailleurs, la Cour d'appel de Bordeaux a, le 23 juin 2009, décrit la fonction de la prescription comme étant nécessaire, « afin de protéger le débiteur et d'éviter qu'il ne puisse être poursuivi, après de longues années d'inaction de son créancier, pour un montant devenu individuellement et socialement insupportable »[639]. De même, il a été jugé qu'un juste motif n'excuse pas le titulaire de la prérogative qui agit une fois le délai imparti expiré et qu'il ne permet donc pas d'écarter la prescription[640]. *In fine*, au travers des buts de la prescription, est révélée sa nécessité en tant que limite à l'abstention parce qu'elle « crée une apparence »[641]. C'est donc, de manière globale, en considération d'un impératif de sécurité juridique que la prescription intervient. Il est dès lors possible de percevoir le paradoxe du temps imparti. S'il encadre les ardeurs ou l'indolence du titulaire de la prérogative dans le choix de la modalité d'exercice de celle-ci, il permet par contre l'absence de décision pendant l'intégralité de sa durée. Ainsi, la prescription est l'institution naturelle de l'abstention. La prescription n'est toutefois pas la seule limite de l'abstention comme le témoigne l'étude de la forclusion.

§2) La forclusion

251. **Présentation.** La forclusion est une conséquence attribuée par la loi à l'inaction[642]. Elle constitue une fin de non-recevoir prévue à l'article 122 du Code de procédure civile. Notion délicate, son rôle et sa nature passionnent toujours

[636] F. OST, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999.
[637] J.-G. HUGLO, « Le principe de la sécurité juridique », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, déc. 2001.
[638] « *patrona generis humani* » (CASSIODORE).
[639] CA Bordeaux, 1ère civ. section B, 23 juin 2009, RG n° 06/03092, JurisData ° 2009-379095.
[640] Cass. 1ère civ. 15 mai 2013, n° 11-25205, D. 2014, p. 1171, note Fr. GRANET-LAMBRECHTS.
[641] F. ZÉNATI, S. FOURNIER, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », RTD civ. 1996, p. 339.
[642] C. ANDRÉ, *Le fait du créancier* contractuel, thèse, LGDJ, 2002, Bibl. dr. privé, t. 356, p. 148.

autant la Doctrine. Sanction civile pour certains[643], effacement d'une prérogative juridique dès lors que le délai est expiré « sans véritable considération pour la diligence du titulaire» pour d'autres[644], la forclusion est un concept peu clair qui limite l'abstention ayant lieu pendant le délai de forclusion, mais qui, pour autant, permet au titulaire d'une prérogative de s'abstenir pendant ce délai à l'instar de la prescription. Il convient donc de comprendre pourquoi le Droit prévoit deux limites *a priori* similaires et si cela participe à limiter l'imprévisibilité. Pour cela, il est alors utile de distinguer la prescription et la forclusion et de repérer les abstentions concernées par la forclusion pour analyser les éventuelles spécificités de cette limite lorsqu'elle s'applique à une abstention.

252. **Forclusion et prescription.** La question sensible mettant la forclusion au cœur du débat est de savoir si elle a une autonomie propre quant à la prescription extinctive. Ces mécanismes entrainent tous les deux, il est vrai, un effet extinctif au terme d'un délai. Ainsi, Madame le Professeur BANDRAC affirme que « la prescription extinctive s'applique à toute espèce de prérogatives juridiques, tandis que la forclusion s'applique exclusivement aux droits d'agir »[645]. Elle reconnaît malgré tout que « la ressemblance des deux mécanismes, et les confusions qu'elle alimente, viennent principalement de ce qu'ils paraissent constitués des mêmes éléments. La forclusion suppose, comme la prescription extinctive, l'existence d'un comportement [d'inaction voire] d'abstention en rapport avec un délai »[646]. En fait, l'article 2220 du Code civil permet d'affirmer que les deux mécanismes sont autonomes puisque le texte dispose sans ambiguïté que « les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre », à savoir celui relatif à la prescription extinctive. De même, l'article 2222 du Code civil les nomme tous deux afin de les distinguer. Mieux, la forclusion implique la déchéance du droit à l'issue de l'écoulement du délai[647] et

[643] F. ROUVIÈRE, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », P.A. 31 juill. 2009, n° 152, p. 7, n°7, N. FRICERO, *Procédure civile*, Gualino, lextenso, 7ème éd. Mémentos LMD, 2011, p. 93.
[644] N. BALAT, « Forclusion et prescription », RTD civ. 2016, p. 751.
[645] M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. RAYNAUD, Economica, coll. Dr. civ. Études et recherches, 1986, n° 184, p. 181.
[646] M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. RAYNAUD, Economica, coll. Dr. Civ. Etudes et recherches, 1986, n° 180, p. 178.
[647] Rapport de l'Ass. nat. n° 847, Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, *adde* C. BIGUENET-MAUREL, *Dictionnaire de la prescription civile*, éd. Francis Lefèbvre, 2ème éd. 2014, v. « forclusion », p. 228.

n'est pas susceptible d'aménagement contractuel lorsqu'elle est prévue par un texte contrairement à la prescription. Il s'agit donc de deux notions distinctes, proches par leur nature mais divergentes quant à leur degré[648], qui limitent l'abstention dans des domaines différents.

253. **Application.** La forclusion est ainsi une limite à certaines abstentions. C'est la loi qui le détermine. Une fois le délai imparti expiré, le titulaire de la prérogative est forclos. De fait, même s'il reste indifférent à cet état et poursuit son inaction, celle-ci n'est plus une abstention puisqu'elle suppose un choix du titulaire de la prérogative et que ce choix prend fin avec le terme du délai. La forclusion s'applique donc à différentes abstentions (A) et suite à des délais plus ou moins longs en l'absence d'unification (B).

A. Les abstentions limitées par la forclusion

254. **Dichotomie des abstentions concernées.** La forclusion intervient, en fait, généralement pour « défaut d'accomplissement dans un délai déterminé d'une formalité »[649]. Ainsi, la forclusion, parce qu'elle a deux fonctions, met fin à deux sortes d'abstentions. Il est en effet opportun de distinguer la forclusion liée aux abstentions d'intenter une action en justice (1) qui a pour fonction de cantonner l'action de son titulaire, action qui serait tournée contre autrui, et la forclusion liée aux abstentions de formalités diverses (2) qui a une fonction de contrôle des contestations.

1) Les abstentions d'intenter une action en justice

255. **Incidence de la forclusion.** La forclusion liée aux abstentions d'intenter une action intervient à la fin du temps imparti à la saisine de la justice. La forclusion vise alors à pouvoir faire déclarer le titulaire du droit de l'action forclos s'il empruntait finalement la voie judiciaire après l'expiration du délai.

---

[648] La forclusion « a vocation naturelle à l'écoulement du délai d'une traite, contrairement à la prescription, qui admet plus facilement des pauses et des prolongements ; elle a moins égard que la prescription aux diligences du titulaire » V. N. BALAT, « Forclusion et prescription », RTD civ. 2016, p. 751.

[649] F. ROUVIÈRE, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », P.A. 31 juill. 2009, n° 152, p. 7, n°6.

L'abstention d'intenter une action peut toutefois revêtir autant de formes qu'il existe d'actions. Il n'est donc pas pertinent de les relever de manière exhaustive, mais il convient plutôt d'en donner une vue d'ensemble à partir de l'abstention d'action résultant des vices rédhibitoires par l'acquéreur (a) et l'abstention d'action devant le Conseil de prud'hommes suite à un oubli sur le relevé des créances (b).

a) L'abstention d'action résultant des vices rédhibitoires par l'acquéreur

256. **Deux abstentions possibles.** Le vendeur est tenu de la garantie des vices cachés. TROLONG justifiait ce principe en affirmant qu' « il y a dans la chose vendue autre chose qu'une existence matérielle, autre chose qu'un droit de propriété, autre chose que la liberté et l'affranchissement de toutes charges ; il y a encore des qualités qui la rendent plus ou moins propre au but » de l'acheteur[650]. Ainsi, lorsqu'un vice est découvert sur la chose vendue, l'acquéreur a le choix d'intenter une action rédhibitoire ou estimatoire selon l'article 1644 du Code civil[651]. Il peut alors exercer celle qu'il souhaite ou renoncer à l'une voire aux deux. Il peut aussi s'abstenir de faire son choix entre ces deux options ou s'abstenir d'exercer une action quelle qu'elle soit contre le vendeur, pour différentes raisons. L'abstention peut donc ici se situer à deux niveaux à savoir l'abstention entre intenter une action ou non et l'abstention de choisir entre les deux actions proposées à l'acquéreur du bien entaché du vice caché. Les concepts étant posés, il convient de les clarifier pour apprécier la limite similaire posée à ces abstentions, la forclusion.

257. **Conditions.** Les conditions de l'action en garantie des vices cachés sont tout d'abord relatives au vice caché. Ce dernier doit en effet porter sur une qualité de la chose[652]. La garantie des vices cachés a pour fonction d'obliger le vendeur à répondre des défauts cachés de la chose qui la rendent impropre à tout service ou qui en amoindrissent fortement l'usage. Le vice est de fait un vice rédhibitoire. En

[650] TROLONG, *De la vente*, t. II, n° 544 et 545, cité par J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCUYER, *Les principaux contrats spéciaux, Traité de Droit civil*, dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3ème éd. 2012, p. 252-253, n° 11297.
[651] M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. X, 2ème éd. *Contrats civils*, 2ème partie, par J. HAMEL, F. GIVORD, A. TUNC, 1956, p. 149, n° 133 « l'acheteur opte librement entre les deux actions ».
[652] M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. X, 2ème éd. *Contrats civils*, 2ème partie, par J. HAMEL, F. GIVORD, A. TUNC, 1956, p. 142, n° 125 à 135.

outre, le vice doit être occulte. Dès lors, ce caractère va être apprécié différemment en fonction des qualités de l'acquéreur et de la nature de la chose[653]. L'acquéreur a alors des chances de voir son action aboutir, encore faut-il qu'il l'intente pour bénéficier de ses effets.

258. **Conséquences de l'abstention.** Cette abstention pose les difficultés propres aux abstentions en général[654]. En outre, de manière plus spécifique, l'acquéreur se cause un préjudice à lui-même à savoir l'absence de réparation rapide du préjudice causé par le vendeur. Ce dernier est alors susceptible de se sentir de bonne foi à l'abri de poursuites s'il ne connaissait pas l'existence des vices mais il peut tout aussi bien se croire à l'abri de telles poursuites parce qu'il connaissait les vices et attend de voir si l'acheteur va finir ou non par se retourner contre lui. L'absence d'action est toujours positive pour lui, même s'il ne s'agit peut-être *in fine* que d'un répit. En effet, l'action en justice qui s'achèverait sur une condamnation est susceptible de porter atteinte à sa réputation. La forclusion le libère donc de ce poids.

259. **Définitions des actions estimatoire et rédhibitoire.** Il n'en demeure pas moins que l'acquéreur peut intenter une action estimatoire ou rédhibitoire contre lui, actions qu'il convient à présent d'expliciter. L'action estimatoire, tout d'abord, est celle par laquelle il réclame la réduction du prix payé mais où le contrat de vente demeure. L'action rédhibitoire, quant à elle, vise la demande de l'acquéreur en remboursement du prix contre la remise de la chose au vendeur, en d'autres termes, que la vente soit résolue. En général, l'acheteur ne sera pas tenu de dédommager le vendeur pour l'usage opéré de la chose[655].

260. **Brièveté du délai imparti.** Dans un souci de sécurité juridique, le Droit encadre le choix de l'acquéreur par un délai. Ainsi, dès Rome, les édiles curules incitaient les vendeurs d'animaux domestiques et d'esclaves à une « honnêteté particulière »[656]. Cependant, l'acquéreur se devait d'être réactif puisque l'édit des

[653] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, lextenso, 7ème éd. 2014, n° 390 et s. p. 233 et s.
[654] *Cf Supra*.
[655] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* p. 243-244, spéc. n° 409.
[656] M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.* t. X, par J. HAMEL, F. GIVORD, A. TUNC, p. 135, n° 125.

édiles n'offrait que quelques mois à l'acheteur pour s'en prévaloir sur le terrain estimatoire ou rédhibitoire. Ensuite, le Code civil n'exigea qu'un « bref délai », sans autre précision, ce qui posa des complications d'interprétation. Un délai de deux ans à compter de la découverte du vice doit aujourd'hui être respecté pour intenter valablement l'action estimatoire ou rédhibitoire sous peine de forclusion[657]. En fait, le temps laissé à l'acquéreur pour exercer l'action rédhibitoire ou estimatoire doit être le plus court possible afin de consolider très rapidement le droit de propriété sur la chose litigieuse[658], et de ne pas perturber « la sûreté du commerce »[659]. Mieux, plus le délai d'action est long, plus la preuve des vices et de leur existence au jour de la vente devient difficile, voire impossible, à rapporter. En conséquence, enfermer la possibilité donnée à l'acquéreur d'intenter une action contre le vendeur, qu'elle soit estimatoire ou rédhibitoire, dans un délai court entrainant la forclusion vise à le protéger.

Cependant, en Droit de la vente, le vendeur a, parmi ses obligations, une obligation de garantie quant à la chose imposée par l'article 1603 du Code civil. En effet, la non-conformité de la chose vendue aux spécifications contractuelles constitue un manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme[660]. C'est pourquoi, le titulaire du droit essaiera de prouver la non-conformité du vice plutôt qu'un vice caché pour éviter la forclusion de deux ans et être soumis à la prescription de droit commun. Ici, il est intéressant de constater la maîtrise qu'essaie d'avoir le titulaire du droit sur la qualification du vice. À l'inverse, ce n'est pas le cas du salarié qui s'abstient d'intenter une action protégeant pourtant sa créance salariale.

b) L'abstention d'une action devant le Conseil de prud'hommes suite à une omission sur le relevé des créances

261. **Intérêt.** Dans ces conditions, il est pertinent d'examiner le délai de forclusion lorsqu'un salarié s'abstient d'agir alors que sa créance salariale est l'objet d'une omission du mandataire judiciaire sur le relevé des créances. En effet, l'abstention

[657] Art. 1648 C. civ.
[658] M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.* t. X, par J. HAMEL, F. GIVORD, A. TUNC, p. 136, n° 125.
[659] J.-M. BOILEUX, F.-F. PONCELET, *op. cit*. p. 282, v. sous art. 1648.
[660] Cass. civ. 1ère, 5 mai 1993, Bull. civ. I, n° 158, D. 1993, 507, note BÉNABENT ; Cass. 1ère civ. 24 janv. 2006, Bull. civ. I, n° 36, p. 36, n° 04-11903, Contrat, conc. consom. 2006, p. 24, note L. LEVENEUR ; RDC 2006, n° 2, p. 62, note J.-J. BARBIÉRI ; RLDC 2006, n° 25, p. 9, comm. S. DOIREAU.

d'une action devant le Conseil de prud'hommes suite à une erreur constatée par la victime de cette dernière sur le relevé des créances est un exemple intéressant à double titre. Premièrement, il s'agit d'une situation de fait à l'origine d'une forclusion lorsqu'elle dure plusieurs mois, et deuxièmement, une telle abstention met en cause un domaine du Droit très règlementé.

262. **Problématique de l'abstention du salarié.** Il est, en outre, extrêmement surprenant d'être confronté à l'abstention du salarié alors que son salaire est en général sa principale source de revenus. Cette abstention est donc problématique à deux titres. En effet, le salarié n'est pas payé mais choisit quand même de ne pas agir. De surcroît, cela jette un doute sur la crédibilité de la procédure collective en cours.

263. **Une forclusion encadrée.** En ce qui concerne l'abstention du salarié, tout d'abord, le Droit pose comme limite procédurale la forclusion par application de l'article L. 625-1 du Code de commerce. Celui-ci prévoit dans ses alinéas 2 et 3 que « le salarié dont la créance ne figure pas en tout ou en partie sur un relevé peut saisir à peine de forclusion le Conseil de prud'hommes dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement de la mesure de publicité du relevé des créances dans un journal d'annonces légales. Il peut demander au représentant des salariés de l'assister ou de le représenter devant la juridiction prud'homale. Le débiteur et l'administrateur lorsqu'il a une mission d'assistance sont mis en cause ». Dès lors, si le salarié n'agit pas dans le délai imparti, mais ultérieurement, son action sera rejetée pour cause de forclusion[661]. Pourtant, le salarié avait la possibilité de se faire assister, le législateur ayant anticipé une éventuelle abstention et souhaitant alors éviter que le salarié ne se retrouve seul face à ses difficultés. Mieux, il faut mettre en relief la durée du temps accordé au salarié qui est de deux mois, alors que, si cette abstention de contestation du relevé des créances émane d'un intéressé qui n'est pas salarié, le délai imparti n'est que d'un mois[662]. Le salarié se voit donc protégé contre lui-même. Par ailleurs, le débiteur, l'entreprise qui emploie le salarié, est dans le doute quant à cette créance, ou il l'a

[661] Cass. 1ère civ. 29 janv. 2003, n° 00-46763, Inédit.
[662] Art. L. 641-13 C. com. *adde* CA RIOM, com. 27 mars 2013, n° 12/00264, JurisData n° 2013-006554.

oubliée, mais, dans tous les cas, le salarié risque de vouloir s'en prévaloir plus tard, et ce dans un cadre moins protecteur. Les autres créanciers sont, eux, induits en erreur par les apparences.

264. **Absence de requalification en novation.** La forclusion met donc un terme à la question de savoir si le destinataire de l'abstention est ou non protégé contre une action du salarié puisque ce dernier sera forclos une fois le délai imparti écoulé. Néanmoins, cette absence de réclamation des salaires peut apparaître comme étant un moyen de financement de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle se pose la question de la novation de l'obligation de l'employeur de payer le salaire en obligation de remboursement d'un prêt. Cela n'est pas sans conséquence puisque dans un tel cas, la dette de remboursement ne dépend plus du domaine des garanties couvertes par l'Association pour la gestion du régime des garanties des créances des salariés (AGS). Cependant, l'intention de nover est déterminée par une volonté ferme et non équivoque[663] ce qui ne peut pas être déduit de l'abstention, équivoque par essence.

265. **Crédibilité de la procédure collective.** Ensuite, la crédibilité de la procédure est engagée puisque le relevé des créances n'est pas exact. Le caractère incomplet de ce document clé de la préservation des intérêts des créanciers lors d'une procédure collective est donc susceptible de mettre en doute l'intégrité de la procédure. En effet, l'équilibre des intérêts n'est plus assuré. L'égalité des créanciers, principe des procédures collectives est rompue. Certes, le salarié n'agissant point, cela ne semble pas le déranger, mais ce n'est pas sain pour la procédure. En effet, « le débiteur n'étant pas en mesure, par hypothèse, de régler tous ses créanciers, la procédure collective à laquelle il est soumis doit faire supporter à chacun une part égale dans la perte commune »[664]. Il est vrai que le salarié choisit de ne pas déclarer tout de suite, mais il n'entend pas forcément perdre sa créance. La forclusion permet donc d'amoindrir la perte commune puisqu'en excluant la possibilité d'ajouter la somme de la créance non inscrite au passif exigible, elle augmente les probabilités des créanciers de recouvrer

[663] Cass. soc. 20 fév. 2007, n° 05-43030, obs. L. LEFEBVRE, Cahiers sociaux, 1er juill. 2007 n° 192, p. 279.
[664] Ph. DELMOTTE, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », rapport de la Cour de cassation de 2003, http://www.courdecassation.fr

davantage et surtout de recouvrer ce qu'ils espéraient au vu des créances déclarées à un moment donné, en somme à la fin du délai de déclaration des créances. Finalement, l'incertitude des autres créanciers est ici compensée, lorsque l'abstention perdure jusqu'au terme du délai imparti enclenchant la forclusion, par l'augmentation du pourcentage de la somme pouvant être recouvrée. La forclusion met en effet un terme à la situation de puissance du titulaire de la prérogative. Cette limite temporelle intervient également lorsque le titulaire de la prérogative est alerté sur un fait créant un risque pour celle-ci et qu'il s'abstient de réagir dans le délai légalement octroyé.

2) Les abstentions de formalités diverses

266. **Abstention de réagir.** Il est vrai que toute abstention peut être pensée comme une abstention de réagir. Néanmoins, ce caractère est plus marqué sur certaines abstentions que sur d'autres en raison des circonstances. L'abstention est en effet l'absence volontaire de réaction connotant la passivité devant un acte ou une information qui aurait dû pousser l'individu à se manifester. Les abstentions de réagir désignent ici l'absence volontaire de réalisation d'une formalité quelconque qui s'inscrivait normalement dans le cours d'un processus alors même que l'attention de l'agent a été plus ou moins attirée sur le fait sur lequel il devait se positionner. La forclusion est alors la limite choisie par le Droit et s'applique notamment à l'abstention de déclarer sa créance (a) et à l'abstention des locataires d'un même bailleur de répondre à une notification (b) de ce dernier.

a) L'abstention de déclarer sa créance

267. **Présentation.** La déclaration est une démarche neutre qui n'est pas nécessairement liée à un litige. Elle est à effectuer pour soi, afin de sauvegarder ses intérêts propres. En cela l'abstention de déclarer sa créance va appuyer et illustrer le fait que la solution alors adéquate est la forclusion. Afin d'étudier au mieux l'abstention de déclarer sa créance, il convient de la définir (α) avant de s'arrêter plus particulièrement sur l'abstention de déclaration de créance du transporteur (β).

α) Définition

268. **Fonction.** La déclaration de créance « exprime son désir de préserver ses droits dans la procédure »[665]. Elle présente en effet un réel intérêt dans le contexte d'une procédure collective. Ainsi, en la matière, la règle est qu'en cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le créancier doit déclarer la créance qu'il détient à l'encontre du débiteur dans les deux mois de la publication au BODACC du jugement prononçant soit la liquidation, soit le redressement judiciaire[666].

269. **Démarches.** En principe, il n'y a pas de formalisme exigé, mais il est possible de se procurer un formulaire auprès du greffe du tribunal de commerce de Paris. Chaque créancier doit communiquer ses créances au «représentant des créanciers» ou au « liquidateur » selon la nature de la procédure collective ouverte. Il doit préciser le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et leur date d'échéance et la nature de la garantie affectée à la créance si tel est le cas. La créance doit, de plus, être certifiée sincère par le créancier sauf s'il s'agit d'un titre exécutoire. Les documents justificatifs sont à joindre sous bordereau. La déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout mandataire muni d'un pouvoir. Cependant, il est important de mettre en relief le délai du pouvoir. En effet, « la déclaration des créances équivaut à une demande en justice [de telle sorte que] la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocate, être munie d'un pouvoir spécial, donné par écrit, avant l'expiration du délai de déclaration des créances »[667].

270. **Conséquences de la déclaration.** La déclaration de créances emporte en effet deux conséquences importantes. Elle permet d'aboutir en premier lieu à un état du passif qui est de fait rendu plus transparent, ce qui n'est pas négligeable. En second lieu, parce qu'elle constitue la formalité pour faire valoir utilement ses droits, elle

[665] V. CA Riom, com. 11 juill. 2012, n° 11/03077, JurisData n° 2012-026120.
[666] V. cas particulier du point de départ du délai pour le créancier titulaire d'une sûreté publiée Cass. com. 30 oct. 2012, n° 11-22836, Lettre d'act. des Proc. coll. n° 20, déc. 2012, Repère 294, obs. J. THÉRON, « Créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou d'un contrat publié : précisions sur la date d'expiration du délai de forclusion » ; RTD com. 2013, p. 340, obs. A. MARTIN-SERF ; D. 2012, p. 2593, obs. A. LIENHARD ; Rev. sociétés 2012, p. 732, obs. P. ROUSSEL-GALLE ; JCP G. 2012, p. 1428, obs. Ph. PÉTEL ; Gaz. Pal. 18-19 janv. 2013, p. 19, obs. P.-M. LE CORRE.
[667] Cass. Ass. plén. 4 fév. 2011, n° 09-14619, Dalloz actu, 8 fév. 2011, obs. A. LIENHARD.

représente l'action positive offrant la protection des intérêts des créanciers concernés.

Dès lors, si l'expression « obligation de déclaration » est souvent employée à ce sujet, le créancier a le choix de déclarer ou non sa créance, selon sa volonté d'exercer ses droits et de voir ceux-ci lui procurer son dû. Le caractère non obligatoire est légitime ; après tout, le créancier ne conçoit-il peut-être plus sa créance comme au jour où celle-ci est née. Le temps a passé. Il s'agit plus d'une option, dont chaque branche entraine un effet juridique particulier, que d'une obligation sanctionnée de manière punitive. Il semble en effet plus judicieux pour le Droit, de distinguer le fait de limiter une action dans le temps par un effet juridique simple et le fait de sanctionner un acte particulier, parce qu'il constitue une faute, par une peine.

271. **Conséquences de l'abstention.** Néanmoins, s'il s'abstient de déclarer sa créance à la procédure une fois le jugement publié au BODACC ou, s'il s'agit d'un créancier privilégié, lorsqu'il y est invité, ceci n'est pas sans conséquence pour autrui. L'agent perturbe, en effet, la précision de l'état du passif. En outre, le débiteur peut lui-même douter des futures intentions du créancier. C'est pourquoi le Droit, par l'article L. 622-26 du Code de commerce, prévoit qu'« à défaut de déclaration dans les délais prévus à l'article L. 622-24, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes ». Ils sont déclarés forclos quant à leur demande. S'ils souhaitent espérer recouvrer le montant de La créance, ils ont donc tout intérêt à la déclarer. *A contrario*, s'ils ne veulent pas encore la recouvrer et s'abstiennent de procéder à la déclaration, au bout d'un certain délai, la forclusion intervient tout de même mettant un terme à cette indécision.

Ainsi, les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. *In fine*, l'abstention qui est continue jusqu'au terme de la procédure ne pose pas vraiment de problème au débiteur. Mieux, l'abstention du créancier peut aussi diminuer le passif durant la procédure et permettre à un plus grand nombre de créanciers d'être désintéressé. C'est pourquoi

le créancier forclos à la procédure de redressement judiciaire ne pourrait pas effectuer une déclaration du fait du prononcé d'une liquidation judiciaire. La limite temporelle de son abstention ne saurait être rattrapée par un tel procédé[668].

272. **Cas particulier de la publication au BODACC après l'avis donné au créancier.** En revanche, la question de savoir quel était le point de départ du délai de forclusion lorsque la publication au BODACC était intervenue après l'avis donné au créancier privilégié demeurait. Un arrêt[669] de 2012 est à souligner en ce qu'il a apporté une solution à cette configuration pratique non prévue par la loi. Un auteur souligne que cette situation résulte « des délais aléatoires de publication au BODACC du jugement d'ouverture » alors que les mandataires judiciaires essaient d'être le plus prompt possible dans l'exécution de leur obligation légale d'avertir les créanciers privilégiés de la procédure collective et de la déclaration de créance à effectuer en conséquence[670]. Pour la Cour, le délai de déclaration est le même que pour les autres créanciers et doit de fait avoir pour point de départ la publication au BODACC. Le raisonnement poursuivi est qu'« il résulte de la combinaison [des articles R. 622-21, alinéa 1er, et R. 622-24, alinéa 1er du Code de commerce, dans leur rédaction issue du décret du 28 décembre 2005] que ne peut encourir la forclusion, le créancier titulaire d'une sûreté publiée qui a déclaré sa créance dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC, peu important qu'il ait été averti personnellement avant cette publication par le liquidateur d'avoir à déclarer sa créance ».

Par conséquent, la forclusion joue une nouvelle fois son rôle en figeant un état dans le temps pour ne plus laisser celui qui pouvait agir, mais qui s'est abstenu jusqu'au terme du délai imparti, exercer ses prérogatives à contretemps. La situation du débiteur accroît en effet le devoir de promptitude et de ponctualité du

---

668 E. MOUIAL-BASSILANA, « Le retour en grâce du créancier déclarant », EDED, 10 mars 20013, n° 3, p. 2.

669 Cass. com. 30 oct. 2012, n° 11-22836, D. 2012, p. 2593, obs. A. LIENHARD ; Rev. sociétés 2012, p. 732, note P. ROUSSEL GALLE ; Rev. proc. coll. mai 2013, p. 25 note M.-N. LEGRAND et Fr. LEGRAND ; RTD com. 2013, p. 340, note A. MARTIN-SERF ; JCP 2012, p. 1428, obs. Ph. PÉTEL ; Gaz. Pal. 2013, n° 18-19, p. 9, note P.-M. LE CORRE ; Cass. com. 22 janv. 2013, n° 11-25310, EDED, 10 mars 2013, n° 3, p. 2, note E. MOUIAL-BASSILANA ; Lettre d'act. des Proc. coll. n° 20, déc. 2012, Repère 294, obs. J. THÉRON, « Créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou d'un contrat publié : précisions sur la date d'expiration du délai de forclusion ».

670 A. LIENHARD, « Déclaration des créances : avertissement personnel avant publication au BODACC », dalloz actu. http://www. dalloz-actualite.fr

créancier et justifie un délai imparti à la fois court et suffisant pour effectuer la déclaration.

273. **Rationalisation des cas de forclusion par l'ordonnance du 12 mars 2014.** Mieux, l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives[671], a entrepris la simplification du régime de la déclaration de créance. Elle serait rendue plus favorable au créancier. En effet, il est prévu que le débiteur qui portera une créance à la connaissance du mandataire judiciaire, agira en fait « pour le compte » du créancier qui ratifiera alors ou non jusqu'à la date où le juge statuera sur l'admission de ladite créance la déclaration faite par le débiteur en son nom[672]. Le créancier qui s'abstient « échappera dans cette mesure à la forclusion, à tout le moins si le débiteur a communiqué la liste des créances dans le délai de déclaration ». Il appartient encore « au créancier de vérifier s'il le peut et de déclarer lui-même ce qui pourrait manquer »[673]. Le système met donc en place une coopération souple en apparence et laisse les protagonistes adopter l'attitude, quant à la déclaration, qu'ils jugent à leur portée. Une abstention du créancier est encore possible ce qui ne nuit pas toujours à la finalité de la procédure. Par conséquent, la forclusion ne disparaît pas dans le sens où elle a un rôle à jouer mais le législateur a essayé de regrouper les efforts et de les rendre fructueux pour les deux parties.

L'ordonnance de 2014 apporte en outre des précisions temporelles qui montrent la modernité et l'enjeu du temps utilement imparti. Dès lors, si le débiteur peut contester les créances déclarées par ses créanciers, il ne faut pas que cela lui offre la possibilité de retarder de manière excessive les opérations de vérification des créances. C'est pourquoi, alors qu'il n'était tenu à aucun délai pour porter ses observations à la connaissance du mandataire, il devra respecter le délai qui sera fixé par décret du Conseil d'État.

---

[671] Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives prise en vertu de l'article 2 de la loi n° 2014-1 du 2 janv. 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, *J.O.* 14 mars 2014, application à compter du 1er juill. 2014.

[672] Art. 27 ord. préc.

[673] F. PÉROCHON, « L'ordonnance du 12 mars 2014 : une révolution inespérée en faveur des créanciers tenus de déclarer », Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2014 n° 3, p. 133.

274. **Forclusion et relevé de forclusion.** La forclusion est, parce qu'elle œuvre pour le respect du temps imparti, une limite plutôt efficace et efficiente. Mais, le même texte[674] qui entérine cette limite dispose également de la faculté pour le créancier forclos de demander un relevé en forclusion[675]. L'incertitude persiste donc malgré la forclusion. *A priori*, apparaît par conséquent, ici, l'occasion de pointer du doigt une certaine incohérence du Droit. Néanmoins, le fait qu'il soit permis à un créancier de rétablir ses droits sur l'exercice de la prérogative paraît plutôt s'inscrire dans la recherche d'un équilibre des intérêts. Certes, cela induit un doute sur ce que fera finalement le titulaire du droit de créance forclos mais le débiteur doit avoir une attitude responsable et ne pas miser sur les abstentions. D'ailleurs, le débiteur doit également se préparer à la reprise des poursuites individuelles. En effet, la loi du 26 juillet 2005 a supprimé l'alinéa 4 de l'article L. 622-26 du Code de Commerce qui énonçait que « les créances qui n'ont pas été déclarées et n'ont pas donné lieu à un relevé de forclusion sont éteintes ». La sanction de l'extinction de la créance a donc disparu. La créance conserve ainsi son existence mais elle est inopposable à la procédure. Le créancier ne pourra être payé qu'à l'issue de l'exécution du plan de continuation en cas de redressement judiciaire. En pratique, après la clôture de la procédure, le créancier est en effet autorisé à poursuivre, suivant les voies de droit commun, le recouvrement de sa créance contre le débiteur, personne physique, s'il s'inscrit dans le cas de reprise des poursuites individuelles en présence d'une clôture pour insuffisance d'actif. Il faut noter que ce droit de poursuite reste intact en cas de clôture de la procédure pour extinction de passif en cas de liquidation judiciaire. Il en va de même après clôture des opérations de plan de sauvegarde ou de plan de continuation dans l'hypothèse d'un redressement judiciaire. La forclusion met donc un terme à l'abstention à la clôture du délai de déclaration mais ne fait pas disparaître le droit de recouvrer sa créance, ou du moins d'une partie de celle-ci au vu des circonstances. L'abstention a alors des conséquences pour autrui et pour le titulaire du droit mais elle n'est finalement pas totalement à contre-courant du régime tel qu'il est construit. Aussi, pour apprécier plus clairement cette abstention et sa limite, est-il pertinent d'analyser l'illustration particulière que représente celle du transporteur.

[674] Art. L. 622-26 C. com.
[675] *Cf Supra* n° 205.

β) Cas du transporteur

275. **Hypothèse.** Cette situation vise l'abstention du transporteur de déclarer sa créance au passif du donneur d'ordre. Il serait *a priori* dans l'ordre des choses que le transporteur déclare sa créance s'il veut recevoir un paiement à la fin de la procédure collective. Néanmoins, il n'est pas tenu d'espérer cette issue et peut s'abstenir de déclarer. Mieux, le transporteur bénéficie d'un privilège en la matière. Le déséquilibre alors créé quant aux autres créanciers de la procédure peut donc, avant même la présentation de cette exception au principe de la déclaration de créance, être souligné puisque la conséquence de l'abstention n'est pas la même pour l'agent.

276. **Privilège accordé au transporteur.** Ainsi, le privilège accordé au transporteur, défini comme « le professionnel qui effectue personnellement le déplacement des marchandises »[676], est une action directe en paiement contre toute la chaîne de transport. En effet, la lettre de voiture est un contrat formé entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier. Dès lors, en application de l'article L. 132-8 du Code de commerce[677], l'expéditeur et le destinataire se retrouvent garants du paiement du prix du transport. Mieux, le texte précise que « toute clause contraire est réputée non écrite » ce qui en fait une disposition d'ordre public.

Néanmoins, la Doctrine critique le terme d' « action directe » employé parce que sa définition ne s'applique pas à la réalité en cause. L'action directe est, en effet, celle qui permet à une personne d'intenter une instance en son nom propre contre une personne envers laquelle son débiteur a le droit de réclamer le bénéfice d'une certaine prérogative. Cependant, l'action offerte par l'article L. 132-8 du Code de commerce ne justifie pas la légitimité de l'action du transporteur contre l'expéditeur ou contre le destinataire. Ce n'est pas toujours le débiteur du débiteur du prix du transport qui se retrouve actionné. Mieux, l'objet de l'action est le paiement d'une créance personnelle du transporteur or l'action directe vise à recouvrer le paiement de la dette du tiers actionné. Ainsi, pour Monsieur le

[676] Ch. PAULIN, « Action directe en paiement », Rev. dr. des transports, n° 2, avril 2014, comm. 20, note sous Cass. com ; 18 mars 2014, n° 12-29.524.
[677] Art. issu de la loi GAYSSOT, loi n° 98-69 du 6 fév. 1998 dont le but était de lutter contre le non-paiement des créances de transporteurs.

Professeur PAULIN, il s'agit d'une solidarité entre les contractants[678]. En effet, il résulte de l'article L. 132-8 du Code de commerce que les obligations des quatre parties sont réciproques et solidaires[679], le but étant de favoriser autant que possible le paiement du voiturier[680].

Ceci n'est pas sans conséquence en matière de déclaration de créance. En effet, il a été jugé par la chambre commerciale dans un arrêt du 17 décembre 2003[681] que le fait pour le transporteur de ne pas avoir déclaré la créance au passif du donneur d'ordre ne lui interdisait pas de demander le paiement à un autre des contractants. Il est à noter que ceci conforte l'existence d'une obligation solidaire, l'absence de déclaration constituant une exception personnelle. Il n'a donc pas besoin de demander un relevé de forclusion s'il souhaite finalement recouvrer sa créance. Mieux, le transporteur peut s'abstenir de déclarer sa créance parce qu'il préfère exercer la demande de paiement à un autre contractant. La forclusion est ainsi une limite temporelle plus ou moins souple selon la situation et le degré de réaction du titulaire de la prérogative attendu par le législateur. Elle s'applique cependant aux locataires qui n'ont pas répondu à leur bailleur alors que la notification transmise s'inquiétait de leur volonté sur leur droit de locataire.

b) L'abstention des locataires d'un même bailleur de répondre à une notification

277. **Hypothèse.** L'abstention des locataires dont il est ici question est celle, dans le cadre du bail commercial, de preneurs d'un même bailleur. L'hypothèse envisagée est qu'ils s'abstiennent de répondre à la notification du bailleur les informant qu'il loue un local pour des activités alors qu'il s'était engagé, à l'origine, à ne pas le faire. En effet, le professionnel exerce souvent son activité dans un immeuble dont il n'est pas propriétaire mais qu'il loue. Une des particularités du bail commercial est, qu'en principe, les parties s'accordent sur l'exercice d'une activité précise, laquelle est contractualisée. En conséquence, l'irrespect d'une telle stipulation sera fautif. Le locataire ne peut changer librement d'activité ou exercer des activités supplémentaires sans en référer au bailleur, et ce par acte d'huissier, pour qu'il

[678] Ch. PAULIN, *Droit des transports*, Litec, LexisNexis, coll. Affaires finances, 2005, p. 239.
[679] Cass. com. 15 mars 2005, n° 03-19295, D. 2005, p. 1161, obs. J.-P. TOSI.
[680] V. également J. VALLANSAN, « La grande distribution et le paiement du prix du transport », JCP E. 2000, n° 37, p. 1420.
[681] Cass. com. 17 déc. 2003, n° 02-12891, Bull. civ. IV, n° 209, JCP E. 24 juin 2004, p. 1044, comm. F. PETIT.

donne son consentement à une déspécialisation du bail. Il est admis que le bailleur qui refuse l'exercice d'une activité à un locataire ne puisse l'autoriser ensuite à un nouveau locataire d'un local du même immeuble sans en référer aux autres locataires. De même, si le bailleur s'est engagé à l'égard de locataires à ne pas louer pour l'exercice de certaines activités et qu'il est finalement sollicité pour louer un local en vue de telles activités, il doit informer les contractants concernés qui peuvent s'y opposer. C'est pourquoi, dans un souci de loyauté contractuelle et de protection de la libre concurrence, la loi oblige le bailleur à notifier l'information à ses locataires dans le délai d'un mois. Ces derniers se voient ainsi offrir l'opportunité de réclamer une déspécialisation du bail pour l'activité concernée. Néanmoins, afin de ne pas prendre par surprise le nouveau locataire et le bailleur, ils n'ont qu'un mois pour réagir à la notification[682]. En effet, le nouveau locataire a ce nouveau facteur à prendre en compte pour le lancement de son activité et le bailleur, en tant que créancier du locataire qui changerait d'activité, est intéressé à l'opération en ce que le chiffre d'affaire du locataire peut évoluer à la hausse comme à la baisse, le changement d'activité n'étant pas sans risque. Cela est d'autant plus vrai lorsque le prix du loyer est constitué avec une part de pourcentage sur le chiffre d'affaire. La déspécialisation peut aussi aboutir à un déplafonnement du loyer favorable au bailleur. En fait, entre le bailleur et le preneur s'effectue, en matière de bail commercial, « une association d'intérêts »[683].

278. **Forclusion.** À l'issue de ce délai, la forclusion joue et permet donc la sécurité juridique pour le bailleur et pour le locataire qui a pu louer le local commercial pour certaines activités jusqu'alors non acceptées par le bailleur. En pratique, les baux « tous commerces » se sont alors développés[684]. En effet, ils permettent d'éviter une modification du loyer et d'assurer ainsi une meilleure prévisibilité. Le titulaire d'une prérogative surpris par la forclusion a la possibilité de se voir relevé de cette forclusion, encore faut-il qu'il entreprenne les démarches pour que sa situation avance.

[682] Art. L.145-49 C. com. « (…) le bailleur doit, dans le mois de cette demande, en aviser, dans la même forme, ceux de ses locataires envers lesquels il se serait obligé à ne pas louer en vue de l'exercice d'activités similaires à celles visées dans la demande. Ceux-ci doivent, à peine de forclusion, faire connaître leur attitude dans le mois de cette notification ».
[683] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* n° 687, p. 388.
[684] J. COURNEROUX, « Le bail tous commerces : un contrat méconnu », AJDI, 2013, p. 184.

Finalement, la forclusion concerne aussi bien les abstentions de donner l'impulsion à une prérogative que celle s'inscrivant dans une démarche pourtant active initialement. Elle intervient de plus à l'issue d'abstentions d'intenter une action en justice ou d'abstention quant à diverses formalités. Le type d'abstention ne semble pas déterminant. C'est d'autant plus vrai lorsqu'est constatée l'absence d'unification des délais limités par la forclusion.

B. L'absence d'unification des délais limités par la forclusion

279. **Fin du choix.** Le délai précédant la forclusion constitue la durée de vie des modalités d'exercice de la prérogative. Il correspond donc au laps de temps où l'exercice de la prérogative par son titulaire est susceptible de porter ses fruits parce que sa liberté de choix entre les différentes modalités d'exercice est présente. La forclusion marque la fin de ce choix. C'est d'ailleurs pourquoi il a été affirmé que « la forclusion n'est qu'une forme particulière de déchéance par écoulement du temps »[685].

280. **Absence d'uniformité de la durée du délai imparti avant forclusion.** La forclusion intervient alors au terme de quelques mois ou de plusieurs années, ce qui peut sembler long. *A contrario*, si le délai était trop court cela ferait perdre sa substance à la prérogative. Mais, que le délai se compte en mois ou en années, leur nombre n'est pas forcément le même. Dès lors, il est intéressant de s'interroger sur ce qu'apporte cette différence quantitative avant l'intervention de la forclusion et de se demander si un élément la justifie. Entre dix et deux ans, par exemple, il existe, il est vrai, un grand fossé. Ceci s'explique sans doute par la volonté du législateur d'adapter le temps imparti au titulaire de la prérogative de la situation donnée. C'est en effet l'essence du délai que d'offrir la durée adéquate. Afin de s'en assurer, il convient d'analyser l'abstention du créancier de saisir le juge commissaire quant à la demande de revendication d'un bien (1) et l'abstention d'action en responsabilité de l'État pour faute commise par un service de publicité foncière (2).

[685] *Ibidem*.

1) L’abstention du créancier de saisir le juge-commissaire quant à la demande de revendication d’un bien

281. **Hypothèse.** En matière de procédures collectives, il est possible d’être confronté à l’abstention du créancier de saisir le juge-commissaire en cas de défaut d’acquiescement. Une action en revendication est pourtant prévue aux articles L. 624-9 à L. 624-18 du Code de commerce et aux articles R. 624-13 à R. 624-16 de ce même Code. Elle vise à permettre au créancier d'une entreprise en sauvegarde, en redressement ou en liquidation judiciaires, de revendiquer un bien lui appartenant, alors qu’il se trouve entre les mains du débiteur. Cela concerne notamment un bien en dépôt-vente, un bien vendu avec clause de réserve de propriété dans les conditions des articles L. 624-12 et suivants du Code de Commerce ou un bien donné en location. La demande en revendication doit alors être faite dans les trois mois de la publication au BODACC du jugement ouvrant la procédure. Le revendiquant adresse ainsi une lettre recommandée avec accusé de réception à un destinataire précis en fonction de la nature de la procédure. Dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou d’un redressement judiciaire, la lettre doit parvenir à l'administrateur judiciaire s'il en a été désigné un ou, à défaut, à l'entreprise, et une copie de cette lettre est à envoyer au mandataire judiciaire. En revanche, en cas de procédure de liquidation judiciaire, c’est le liquidateur qui est habilité à recevoir la prétention[686].

282. **Forclusion.** Pourtant, l’abstention, dans un tel cas, présente des risques pour les intérêts de la caution, et pour ceux des créanciers du créancier. C’est pourquoi l’article R. 624-13 du Code de commerce dispose que « la demande en revendication d'un bien est adressée dans le délai prévu à l'article L. 624-9 par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'administrateur s'il en a été désigné ou, à défaut, au débiteur ». En l’absence d'acquiescement dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande, le demandeur doit, sous peine de forclusion, saisir le juge-commissaire au plus tard dans un délai d'un mois à compter de l'expiration du délai de réponse. La forclusion vient donc au secours du destinataire de l’abstention qui subit le temps en donnant une force au terme[687]. La

[686] Art. R. 641-31 C. com.

[687] V. sur une application de R. 124-13, CA RIOM, com. 11 juill. 2012, RG n° 11/03077, JurisData n° 2012-026120 : « ce recours n’ayant pas été exercé dans le délai imparti, la forclusion atteint le

forclusion entraine donc l'irrecevabilité des demandes présentées tardivement - c'est-à-dire celles faites une fois le temps imparti écoulé - devant le juge-commissaire[688].

Cette fin donnée à l'abstention intervient un mois après le point de départ de l'inaction, ce qui montre la volonté du législateur de réagir au plus vite et d'encourager les intéressés à se sentir concernés tôt par leurs prérogatives. Il s'agit d'un délai maximum pour démontrer sa volonté d'exercer son action en vue de jouir de son droit. Ce délai vise donc à assurer la dynamique de l'instance et son bon déroulement dans un délai globalement raisonnable[689]. Néanmoins, le caractère arbitraire de la longueur des délais est source de questionnement tel qu'en témoigne l'abstention d'action en responsabilité de l'État pour faute commise par un service de publicité foncière.

2) L'abstention d'action en responsabilité de l'État pour faute commise par un service de publicité foncière

283. **Service de la publicité foncière.** Les services de publicité foncière ont un rôle fondamental dans le respect des délais. Pour les présenter, tout d'abord, il est intéressant de rappeler qu'ils appartiennent aux services déconcentrés du ministère de l'économie et des finances[690]. Ainsi, le rôle de ces services est de mentionner la remise des documents au registre de dépôts, réaliser la publicité et annoter le fichier[691]. De fait, si le service chargé de la publicité foncière n'a pas de pouvoir concernant la validité de l'acte, il s'attache à la régularité de forme des actes soumis à la publication. En effet, il procède aux différentes mesures de publicité mais est également chargé de leur radiation le moment venu[692]. Il conserve en outre les fichiers et informe les tiers intéressés lorsqu'ils en expriment le souhait. Il est, en effet, « de l'essence de la publicité, que toutes personnes puissent se

---

propriétaire dans le cadre de la revendication du bien concerné par la clause de réserve de propriété et joue également pour la demande en revendication du prix ».

[688] CA Riom, com. 11 juill. 2012, arrêt préc.

[689] V. sur ce point L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Manuel, 8ème éd. 2013, p. 419, n° 535.

[690] L. MAURIN, « Conservateur des hypothèques : la fin des privilèges… », L'essentiel Droit immobilier et urbanisme, 1er juill. 2010, n° 7, p. 1.

[691] S. PIEDELIÈVRE, *La publicité foncière, Traité de Droit civil*, dir. J. GHESTIN, LGDJ, 2000, p. 68, n° 119.

[692] S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.* p. 30, n° 50.

procurer des états des charges qui affectent l'immeuble de celui avec qui elles veulent contracter »[693].

284. **Responsabilité de l'État en cas d'erreur.** Dès lors, le conservateur pouvait être responsable des erreurs commises de ce chef. Effectivement l'article 2450 du Code civil prévoyait sa responsabilité. Cependant, il faut noter que la responsabilité de l'État s'est substituée à celle des conservateurs d'hypothèques au 1er janvier 2013[694]. Mieux, il n'est plus permis de parler de « conservateur »[695], mais il convient maintenant d'utiliser l'expression consacrée de « service chargé de la publicité foncière ». Aussi, l'État devient-il responsable du préjudice résultant des fautes commises par chaque service chargé de la publicité foncière notamment en cas de défaut de publication des actes et décisions judiciaires déposés dans les services chargés de la publicité foncière et des inscriptions requises, toutes les fois que ce défaut de publication ne résulte pas d'une décision de refus ou de rejet, mais aussi de l'omission, dans les certificats délivrés par les services chargés de la publicité foncière, d'une ou plusieurs des inscriptions existantes, à moins dans ce dernier cas que l'erreur ne provienne de désignations insuffisantes ou inexactes qui ne pourraient leur être imputées. Il n'en demeure pas moins qu'il est encore possible de se référer à d'anciennes jurisprudences sur le sujet si bien que les dispositions relatives à la responsabilité du conservateur des hypothèques ne sont pas limitatives. La responsabilité est effectivement engagée conformément aux principes du droit commun toutes les fois que le conservateur commet dans l'exercice de ses fonctions une faute ou une négligence préjudiciable[696]. Il est cependant nécessaire de prouver le lien de causalité entre le préjudice et la faute du service chargé de la publicité foncière[697]. En revanche, si, sur un état des inscriptions, ne figurent que le nom patronymique de la créancière et le domicile élu sans les précisions d'état civil concernant son prénom et sa qualité d'épouse

[693] J.-M. BOILEUX, F.-F. PONCELET, *Commentaire sur le Code civil*, 3ème éd. Paris, Joubert, 1835-1837, vol. 3, p. 788, sous art. 2196.
[694] Art. 18 de l'ord. n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques, *J.O.* n° 0133 du 11 juin 2010, p. 10757.
[695] J. LAFOND (dir.), *Guide de la publicité foncière 2013*, J.-Cl. LexisNexis, p. 1599, n° 6976.
[696] Cass. 2ème civ. 2 janv. 1924, DP 1924. 1. p. 14 ; Cass. 3ème civ. 29 oct. 1969, Bull. civ. III, n° 690.
[697] Cass. 3ème civ. 6 nov. 2013, n° 12-25698, Defrénois, 15 janv. 2014, n° 1, chron. déc. 2012-nov. 2013, p. 7, spéc. p. 11 note S. PIEDELIÈVRE ; JCP E. 2014, 1325, p. 46, chron. Ph. DELEBECQUE ; RLDC janv. 2014, p. 34, note J. CLAVEL-THORAVAL.

séparée de biens, le conservateur - et aujourd'hui l'État - ne peut voir engagée sa responsabilité, pour s'être limité à ces indications sommaires, sans que soient analysées les réquisitions en vue de la délivrance de l'extrait demandé[698].

285. **Abstention d'action contre l'État.** Ainsi, lorsque le titulaire du droit ayant la charge de l'inscription sur le registre public se rend compte *a posteriori* d'une erreur, il lui est possible de la signaler en intentant une action en responsabilité de l'État. L'article 2450 du Code civil précise que cette action est exercée devant le juge judiciaire. Mieux, le tribunal de grande instance de Paris est seul compétent pour connaître de ces actions[699]. Le titulaire de la prérogative peut néanmoins s'abstenir d'une telle procédure. Une telle abstention a toutefois l'inconvénient d'aboutir à l'absence de rectification de l'erreur. Ceci est d'autant plus grave que la publicité foncière et l'ordre public entretiennent des liens forts. Il est vrai que l'article 1702 du Code général des impôts prévoit qu'aucune « autorité publique, ni l'administration fiscale, ni ses préposés, ne peuvent suspendre ou faire suspendre le recouvrement des droits d'enregistrement, de la taxe de publicité foncière et des peines encourues sans en devenir personnellement responsables ». En outre, il est à remarquer que la sécurité juridique est aussi mise à mal en cas d'abstention. Ce sont les raisons pour lesquelles, l'action en responsabilité semble devoir être intentée. D'ailleurs, le temps imparti, limité par la forclusion, est de dix ans suivant le jour où la faute a été commise. Ce délai décennal, conséquent, reflète cette importance. Le législateur prend en compte le fait que l'erreur peut ne pas être découverte dans une période proche du dépôt, notamment lorsque celui qui s'en est occupé n'a pas relu le récépissé délivré. Ce délai protège le titulaire de l'action qui a le temps de prendre la décision d'agir. Sa longueur s'explique sans doute aussi parce que l'action peut protéger autrui. Nonobstant l'action en responsabilité de l'État, d'autres modes de rectification des erreurs en matière de publicité foncière existent tel l'acte rectificatif ou l'attestation rectificative en fonction de l'ampleur de l'erreur pour ne citer que ceux-là. En revanche, la responsabilité de l'État peut être recherchée pour une autre faute commise par les services de publicité foncière.

[698] Cass. 3ème civ. 27 juin 1978, JCP 1979, II, 19253, note J. A.; JCP N. 1979, II, 157, note H. T.
[699] Art. R. 211-7-1 COJ.

286. **Responsabilité pour omission d'une hypothèque ou d'un privilège.** Ce cas est contenu dans l'article 2451 du Code civil. Celui-ci évoque la solution à retenir lorsque le service chargé de la publicité foncière, délivrant un certificat au nouveau titulaire d'un droit visé à l'article 2476 du Code civil[700], omet une inscription de privilège ou d'hypothèque. L'hypothèse présentée suppose donc qu'un immeuble ait été vendu et que l'acquéreur, désireux de faire purger les hypothèques et privilèges grevant ce bien, se fasse délivrer un certificat d'inscription[701]. Les dispositions de ce texte prévoient que le droit demeure dans les mains du nouveau titulaire, affranchi du privilège ou de l'hypothèque non révélé, pourvu que la délivrance du certificat ait été requise par l'intéressé en conséquence de la publication de son titre. Sans préjudice de son recours éventuel contre l'État, le créancier bénéficiaire de l'inscription omise ne perd pas le droit de se prévaloir du rang que cette inscription lui confère tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur ou que l'intervention dans l'ordre ouvert entre les autres créanciers est autorisée. Le Droit apporte ici un éclairage au problème soulevé afin que les tiers n'aient pas à attendre une éventuelle action du titulaire du droit pour savoir comment la situation risque d'évoluer. Ce texte « sacrifie les droits du créancier inscrit »[702]. Le créancier, malgré sa publication antérieure, perd en effet son droit de suite. En revanche, il conserve une partie de son droit de préférence puisqu'il a toujours la possibilité de se faire colloquer à son rang tant que le prix n'a pas été versé par l'acquéreur, ou tant que l'intervention dans l'ordre ouvert entre les autres créanciers est autorisée[703]. Ainsi, lorsque le certificat a été délivré avant la transcription, les garanties omises restent valables en ce que l'acquéreur n'a pas dû payer au vu de ce certificat. À l'inverse, si l'omission a eu lieu dans un certificat remis après la transcription, le créancier perd ses droits sur l'immeuble[704]. Cela dit, le créancier peut agir en responsabilité de l'État en prouvant son préjudice. Il peut alors s'agir du fait pour le créancier de ne pas avoir été colloqué utilement au moyen d'une surenchère.

---

[700] Art. 2476 C. civ : « Les contrats translatifs de la propriété d'immeubles ou droits réels immobiliers que les tiers détenteurs voudront purger de privilèges et hypothèques, seront publiés au service chargé de la publicité foncière de la situation des biens, conformément aux lois et règlements concernant la publicité foncière. ».
[701] J.-M. BOILEUX, F.-F. PONCELET, *op. cit.* p. 790.
[702] S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.* p. 87, n° 153.
[703] *Ibidem*.
[704] J.-M. BOILEUX, F.-F. PONCELET, *op. cit.* p. 790.

287. **Conclusion.** La forclusion est de fait une bonne limite dans son principe et dans l'opportunité qu'elle laisse aux titulaires de prérogatives de s'abstenir en protégeant toutefois les destinataires de l'abstention en restreignant au maximum le relevé de forclusion en cas d'abstention[705]. Le problème se situerait plutôt dans le choix du *quantum* du délai imparti par le législateur. Il est toutefois indéniable que les délais sont nécessaires pour garantir la sécurité juridique. Ils sont donc légitimement imposés. Dans le cas contraire, toute vie sociale serait impossible. Satisfaire tout un chacun dans chaque situation susceptible de s'ouvrir est, de plus, utopique. Dès lors, il est du devoir du législateur de trancher.

Le délai imparti au titulaire de la prérogative pour faire son choix est limité par la prescription et la forclusion ce qui permet d'encadrer souplement l'abstention et ainsi de l'organiser juridiquement tout en protégeant autrui. Afin de poursuivre ce dernier objectif, d'autres limites, bien que moins flexibles, existent.

Section II/ Les limites temporelles strictes, preuve de la nécessité d'un terme à la liberté d'abstention

288. **Des limites adaptées aux conséquences de l'abstention.** Des mécanismes juridiques encadrent en effet strictement le terme du temps légalement imparti au choix du titulaire de la prérogative en empêchant ce dernier d'exercer sa prérogative utilement une fois le terme intervenu. Leur fonction est d'éviter que l'agent puisse revenir sur l'effet juridique produit. Si le titulaire de la prérogative s'abstenait, il est ainsi mis fermement fin à ce comportement en supprimant le choix de l'agent. Si la liberté d'abstention n'est pas à fragiliser parce qu'elle est importante pour le titulaire d'une prérogative, son encadrement ne doit pas être négligé puisque les conséquences de l'abstention sont risquées pour autrui. Il est donc nécessaire que le terme du délai soit un terme certain, marqué par une limite juridique lui assurant son efficacité. L'équivocité du terme ne fait qu'accroître l'équivocité de cette liberté paradoxale et nuit à la sécurité juridique. Les limites temporelles telles que la caducité et la déchéance (§1) sont la preuve, d'une part, de la nécessité d'un tel terme à l'inaction - et, *a fortiori,* à l'abstention - et, d'autre part, de la conscience du législateur sur ce point même si elle n'est pas exprimée en toute situation. Mieux, protéger autrui impose de mettre fin à l'incertitude.

[705] *Cf Supra* n° 206. Un seul cas nécessitant des circonstances spécifiques a pu être trouvé.

Aussi, l'interprétation légale de certaines abstentions (§2), principalement en cas de silence du titulaire de la prérogative jusqu'au terme d'un certain délai, vient-elle compléter cet arsenal législatif des limites temporelles à l'abstention.

§1) La caducité et la déchéance

289. **Distinction.** La caducité et la déchéance sont ainsi deux conséquences que le législateur attribue à l'arrivée du terme de certains délais. Leur rôle est de protéger autrui contre des conséquences tardives et préjudiciables ayant leur origine dans l'abstention ou dans l'exercice postérieur au terme du délai de la prérogative en cause. Elles constituent toutes deux des limites à l'abstention. Néanmoins, là où la caducité (A) rend la prérogative inefficace, la déchéance (B) éteint cette dernière.

A. La caducité

290. **Définition.** La caducité se définit comme « un état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur, que cet anéantissement s'opère de plein droit du seul fait de la défaillance de la condition même si cette défaillance est volontaire »[706]. Ainsi, si l'acte caduc était, à l'origine, valablement formé, il attendait toutefois, pour sa pleine efficacité, un élément de perfection, tel l'accomplissement d'une formalité. L'acte est donc inefficace mais non éteint. Ainsi, lorsque l'abstention se porte sur une telle formalité, la caducité entache l'acte afférent.

291. **Limite temporelle.** Pourtant, « il n'existe aucune obligation d'agir à la charge du bénéficiaire de l'acte juridique dont les textes prévoient la caducité ; ce dernier a au contraire un choix discrétionnaire à exercer et est libre de demeurer passif »[707], par exemple en n'exécutant pas les travaux pourtant autorisés par un permis de construire. « L'absence d'obligation ne signifie cependant pas que l'inaction du bénéficiaire de l'acte soit sans réaction du Droit. L'acte juridique ayant été subordonné à une action de son bénéficiaire dans un certain délai, il est

[706] G. CORNU, *op. cit.* v. « caducité ».
[707] C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2004, Préf. Ph. JESTAZ, p. 213, n°164.

nécessaire d'en organiser la disparition, afin d'éviter une application trop tardive qui mettrait en cause la sécurité juridique. La caducité a donc pour finalité, non de sanctionner le comportement du bénéficiaire mais plutôt de permettre l'extinction d'actes juridiques ayant cessé, virtuellement ou effectivement, d'être en adéquation avec la situation de fait ou de droit, en raison de la passivité de leur destinataire »[708]. La caducité a en effet pour fonction de protéger les intérêts privés légitimes d'autrui, et ce, indépendamment de l'existence, de la nature ou de l'intensité du risque encouru par ce dernier. Cette fonction de protection de la caducité face à l'abstention est notamment illustrée par un arrêt de la troisième chambre civile de la Haute juridiction[709]. En l'espèce, une SCI a vendu un ensemble immobilier sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt par l'acquéreur. Le compromis de vente stipulait le versement par l'acquéreur d'un dépôt de garantie de 30 000 euros, la moitié le jour de la signature de l'acte et le solde dans un délai de quinze jours, et une clause résolutoire prévoyant qu'à défaut de ce dernier versement, le contrat serait résolu de plein droit sans formalité ni mise en demeure. L'acquéreur n'a pas versé le solde du dépôt de garantie et a informé le notaire du vendeur qu'il n'avait pas obtenu son prêt. Il a ainsi sollicité la restitution du dépôt de garantie. En réponse, la SCI l'a assigné en résolution du compromis de vente et dommages-intérêts. Le pourvoi invoque donc que la SCI ne s'étant pas prévalue de la clause résolutoire dès l'expiration du délai de versement du solde du dépôt de garantie, la promesse de vente était toujours en vigueur à la date à laquelle l'acquéreur s'était prévalu utilement de la caducité de la promesse liée à la défaillance de la condition suspensive. La Haute juridiction retient qu'il y avait eu absence de toute manifestation de volonté du vendeur de mettre en œuvre la clause résolutoire avant la défaillance de la condition suspensive, or cette dernière avait entraîné l'anéantissement du contrat par caducité. La SCI ne pouvait plus, dès lors, se prévaloir de la clause résolutoire.

292. **Limite caractérisée par la brièveté du délai imparti.** La caducité peut intervenir soit lorsque l'absence d'action est constatée à l'unique moment précisément donné pour celle-ci ou au terme du délai imparti au titulaire de la

[708] *Ibidem*.
[709] Cass. 3ème civ. 30 juin 2015, n° 14-16929, obs. H. BARBIER, « La force de la mention « de plein droit » des clauses résolutoires », RTD civ. 2015, p. 875.

prérogative, donc à l'issue d'un délai prédéfini et *a priori* connu de ce dernier. Madame FRICERO-GOUJON remarque alors que les délais suivis de caducité ont certains points communs dont le plus marquant est leur « brièveté »[710]. Ceci s'explique par le lien existant entre l'incertitude et la caducité. En effet, cette dernière vise à limiter autant que possible l'incertitude entourant la situation. L'acte est en effet rendu inefficace afin de limiter l'impact de l'incertitude sur les intérêts d'autrui. La caducité du commandement de payer valant saisie en offre un exemple remarquable.

293. **Caducité du commandement de payer valant saisie.** La saisie immobilière tend à la vente forcée de l'immeuble et s'effectue contre le débiteur ou, le cas échéant, contre le tiers détenteur, en vue de la distribution de son prix[711]. Elle a été l'objet d'une réforme par l'ordonnance du 21 avril 2006[712]. La signification par huissier du commandement de payer au débiteur saisi ouvre la procédure de saisie. Le commandement doit comporter certaines mentions sous peine de nullité. Une fois signifié, le commandement valant saisie doit être publié au fichier immobilier. Il est prévu que cette publication intervienne après l'expiration d'un délai d'attente de huit jours suivant la signification et dans un délai maximum de deux mois à partir de la signification[713] sous peine de caducité[714]. Le délai de huit jours agit comme un délai de loyauté du créancier poursuivant envers le débiteur à qui ce délai est octroyé pour s'exécuter.

Malgré ces délais, la saisie immobilière produit ses effets dès la signification du commandement[715]. Pour le saisi, cela signifie qu'il voit l'exercice de ses droits de jouissance et d'administration sur l'immeuble être restreint. Ce dernier est en effet rendu indisponible, le saisi ne pouvant ni vendre le bien en dehors de la

[710] N. FRICERO-GOUJON, *op. cit.* p. 342, n° 271. Il est à noter toutefois que lorsqu'aucun délai n'est prévu, il est fait application d'un « délai raisonnable » (Cass. 3ème civ. 20 mai 1992, n° 90-17647, Bull. civ. III, n° 164, p. 100, D. 1993, jur. 493, note G. VIRASSAMY ; D. 1992, Somm. 397, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1993, p. 345, note J. MESTRE, « Du maintien de l'offre pendant un délai raisonnable », et v. plus récemment Cass. 3ème civ. 20 mai 2009, n° 08-13230, RTD civ. 2009, p. 524, note B. FAGÈS, « Toute offre non assortie d'un délai précis est nécessairement faite pour un délai raisonnable »).
[711] Art. L311-1 CPCE.
[712] Ord. n° 2006-461 du 21 avril 2006, et décret n° 2006-936 du 27 juillet 2007.
[713] Art. R321-6 CPCE.
[714] Art. R311-11 CPCE.
[715] Art. R321-13 CPCE.

procédure ni le grever d'une sûreté. Enfin, les fruits produits par l'immeuble saisi sont eux aussi saisis par voie accessoire.

La caducité peut également être encourue si le créancier poursuivant ne procède pas à l'assignation du saisi dans le délai imparti par l'article R. 322-4 du CPCE, c'est-à-dire dans les deux mois suivant la publication du commandement et entre un et trois mois avant la date d'audience. De même, le créancier poursuivant prend le risque de se voir opposer la caducité du commandement de payer valant saisie si ce dernier n'est pas dénoncé par signification aux créanciers inscrits dans les cinq jours ouvrables suivant l'assignation du débiteur. Cette limite a également été choisie en l'absence du dépôt du cahier des conditions de vente aux greffes du juge de l'exécution dans les cinq jours ouvrables après l'assignation du débiteur et si la vente n'est pas publiée[716], puisqu'il faut que le public soit averti afin de maximiser les chances de trouver un acquéreur lors des enchères si la vente amiable n'a pas été possible faute d'autorisation ou faute d'acheteur.

294. **Réflexion.** Le législateur a ainsi choisi la caducité comme limite parce qu'en matière de saisie immobilière, il poursuit un objectif de célérité[717]. Néanmoins, cet objectif semble entaché par la complexité des délais et de la mise en œuvre de la limite juridique afférente. Plusieurs délais s'imbriquent ce qui rend la procédure assez floue. Par ailleurs, la caducité doit être prononcée par le juge de l'exécution. Toutefois, le créancier poursuivant, titulaire des diverses prérogatives, peut faire écarter ou remettre en cause la caducité en justifiant d'un motif légitime[718]. La caducité ici n'est donc plus une limite si stricte.

Son classement dans les limites non réversibles pourrait alors être critiqué puisque le relevé de caducité existe[719], mais les cas sont beaucoup plus restreints que ceux du relevé de forclusion. Ceci s'explique par le fait que la caducité et la forclusion ne recouvrent pas le même champ d'application. Les deux peuvent limiter une abstention de saisine. Il semble néanmoins, qu'en la matière, la caducité concerne les voies d'exécution tandis que la forclusion s'intéresse plus particulièrement aux procédures collectives entre autres. Mais, surtout, comme l'a

[716] CA Paris, 8ème ch. sect. B, 13 nov. 2008, n° 07/17470, JurisData n° 2008-371469 et CA Lyon 6ème ch. 26 janv. 2012, n° 10/04739.
[717] Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution Voies d'exécution Procédures de distribution*, larcier, coll. Paradigme, 4ème éd. 2015, p. 338, n° 634.
[718] Art. R311-11 al. 2 et 3.
[719] V. par ex. art. 271 CPC.

très soigneusement relevé Madame FRICÉRO-GOUJON « les délais prévus à peine de caducité ne concernent pas l'exercice de l'action en justice : en ce sens, ils ne constituent pas des délais de forclusion. En effet, la caducité sanctionne le défaut d'accomplissement d'un acte nécessaire au déroulement de l'instance et non le défaut d'exercice de l'action dans un délai requis. Et, même lorsque le délai est prévu pour introduire une demande, la caducité de l'acte initial n'a jamais pour effet immédiat d'éteindre l'action »[720]. La possibilité d'introduire une nouvelle instance reste ouverte[721].

295. **Conséquence de la caducité de l'acte sur l'effet interruptif de prescription.** En revanche, la caducité a pour conséquence un anéantissement rétroactif de l'acte. De fait, tous les actes subséquents à l'acte caduc disparaissent. De plus, l'acte étant réputé n'être jamais intervenu, l'effet interruptif de prescription qu'aurait pu produire l'acte n'agit pas[722]. En conséquence, la réitération de l'acte ne peut s'effectuer que si le délai de prescription dans lequel s'inscrivait l'opération n'est pas éteint. C'est ce que confirme d'ailleurs la Cour de cassation dans un arrêt du 4 septembre 2014[723]. En l'espèce, une banque, munie d'une hypothèque, entame une procédure de saisie immobilière à l'encontre de son débiteur défaillant. Néanmoins, le commandement de payer est atteint de caducité parce que la banque n'a pas sollicité l'adjudication. Le second commandement, quant à lui, n'est pas non plus admis par les juges parce qu'il ne s'inscrit pas dans le délai imparti. La prescription s'appliquait en effet. En outre, la déchéance complète l'arsenal juridique des limites temporelles.

B. La déchéance

296. **La perte d'un droit.** La déchéance est présente dans de nombreux articles de différents Codes[724]. Pourtant, la déchéance est une limite particulière dont la

[720] N. FRICERO-GOUJON, *op. cit.* p. 344-345, n° 272.
[721] P. CALLÉ, « Caducité », Rép. proc. civ. D. v. sept. 2010, mis à j. avril 2015, spéc. n° 130.
[722] Cass. ass. plén. 3 avr. 1987, D. 1988, Somm. 122, obs. P. JULIEN ; RTD civ. 1987, p. 401, obs. R. PERROT ; JCP 1987. II. 20792, concl. CABANNES ; Gaz. Pal. 1987, n° 2. Somm. 486, obs. H. CROZE et C. MOREL.
[723] Cass. 2ème civ. 4 sept. 2014, n° 13-11887, RJDA, mars 2015, n° 3, p. 213 ; RD banc. et fin. nov. 2014, p. 44, note S. PIEDELIÈVRE ; AJ Contrats d'aff. conc. distrib. nov. 2014, p. 379, note G. MÉGRET ; Gaz. Pal. oct. 2014, p. 10, note M. MIGNOT.
[724] V. not. art. L. 145-47, L. 622-21, L. 143-7, L. 143-12, L. 143-13, L. 1611-10-1, L. 145-19, R. 642-31, L511-49 et R. 143-1 du C. com. *adde* Art. L. 612-16, L. 623-23, R. 512-12, R. 623-33, R.

définition n'emporte pas l'unanimité. Pour certains auteurs, il s'agit d'un mode d'extinction d'un droit[725]. Le droit serait alors atteint dans son existence. C'est pourquoi Madame OUTIN-ADAM parlait de la déchéance en des termes très forts et selon lesquels « le recours à cette notion apparaît (…) incontestablement inspiré par des considérations très diverses et, à l'évidence, la déchéance est utilisée dans tous les cas où il y a perte d'un droit »[726]. Il est d'ailleurs révélateur, qu'étymologiquement, le terme de déchéance, dérivé du verbe déchoir, soit issu du latin « *decadere* » qui signifie tomber d'une situation supérieure, « autrement dit tomber dans un état inférieur à celui dans lequel on était »[727].

297. **La perte du pouvoir du titulaire de la prérogative.** Néanmoins, tous les auteurs ne convergent pas vers l'assimilation de la déchéance à la perte du droit. En effet, Madame LUXEMBOURG démontre de façon magistrale que la descente décrite s'explique concrètement parce que la déchéance entraine la perte du pouvoir du titulaire de la prérogative et non la perte du droit[728]. Le droit est alors simplement touché dans son exercice[729]. L'idée défendue ici est que la déchéance désigne le fait d'être privé de l'efficacité de l'exercice de sa prérogative. Madame LUXEMBOURG affirme ainsi que « le fondement de toute déchéance se situe dans la méconnaissance d'une incombance (…), et que toute déchéance a pour objet de priver celui qui n'a pas respecté son incombance de son pouvoir défini comme l'instrument qui lui permettait de mettre en œuvre le droit affecté par la sanction »[730]. L'incombance est une charge pour le titulaire d'une prérogative sans en constituer une obligation faute de pouvoir utiliser l'exécution forcée en cas de non-respect de la charge en question. Pour l'auteur, « il est possible de regrouper ces charges en deux catégories. Ainsi, les incombances de diligence font référence « au respect de certaines manières de faire, à l'exigence d'une certaine « promptitude dans l'exécution d'une tâche ». Elles constituent le plus souvent des

712-12, L714-5, R. 613-48, R. 512-11, L. 717-6 CPI *adde* art. L314-15 C. conso *adde* art. L. 314-15 et L. 333-2 C. conso *adde* art. 978 et 989 CPC *adde* art. 1622, 2293 et 2389 C. civ.

[725] E. SALLÉ DE LA MARNIÈRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », RTD civ. 1933, p. 1037, spéc. p. 1069.

[726] A. OUTIN-ADAM, *op. cit.* p. 436, n° 464.

[727] *Ibidem*.

[728] F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Préf. A. GHOZI, éd. Panthéon Assas, thèse, 2007.

[729] La déchéance renvoie à « l'impossibilité d'accomplir l'acte hors délai à peine d'irrecevabilité » : N. FRICERO-GOUJON, *op. cit.* p. 93.

[730] F. LUXEMBOURG, *op. cit.* p. 54, n° 89.

charges de « faire », en ce sens qu'elles sanctionnent un individu qui s'est abstenu alors qu'il aurait dû agir »[731]. Quant à l'incombance de probité, elle se définit comme « l'observation rigoureuse des principes de la justice et de la morale »[732]. Le manque de probité s'assimile donc à l'adoption de comportements moralement et juridiquement répréhensibles, caractérisés par la fraude, la mauvaise foi, l'indignité, la déloyauté, la malhonnêteté, etc. Quelques exemples illustreront ces charges de « ne pas faire » : ne pas frauder, ne pas être indigne, ne pas être déloyal. Ces divers comportements sont exigés pour l'exercice d'un droit et non pas pour sa validité ».

298. **Une double nature.** La déchéance est alors prononcée comme limite temporelle pour faire suite à l'expiration d'un délai ou bien elle se teinte d'un caractère répressif lorsque le comportement s'apparente à un véritable manquement fautif.

C'est la déchéance comme limite suite à un délai qui s'applique à l'abstention. Elle se rapproche alors de la forclusion avec certaines possibilités de relevé de déchéance qui restent cependant très rares[733].

Au contraire, en renvoyant à l'inefficacité irrémédiable de l'exercice d'une prérogative, la déchéance se rapproche très fortement d'une sanction. Ceci vise notamment la déchéance du terme lorsque l'emprunteur est défaillant dans ses remboursements. Mais, dans tous les cas, la déchéance est une limite qui s'inscrit dans une situation où la prérogative était née et valable[734].

Cette différence de degré explique que les effets de la déchéance ne sont pas toujours les mêmes. La déchéance peut en effet être partielle ou totale. L'agent est privé *ipso facto* de la possibilité d'exercer plus tard sa prérogative, mais cela a le mérite de déjouer son éventuel excès d'égoïsme.

---

[731] F. LUXEMBOURG, *op. cit.* p. 72, n° 140. Il s'agit « des exigences liées au respect de certaines formalités, soit temporelles (agir dans certains délais), soit matérielles (remplir une déclaration, verser une somme d'argent, etc.) ».

[732] Dictionnaire Petit Larousse, v. « probité », cité par F. LUXEMBOURG, *op. cit.* p. 84, n° 167. Il s'agit « des exigences liées au respect d'une certaine éthique, d'une certaine probité comme adopter un comportement de bonne foi, d'honnêteté ».

[733] V. par ex l'art. L. 512-2 CPI dont la déchéance peut être relevée sur le fondement de l'art. L. 512-3 CPI.

[734] C'est d'ailleurs ce qui la différencie de l'irrecevabilité. V. F. LUXEMBOURG, *op. cit.* p. 232, n° 579.

299. **Déchéance de l'article 2314 du Code civil.** C'est le but ainsi recherché par la déchéance prévue à l'article 2314 du Code civil[735] lorsque le créancier cautionné ne conserve pas les droits préférentiels qui seraient pourtant utiles à la caution qui a payé pour assurer son remboursement par le débiteur principal. Pour Madame LUXEMBOURG, cette disposition « instaure une déchéance visant à sanctionner le créancier qui n'a pas respecté une incombance de probité : celle qui s'impose à lui de conserver les sûretés dont il bénéficie à l'encontre du débiteur, afin de permettre, le cas échéant, à la caution d'exercer l'action subrogée dans les sûretés qu'elle détient. Cette exigence ne constitue pas une obligation *stricto sensu* »[736]. L'article 2314 est en effet un moyen de défense de la caution qui ne dispose pas d'une action autonome en la matière[737]. La caution ne peut en exiger l'exécution forcée. De plus, « la sanction du non-respect de cette exigence de comportement est la perte de l'instrument permettant au créancier de se retourner contre la caution ; autrement dit le pouvoir. Ces deux éléments permettent de requalifier cette sanction en véritable déchéance »[738]. C'est bien « du fait de son comportement [que] le créancier est déchu de ses droits à l'encontre de la caution »[739].

300. **Déchéance et proportionnalité de la mesure.** Il reste à tester la proportionnalité du mécanisme de l'article 2314 du Code civil. Le créancier semble devoir conserver tous les droits préférentiels à défaut de quoi il serait privé du bénéfice du cautionnement, et par extension, privé de l'intégralité du paiement de sa créance puisque, s'il actionne la caution, c'est parce que le débiteur est défaillant. Toutefois, afin d'éviter une disproportion de la mesure, il est admis que « l'incombance mise à la charge du créancier ne consiste pas à conserver l'ensemble de ses sûretés, d'une manière générale. Il doit seulement conserver ses sûretés dans la limite de la dette garantie par la caution. Au-delà, il a toute liberté pour agir comme bon lui semble, même s'il en résulte une diminution de son

[735] E. CORDELIER, « À propos de l'article 2037 du Code civil. Observations sur le droit préférentiel », RTD com. 2004, p. 667. « L'objectif recherché est de sanctionner un créancier égoïste ».
[736] F. LUXEMBOURG, *op. cit.* p. 286, n° 724.
[737] J. THÉRON, « La défense de la caution limitée par le principe de la concentration des moyens », RD banc. et fin. n° 5, sept. 2012, dossier 40, spéc. n ° 14.
[738] F. LUXEMBOURG, *op. cit.* p. 286, n° 724.
[739] E. CORDELIER, « À propos de l'article 2037 du Code civil. Observations sur le droit préférentiel », RTD com. 2004, p. 667.

patrimoine. Autrement dit, l'incombance du créancier ne concerne que les sûretés dont la valeur est suffisante pour permettre à la caution de recouvrer sa créance »[740]. Mieux, le créancier pourra faire échec à ce moyen de défense de la caution s'il démontre que le droit préférentiel n'aurait de toute façon procuré aucun avantage à la caution[741].

En outre, un autre auteur parle de la déchéance de l'article 2314 du Code civil comme d'une limite « proportionnée »[742] en s'appuyant toutefois sur un autre fondement. Il souligne à juste titre qu'en cas de dettes futures, la déchéance porte sur l'obligation de règlement et non sur l'obligation de couverture[743]. Dès lors, la déchéance ne touche pas le cautionnement prévu pour les dettes à naître mais bien l'obligation de la caution de payer le créancier quant au cautionnement spécifique de la dette pour laquelle les droits préférentiels utiles au recours subrogatoire de la caution n'ont pas été conservés par le fait du créancier.

301. **Déchéance-limite.** La déchéance est alors le remède approprié à la paralysie découlant du non-exercice de la prérogative[744] et est *a fortiori* une limite pertinente à l'abstention. La déchéance agit néanmoins, dans ce dernier cas, comme protection d'autrui. C'est pourquoi, la déchéance suite à une abstention est une déchéance-limite et non une déchéance-sanction. Il n'est en effet pas opportun de mettre sur un même pied d'égalité, par exemple, les déchéances présentes dans les contrats d'assurance qui sanctionnent l'assuré qui ne déclare pas son sinistre dans les délais prévus par la police d'assurance et la déchéance encourue par celui qui surévalue frauduleusement les pertes subies ou bien encore celui qui ne déclare pas une éventuelle augmentation des risques. De même, la déchéance du bénéfice de la procédure de surendettement contenue à l'article L. 333-2 du Code de la consommation pour fausse déclaration ou remise de documents inexacts,

[740] F. LXEMBOURG, *op. cit.* p. 353, n° 937.
[741] Cass. 1ère civ. 24 oct. 2006, Bull. civ. I, n° 436, D. 2006, p. 2908, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RLDC 2006, n° 33, p. 28, comm. J.-J. ANSAULT ; CA RIOM, com. 21 mars 2012, n° 10/02550, JurisData n° 2012-010269 ; Ph. SIMLER, « Cautionnement. Extinction par voie principale. Bénéfice de cession d'action ou de subrogation. Défaut de proportionnalité », JCI, fasc. 70, 13 mai 2013, mis à j. 2 juin 2015.
[742] R. MARTY, « Cautionnement et comportement du créancier », JCP E. n° 37, 13 sept. 2007, 2062.
[743] Sur cette distinction V. C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Thèse, Préf. M. CABRILLAC, Libr. Techn. 1979.
[744] D. HOUTCIEFF, « Une extension du champ d'application du bénéfice de subrogation », D. 2006, p. 1693.

dissimulation de tout ou partie de ses biens, aggravation de l'état de son endettement raisonne comme une sanction parce que les faits sont graves. Ce n'est pas la même chose que de s'abstenir d'exercer sa prérogative en toute bonne foi pour ne pas jouir des effets y étant attachés. Cette nuance se retrouve d'ailleurs dans la définition de l'incombance.

302. **Incombance.** Dans le *Vocabulaire juridique* de CORNU, l'incombance est en effet définie comme « une charge, un devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir ». La perte des avantages n'est donc pas assimilée à une réelle sanction mais résulte plutôt d'une conséquence logique engendrée par un comportement ne faisant rien pour éviter cette conséquence alors que le titulaire de la prérogative ouvrant droit à l'avantage le pourrait.

303. **Rôle complémentaire de la déchéance.** La déchéance de l'article 2314 du Code civil renvoie donc à une « conception originale de la bonne foi et de la potestativité »[745]. Cette limite s'ajoute en effet à celle s'appliquant à la prérogative objet de l'abstention du créancier cautionné. Par exemple, si le créancier s'abstient de renouveler l'inscription de son hypothèque, dans le délai imparti, il est forclos. Il ne pourra donc pas renouveler cette inscription lorsqu'il actionnera la caution. De fait, il risque de voir la caution lui opposer la déchéance de son droit à exercer l'action en paiement contre elle, même si cette action puise sa source dans le contrat de cautionnement qui, lui, persiste[746]. Par conséquent, le créancier doit anticiper le plus possible sa volonté d'actionner la caution pour déterminer s'il prend le risque de ne pas exposer les frais de la réinscription. Toutefois, cette volonté est subséquente à la solvabilité du débiteur et à sa bonne exécution. En somme, il est presque demandé au créancier cautionné d'être voyant. Il n'en demeure pas moins que le prix à payer pour pouvoir se prévaloir du cautionnement est de bien effectuer les formalités et les démarches propres à chaque droit préférentiel garantissant la dette, malgré le temps et les frais exposés pour se prémunir du non-paiement du débiteur. En résumé, la déchéance sera encourue par

[745] D. HOUTCIEFF, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », RTD civ. 2006, p. 191.
[746] En cela la déchéance se distingue de la résolution.

le créancier du fait de l'inexécution du débiteur puisque si ce dernier s'exécute, aucun moyen de défense ne saurait être avancé par la caution non inquiétée.

304. **Transition.** Après la caducité et la déchéance qui limitent de manière stricte et autonome le délai imparti et *a fortiori* la liberté de s'abstenir, il convient de s'intéresser à des cas plus particuliers où le législateur n'a pas limité l'abstention par un mécanisme privant l'agent de sa puissance sur sa propre prérogative - et les avantages subséquents - mais où il interprète arbitrairement l'absence d'exercice dans le délai imparti.

§2) L'interprétation légale de certaines abstentions

305. **Principe.** Le législateur décide, en effet, du sens à donner à l'abstention du titulaire de la prérogative au terme du délai imparti prévu, pour accepter ou s'opposer à quelque chose, afin que l'incertitude ne s'éternise pas. La solution se rapproche de plus en plus de la limite-sanction. Une différence demeure toutefois, parce que, si le titulaire de la prérogative avait vraiment voulu que les effets inverses de la solution légale, il se serait manifesté dans les temps. Il ne peut que s'attendre à ce qui advient lorsque le délai est expiré selon l'adage « nul n'est censé ignoré la loi ». Ainsi, l'interprétation légale emporte l'avantage d'interpréter, avec certitude, le silence adopté une fois le délai écoulé.

306. **Silence.** L'équivocité de l'abstention engendre la nécessité d'une interprétation. La problématique rejoint alors celle du silence, lui aussi équivoque par nature[747], et de son interprétation. La singularité de l'abstention réside de nouveau dans le caractère volontaire du silence gardé par le titulaire de la prérogative. C'est d'ailleurs ce qui le rend suspect aux yeux de certains[748], notamment parce que « l'arbitraire se complaît dans le silence », pour reprendre la

[747] Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, Manuel, 12ème éd. 2012, p. 104, n° 133 *adde* M. PÉRIER, « L'éloge du silence », Gaz. Pal. 17 août 2010, n° 229, p. 13.

[748] En particulier lorsqu'il émane d'un professionnel. V. C. ZOLINSKI, « L'ambivalence du silence révélée par le droit de la consommation », *in* N. MARTIAL-BRAZ et F. TERRYN (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS éd. Bibl. de l'IRJS-André TUNC, t. 54, 2014, p. 21, spéc. p. 22-23.

formule utilisée par Madame MATHIEU[749]. Pourtant, le silence peut se révéler être l'unique solution pour préserver sa stratégie face à ses concurrents. L'incertitude est en effet « essentielle à la libre concurrence » comme le rappelle Madame le Professeur BÉHAR-TOUCHAIS de manière très pertinente[750]. De même, le droit de se taire est un droit de la défense, le gardé à vue peut choisir de garder le silence pour ne pas s'incriminer lui-même. En outre, dans un tout autre registre, le silence peut être choisi pour préserver un secret, tel un secret de famille dans l'objectif de conserver paix et stabilité. Dès lors, l'abstention sous forme de silence est tout à la fois polymorphe et polysémique, problématique et vertueux.

Le silence peut ainsi intervenir suite à une sollicitation d'autrui (A). Le titulaire de la prérogative s'abstient alors de répondre afin de ne pas être engagé dans un sens ou dans l'autre ; mais le silence peut être aussi la manifestation muette d'une absence de contestation suite à la prise de connaissance d'un élément concernant ses prérogatives même si autrui n'a pas forcément sollicité d'avis (B).

A. L'interprétation du silence suite à une sollicitation d'autrui

307. **Principe.** La question qui se pose est de savoir s'il faut considérer que le titulaire de la prérogative qui s'abstient accepte ou refuse la proposition ou l'avantage qui lui est soumis pour avis ou autorisation. Le titulaire de la prérogative ne se prononce pas sciemment. Aussi, dans le dessein, à nouveau, de limiter le blocage d'une situation, le législateur a-t-il utilisé les délais pour mettre en place une limite à l'équivocité de l'abstention. Au terme du délai imparti, la loi tranche la question en donnant un sens au silence, refus ou acceptation, selon l'intérêt que le législateur a pensé être celui qui avait besoin d'être le plus protégé. L'agent qui s'abstient se verra alors imposer les conséquences de l'interprétation légale.

308. **Rôle dissuasif.** Ceci est d'autant plus vrai que si le principe général entre particuliers est que le silence ne peut valoir seul ni acceptation, ni renonciation à

[749] C. MATHIEU, « L'ambivalence du silence en droit du travail », *in* N. MARTIAL-BRAZ et F. TERRYN (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS éd. Bibl. de l'IRJS-André TUNC, t. 54, 2014, p. 49, spéc. p. 51.

[750] M. BÉHAR-TOUCHAIS, « L'ambivalence des opérateurs économiques en droit de la concurrence », *in* N. MARTIAL-BRAZ et F. TERRYN (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS éd. Bibl. de l'IRJS-André TUNC, t. 54, 2014, p. 33, spéc. p. 36.

son droit, il faut constater qu'il existe des dispositions spécifiques pour l'interprétation de certains silences. Cela est loin d'être neutre. L'interprétation légale est alors arbitraire et a un rôle dissuasif pour le titulaire de la prérogative. L'interprétation légalement prévue s'effectue en effet dans la grande majorité des cas au profit d'une acceptation et exceptionnellement au profit du refus, or, les conséquences d'une acceptation « imposée » semblent plus lourdes à subir que celles d'un refus.

309. **Interprétation de l'abstention en acceptation.** Ainsi, l'abstention sera, dans différents cas, limitée, transformée même, en acceptation au terme du délai imparti au titulaire de la prérogative pour choisir. Il est possible d'évoquer, en guise d'illustration, l'article L. 145-49 du Code de commerce qui dispose que l'absence de réponse concernant la demande du preneur pour une déspécialisation du bail pendant trois mois, vaut acceptation[751]. Ceci se reproduit dans l'hypothèse où le bailleur ne répond pas au locataire ayant sollicité le renouvellement du bail commercial. L'article L. 145-10 du Code de commerce prévoit en effet que dans les trois mois de la signification de la demande en renouvellement, le bailleur doit, dans les mêmes formes, faire connaître au demandeur s'il refuse le renouvellement en précisant les motifs de ce refus. À défaut d'avoir fait connaître ses intentions dans ce délai, le bailleur est réputé avoir accepté le principe du renouvellement du bail précédent[752]. En revanche, il a été jugé que, malgré son absence de réponse, le bailleur ne perd pas le droit d'exiger un nouveau loyer[753].

Le délai est le même mais la logique de ces deux articles est différente. Le premier donne un sens au silence tandis que le second prend acte au terme du délai imparti de l'absence de refus.

---

[751] Délai à calculer à compter de la signification à l'aide des articles 341 et 342 du CPC. V. J. LAFOND, « Bail commercial. Destination des lieux. Déspécialisation », J.-Cl. N. fasc. 270, 25 nov. 2013, mis à j. 3 sept. 2014. En outre, il convient de noter que les juges assimilent la réponse non donnée par acte extra-judiciaire à une absence de réponse : Cass. 3ème civ. 11 juin 2008, n° 07-14551, AJDI 2009, p. 27, note P. DUMONT-LEFRAND ; JCP E. 2008, p. 14, note P.-H. BRAULT.

[752] Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 11-21.340, AJDI 2013, n° 5, p. 346, note Y. ROUQUET ; RD rur. mars 2013, p. 26, note S. CREVEL ; Loyers et copr. 2013, n° 2, p. 31, note E. CHAVANCE. Faute de réponse du bailleur indivis majoritaire à la demande de renouvellement du locataire d'un bail commercial dans les trois mois, le bail s'est renouvelé aux clauses et conditions du bail expiré.

[753] Cass. 3ème civ. 4 mai 2011, n° 10-15473, Bull. civ. III, n° 65, D. 2011, Actu 1345, obs. Y. ROUQUET ; RJC 2011, n° 4, p. 420, note P. GOURDON ; Rev. Loyers et copr. 2011, n° 7, p. 23, note E. CHAVANCE ; Gaz. Pal. juill. 2011, p. 26, note J.-D. BARBIER et C.-E. BRAULT.

310. **Interprétation de l'abstention en renonciation ou refus.** L'abstention n'est pas une renonciation ou un refus par elle-même[754], mais le pouvoir du législateur le conduit parfois à prévoir son interprétation dans le sens d'un refus ou d'une renonciation. Ainsi en est-il de l'abstention de l'associé. Ce dernier dispose de droits politiques. Selon l'article 1844 du Code civil, il a en effet « le droit de participer aux décisions collectives ». En conséquence, il peut prendre part aux décisions stratégiques de la société[755]. Cette prérogative se scinde en deux droits : le droit d'assister aux assemblées et le droit de voter. Ceux-ci sont notamment garantis par la possibilité de voter par correspondance prévue à l'article L225-107 du Code de commerce pour les actionnaires d'une SA. Pour autant, en l'absence d'intention de nuire à la société[756], l'abstention d'un associé ne revêt pas de caractère fautif[757]. En revanche, cette abstention fait l'objet d'une interprétation légale pour que la société puisse poursuivre son activité sans être gênée, or cette interprétation prend la forme d'un vote contre[758].

311. **Une interprétation légale servant une stratégie.** Il convient, de plus, de mettre en relief la particularité de l'abstention. Le titulaire de la prérogative n'accepte pas et ne refuse pas, volontairement. Ajouté à cela sa connaissance de la loi, celle-ci étant présumée, il peut notamment s'abstenir pour éviter que ne lui soit reproché le fait d'avoir dit « non », mais sans vouloir pour autant accepter par lui-même. Il préfère alors subir la solution légale pour préserver son intégrité et parfois un statut de « victime » du législateur auprès d'un tiers pour conserver, par exemple, sa relation avec ce dernier, relation qui s'opposait à ce que le titulaire de la prérogative accepte.

312. **Abstention d'un créancier quant aux propositions de vente amiable.** Ainsi, lorsqu'un créancier s'abstient de prendre parti sur les propositions de vente

[754] *Cf Supra*.
[755] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 29ème éd. 2016, p. 210, n° 434 et s.
[756] Ex d'abus de minorité : CA Paris, 25 nov. 2014, n° 13/12297, JurisData n° 2014-032247, associé minoritaire qui bloque l'augmentation de capital, l'abstention est le « fruit de sa volonté de préserver ses intérêts propres au détriment de l'intérêt social ».
Ex d'abus de majorité : Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-16247, Bull. civ. I, n° 263, D. 2000, p. 63, « L'abus de majorité négatif », note B. DONDERO.
[757] CA Paris, 3ème ch. 15 déc. 1989, Bull. Joly 1984, n° 292, JurisData n° 1989-000212.
[758] Art. R225-76 C. com, « assimilée à un vote défavorable à l'adoption de la résolution ».

amiable et de faire connaître au créancier saisissant la nature et le montant de sa créance dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la lettre, il est réputé avoir accepté les propositions de vente en application de l'article R. 522-13 du Code des procédures civiles d'exécution. En effet, pour le créancier saisissant, le temps passe et les risques augmentent. C'est pourquoi, le texte ajoute que, « si, dans le même délai, il ne fournit aucune indication sur la nature et le montant de sa créance, il perd le droit de concourir à la distribution des deniers résultant de la vente amiable, sauf à faire valoir ses droits sur un solde éventuel après la répartition ». Une question émerge alors. Y a-t-il une exigence de sollicitude, de bonne foi sans rapport contractuel entre le créancier saisissant et les autres créanciers d'un même débiteur ? Il semble que oui. Le fondement de cet élément éthique se trouve dans le fait que les créanciers d'une procédure forment « une masse » afin qu'il n'y ait que deux camps : le débiteur et les créanciers. Cette organisation vise à empêcher les créanciers de ne rechercher que la seule satisfaction de leurs intérêts personnels. Par conséquent, il paraît logique de fournir les informations nécessaires au créancier saisissant, qui s'est révélé être le plus diligent en mettant son énergie au service de l'intérêt collectif[759]. Par ailleurs, il importe de noter certaines particularités pratiques du mécanisme étudié. Tout d'abord, une interprétation légale peut intervenir comme seconde limite ou peut être adaptée selon des circonstances préalablement déterminées par le législateur.

313. **Combinaison avec d'autres limites.** Ainsi, l'abstention de répondre à la demande de déspécialisation du bail montre que les limites citées ici peuvent être combinées par le législateur pour ne pas laisser de failles dans la protection d'autrui. Les limites peuvent ainsi être complémentaires entre elles. En effet, le bailleur est réputé avoir accepté la déspécialisation et il est, de surcroît, forclos à se prononcer sur le sujet, une fois le délai écoulé[760].

314. **Une interprétation légale attachée aux circonstances.** Autre particularité ensuite, l'interprétation d'un même silence peut s'effectuer en faveur de l'acceptation ou du refus selon les circonstances, lesquelles sont alors déterminées

[759] J. THÉRON, « L'intérêt collectif des créanciers enfin défini ! », Gaz. Pal. 22 sept. 2015, p. 19, note Cass. com. 2 juin 2015, n° 13-24714.
[760] *Cf Supra* n° 277-278.

par le texte. C'est le cas de l'abstention du salarié de répondre pendant un mois à la lettre recommandée avec accusé de réception de son employeur qui envisage une modification du contrat de travail. Il est en effet important de lever l'incertitude et de trancher la situation puisque cela affecte l'organisation de l'entreprise, surtout en cas de difficultés financières de cette dernière. C'est pourquoi, afin de protéger les intérêts de l'entreprise, l'article 1222-6 du Code du travail prévoit que, si la décision de modification du contrat de travail intervient pour un motif économique, le silence vaut acceptation. En revanche, si cette proposition ne relève pas d'un motif économique, le silence vaut refus.

Dans les hypothèses précédentes, le silence a été conservé suite à un questionnement explicite d'autrui, mais la loi prévoit aussi une interprétation du silence même lorsque l'avis du titulaire de la prérogative n'a pas été expressément sollicité.

B. L'interprétation du silence sans sollicitation d'autrui

315. **Hypothèse.** Toute abstention est un tant soit peu une absence de contestation. Le titulaire de la prérogative s'abstient d'exercer celle-ci alors qu'il avait le pouvoir, sinon de contrer, au moins de contester la situation. En l'occurrence, l'hypothèse développée est plus réduite. Il s'agit de l'abstention de faire connaître son opposition durant le délai imparti afin d'attendre de pouvoir le faire sans qu'autrui ne demande ou n'attende un quelconque avis du titulaire de la prérogative.

316. **Exemples.** Les exemples de l'interprétation du silence se rencontrent dans des matières très diverses ce qui appuie l'idée qu'il s'agit d'une méthode particulièrement utilisée en cas de silence. Ainsi, la liste des créances nées après le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire est publiée. Cette liste prévue par l'article L. 641-13 du Code de commerce peut être consultée par tout intéressé qui se voit impartir un délai d'un mois pour la contester devant le juge-commissaire. En l'absence de contestation d'erreurs, le créancier ne peut plus mettre en avant les erreurs présentes sur le relevé des créances publié. En conséquence, la créance retenue est la somme présente dans le relevé des créances

publié et déposé aux greffes[761]. L'agent ne dispose plus du moyen de contestation, son silence valant approbation malgré le risque d'un écart conséquent entre la créance due et la somme publiée.

Par ailleurs, cette présomption d'accord se retrouve en cas d'abstention d'un créancier de s'opposer au changement de régime matrimonial de son débiteur pendant un délai de trois mois à compter de la publication au journal d'annonces légales. Ce changement peut, en effet, être contraire à son intérêt mais pas obligatoirement. Le changement de régime matrimonial du débiteur peut au contraire lui être profitable notamment lorsque cela étend son droit de gage général. L'absence d'opposition dispense par ailleurs les époux d'une demande d'homologation de la convention au juge[762], ce qui leur permet d'éviter des frais d'avocat. L'explication se situe dans le fait que le législateur considère que l'absence de contestation du créancier démontre une absence de préjudice majeur[763] et équivaut alors à une approbation[764]. En outre, les créanciers non opposants restent protégés par leur possibilité d'intenter une action paulienne « s'il a été fait fraude à leurs droits » [765]. Autre exemple, en droit bancaire cette fois, où il a été jugé que la réception par le client de la banque de ses relevés de compte non suivie de protestation dans le délai imparti crée une présomption d'accord sur les opérations présentes sur ce relevé[766].

317. **Une solution sévère mais garante de sécurité juridique.** Finalement, le Droit a trouvé une manière efficace mais draconienne de répondre aux difficultés posées, ce qui n'est pas sans conséquence pour le titulaire de la prérogative, constat à l'origine d'un bilan mitigé. Ainsi, comme le rappelait très bien un auteur sous forme d'éloge, « loin d'être neutre, le silence, lorsqu'il est agité par conjoncture et pour ainsi dire électrisé par les circonstances ou lorsque la loi s'en

[761] CA Riom, com. 27 mars 2013, n° 12/00264, JurisData n° 2013-006554.
[762] CA Colmar, 2 avril 2015, n° 15/00531.
[763] La charge de la preuve d'une atteinte aux intérêts du créancier pèse en effet sur celui-ci (Cass. 1ère civ. 2 avril 1996, n° 94-15298, inédit).
[764] Art. 1300-2 CPC : « La mention du changement de régime matrimonial en marge de l'acte de mariage est requise par le notaire. Celui-ci adresse à l'officier d'état civil un extrait de l'acte et un certificat établi par lui précisant la date de réalisation des formalités d'information et de publication de l'avis et attestant de l'absence d'opposition ».
[765] Art. 1397 C. civ. *Adde* Cass. 1ère civ. 29 mai 1979, n° 78-10165, Bull. civ. n° 157.
[766] Cass. com. 13 nov. 2012, n° 11-25596, J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Quelle force probatoire au silence du client en matière bancaire ? », EDBA, 1er janv. 2013, n° 1, p. 1 ; JCP E. 2013, p. 40, chron. N. MATHEY.

empare, a, dans la majorité des cas, une valeur »[767]. Cette caractéristique apportée par le Droit au silence permet de faire cesser les troubles à l'ordre mais ce n'est pas sans inconvénient pour l'agent. Ce dernier ne peut, en effet, plus se plaindre une fois le délai imparti écoulé. Au contraire, il est mis devant le fait accompli. Il est ainsi dépossédé de sa liberté de choix. Pour preuve, un arrêt de la Cour d'appel de Riom qui a ainsi relevé que l'absence de réaction de la société bailleresse, « parfaitement avertie » mais « taisante après la réception » d'une lettre recommandée, ayant pour objet la résiliation d'un bail commercial, ne peut valablement manifester son désaccord deux mois après la réception de la lettre[768]. En conséquence, le congé donné et non contesté est régulier et opposable au bailleur. De même, la Cour de cassation n'encourage pas ceux qui s'abstiennent à se plaindre d'une violation de leur droit par la suite. C'est pourquoi, elle refuse de reconnaître à un administrateur révoqué la violation d'un de ses droits parce qu'il s'est abstenu de participer aux délibérations ayant conduit à sa révocation[769].

Mais, doter le silence d'un sens juridique favorise la sécurité juridique[770]. Pour lui conférer ce sens, le Droit donne au silence un « contenu »[771]. Cette méthode dont l'efficacité ne fait nul doute, malgré l'éventuel ressenti d'injustice pour celui qui n'avait pas assez réfléchi aux effets juridiques de son silence et qui se voit appliquer l'effet légalement prévu, a été reprise par la réforme du droit des obligations notamment aux articles 1123 et 1158 du nouveau Code civil. Ces textes interprètent le silence à défaut de réponse afin de créer une certitude même fictive.

318. **L'art de garder le silence.** Il est parfois sage de se taire, voire un art selon un ouvrage qui défend l'idée selon laquelle il y aurait un temps pour se taire[772]. Il paraît, en effet, moins risqué dans certaines situations de prendre soin de garder le silence en application de l'adage « dans le doute, abstiens-toi ». Il conviendra alors de prendre soin de ne pas violer une obligation.

---

[767] M. PÉRIER, « L'éloge du silence (suite et fin) », Gaz. Pal. 28 déc. 2010, n° 362, p. 6.
[768] CA RIOM, com. 27 mars 2013, n° 12/00711, JurisData n° 2013-009839.
[769] Cass. com. 10 juill. 2012, n° 11-23280, Bull. Joly sociétés, 1er janv. 2013, n° 1, p. 29, note J.-F. BARBIÉRI ; Rev. sociétés, 2013, p. 294, note C. TABOUROT-HYEST.
[770] C. MATHIEU, art. préc. spéc. p. 59.
[771] M. VIVANT, « Rapport de synthèse », *in* N. MARTIAL-BRAZ et F. TERRYN (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS éd. Bibl. de l'IRJS-André TUNC, t. 54, 2014, p. 255, spéc. p. 260.
[772] Abbé DINOUART, *L'art de se taire*, Petite Bibl. Payot, 2ème éd. 2011.

319. **Comparaison synthétique des limites temporelles.** Finalement, la prescription sert la lutte contre l'engagement illimité. La forclusion est plus une question d'opportunité. Elle assure l'ordre et la sécurité juridique pour éviter des procédures à rallonge. La caducité marque la fin de vie d'un acte par écoulement du temps. La déchéance confine à la sanction. Le temps transforme alors presque l'abstention en négligence. Une interprétation arbitraire, mais clairement déterminée de l'abstention, est, en outre, parfois nécessaire pour parfaire l'ensemble de ces limites temporelles à l'abstention qui vont se compléter à certaines occasions.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

320. **Les limites temporelles entre perpétuité, immédiateté et retard.** Le Droit utilise le temps pour borner l'exercice des prérogatives par leurs titulaires afin de rendre possible une vie sociale et que les intérêts des différents protagonistes soient protégés. La fonction première de ces limites est la protection du destinataire de l'abstention et de ses ayants-droits. Monsieur le Professeur STOFFEL-MUNCK affirmait d'ailleurs de manière très pertinente que la prescription « oblige le créancier à se découvrir et l'empêche d'exercer une pression perpétuelle sur le débiteur en agitant la menace de créances »[773].

Les mécanismes cités marquent objectivement le terme du délai. Ce genre de limite n'est d'ailleurs pas propre au Droit français[774]. Ainsi, au terme du délai imparti, l'abstention du titulaire cesse parce que le choix n'est plus reconnu au titulaire de la prérogative. En effet, le Droit ne conçoit pas que le titulaire d'une prérogative puisse s'abstenir indéfiniment. L'abstention est ainsi bornée dans le temps par un délai prédéfini et *a priori* connu du titulaire de la prérogative.

Cependant, en instaurant des limites temporelles, le législateur permet que la personne dispose d'un certain délai pour choisir et exercer ou non sa prérogative. Mieux, il s'oppose à une éventuelle règle d'immédiateté.

Ce qui est alors problématique, c'est moins le fait de ne pas avoir agi pendant le délai imparti que d'agir après le délai imparti donc le fait d'être en retard, parce qu'un exercice tardif peut s'avérer « dangereux » et « nuisible »[775]. Dès lors, les limites temporelles sont garantes de la liberté d'abstention puisqu'elles n'interviennent qu'au terme du délai spécialement imparti, donc une fois que l'abstention n'est plus possible. Ceci est d'autant plus vrai que le Droit instaure des limites davantage pour contrebalancer les inconvénients de l'équivocité de l'abstention que pour s'opposer à la volonté de l'agent de retenir sa prérogative. Bien que les limites temporelles s'appliquent à l'abstention, elles ne prennent toutefois pas vraiment en compte l'intention caractéristique de l'abstention, ni les motifs du titulaire de la prérogative qui s'abstient, ni les conséquences

[773] Ph. STOFFEL-MUNCK, « Alertes sur les prescriptions extinctives l'article 2244 du Code civil n'est plus d'ordre public », D. 2003, p. 155.
[774] Le vocable de « *statutes of limitations*» est consacré par le Droit américain pour désigner le mécanisme analogue à notre prescription B. FRANÇOIS, « La prescription extinctive en droit américain et en droit français : différences et convergences », Rec. D. 2008, p. 2543.
[775] E. SALLE DE LA MARNIÈRE, art. préc. spéc. p. 1044.

effectivement subies par autrui. Ce n'est pas non plus le type d'abstention qui détermine la limite ou la durée au bout de laquelle l'agent ne dispose plus librement de sa prérogative.

321. **Des limites à invoquer en principe.** Les limites temporelles semblent être automatiques, pourtant, cela ne va pas toujours de soi. Lors des litiges présentés au juge, ce dernier n'a pas systématiquement l'obligation d'invoquer la limite qui s'applique. En principe, la prescription ne peut pas, en effet, être relevée d'office par le juge en ce qu'elle revêt un « aspect d'intérêt privé »[776] qui impose aux parties de défendre leurs propres intérêts car « c'est sur elles que pèse la charge de la preuve »[777]. La prescription ne peut donc être relevée d'office. Deux exceptions existent toutefois. La première peut être observée lorsque l'action est relative à la réparation des délits liés aux abus de la liberté d'expression appartenant à la loi du 29 juillet 1981. La seconde exception est liée à la qualité d'une des parties. Aussi, en application de l'article L. 141-4 du Code de la consommation, le juge peut-il soulever d'office toutes les dispositions de ce Code, donc les prescriptions prévues par celui-ci. En outre, le juge doit appliquer le délai buttoir. De son côté, la forclusion a la particularité de pouvoir, en principe, être relevée d'office par les juges[778]. En fait, le juge a une simple faculté de relever d'office, sauf lorsque les fins de non-recevoir ont un caractère d'ordre public. Concernant la déchéance, le juge, « bouche de la loi », doit appliquer celle-ci. Il doit donc prononcer la déchéance prévue à l'article 2314 du Code civil lorsque le recours subrogatoire de la caution n'a pas été protégé en raison du fait que le droit préférentiel perdu était un droit sur lequel la caution pouvait légitimement compter et que le créancier pouvait facilement rendre efficace.

322. **Problématique de l'autorité légale du temps.** Cependant, il n'en demeure pas moins que les limites temporelles portent atteinte aux prérogatives. C'est la raison pour laquelle un auteur reproche à l'institution de la prescription d'être « injuste et

[776] F. ROUVIÈRE, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », LPA, 31 juill. 2009, n° 152, p. 7.
[777] *Ibidem*.
[778] Art. 125 CPC.

immorale »[779]. Il est vrai que la fixation des délais est arbitraire[780]. C'est la raison pour laquelle il est important que le principe de proportionnalité soit scrupuleusement respecté. La recommandation n° 3 du Sénat allait d'ailleurs dans ce sens en préconisant la conservation « d'un lien » entre la gravité du fait et la durée du délai de prescription[781].

En fait, il semble que la longueur des délais légalement impartis et la possibilité pour les parties de les ajuster soient le reflet d'une volonté politique[782]. Mais, aujourd'hui, avec les diminutions répétées des délais de prescription et leur complexité, il y a un risque de prolifération d'actions impétueuses des titulaires de droits afin d'être sûr d'agir à temps au détriment d'abstentions raisonnables. De plus, agir au sein du temps imparti ne signifie pas toujours agir utilement ou loyalement, ce qui justifie que d'autres limites puissent être opposées au titulaire d'une prérogative[783].

323. **Une liberté d'abstention à préserver.** Lorsque le titulaire de la prérogative n'est pas seul en jeu, il est préférable pour lui qu'il ménage l'intérêt des autres à moins qu'autrui ne soit pas affecté dans le futur par cette abstention. En revanche, s'il est certain et juste que la liberté de l'agent soit touchée par la préservation des intérêts d'autrui, cela n'implique pas qu'il soit systématiquement tenu de faire tout son possible pour maintenir les droits éventuels de ce dernier. Au contraire, le titulaire de la prérogative dispose de cette dernière et sa mise en œuvre doit être laissée à sa libre appréciation. C'est son choix, sa liberté de rester inactif dans une certaine mesure. L'exercice de la prérogative s'analyse comme une possibilité d'action en puissance. Ainsi, son titulaire dispose d'une option entre passer à l'action ou demeurer dans la situation qui est la sienne et décider de ne pas donner *ipso facto* une réalité active à son droit qui reste, par conséquent, en apesanteur. Paradoxalement, ou contradictoirement selon certains, ce n'est pas parce qu'une

---

[779] A. COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, préf. D. FENOUILLET, Defrénois, lextenso, Coll. de thèses, t. 46, Doctorat et Notariat, p. 53, n° 101.
[780] X. DIEUX, *op. cit.* p.14.
[781] Rapport sur la proposition de loi (n°433), adoptée par le Sénat, portant réforme de la prescription en matière civile par M. le député E. BLESSIG, Assemblée nationale, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avr. 2008.
[782]« Chaque système socio-politique et socio-économique manipule la notion de temps conformément à ce qu'il estime être ses intérêts du moment. » (A. BRIMO, « Réflexions sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'état », *in Mélanges offerts à P. HÉBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 163).
[783] *Cf Infra* n° 370 et s.

telle attitude peut paraître égoïste qu'elle n'est pas légitime. Le titulaire de la prérogative peut donc avoir un comportement égoïste dans une certaine mesure. Reste à déterminer laquelle pour évincer les limites inutiles. La nécessité de limites n'est pas contestée. Néanmoins, parmi les moyens utilisés pour encadrer l'abstention, certains sont contestables parce qu'en traduisant « une durée sans pardon »[784], ils constituent de véritables sanctions.

[784] E. PUTMAN, « Le temps et le droit », Dr. et patr. n° 78, 1er janv. 2000, p. 43.

CHAPITRE II :

LES SANCTIONS CONTESTABLES

324. **Contestation.** Le motif de la sanction est ici l'abstention du titulaire d'une prérogative, or il a été démontré que ce n'est pas une faute[785]. Une sanction a pourtant pour fonction de punir l'auteur d'une faute, en raison de la violation d'une obligation. Punir va au-delà de limiter. La limite sert à mettre un terme à quelque chose afin que cette dernière ne dégénère pas en excès. La punition cherche au contraire à priver la personne incriminée de quelque chose qu'elle avait ou non mais qu'elle voulait dans tous les cas. La sanction a ainsi un caractère vexatoire en ce qu'elle s'oppose à la volonté de la personne qui se la voit infliger. C'est pourquoi, lorsque les juges instaurent une sanction[786] au titulaire d'une prérogative qui s'est abstenu, ils vont trop loin. C'est ce qui va être démontré ici.

325. **Atteinte à la liberté d'abstention.** Une telle initiative du juge nuit en effet à la liberté d'abstention alors que son rôle devrait plutôt être de la protéger. Monsieur le Professeur MAZEAUD a d'ailleurs relevé la contradiction de ce procédé en exprimant le fait « qu'il est pour le moins curieux, lorsque le créancier fait spontanément preuve de patience à l'égard de son débiteur, et qu'il lui offre un répit indépendamment de toute contrainte judiciaire, qu'il soit suspecté de mauvaise foi »[787].

Les sanctions que les juges prononcent ont en effet le défaut de s'opposer à toute abstention, l'imprévisibilité alors créée étant de nature à apeurer les titulaires de prérogatives. Les magistrats multiplient effectivement les obligations à la charge de celui qui avait pourtant légalement la possibilité de s'abstenir en l'absence d'une norme spécifique contraire. La sanction alors appliquée est l'extinction de la prérogative par la reconnaissance d'une obligation contraire

[785] *Cf Supra* n° 14-15.

[786] Le juge oppose à l'agent une nouvelle obligation d'agir : Cass. 3ème civ. 17 sept. 2013, n° 12-21498, rev. gén. Drt. Ass. 2014, n° 1, p. 51, obs. J. KULLMANN ; Cass. com. 5 déc. 1995, n° 93-18936, Non publié au bull. Le juge ajoute une contrainte quant au délai : CA Paris, 22 juin 2001, D. 2002, p. 843, obs. C. COULON ; Gaz. Pal. 23 janv. 2003, n° 23, p. 31, obs. D. VERET et J. PAILLARD.

[787] D. MAZEAUD, « Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier », D. 1995, p. 230.

(Section I), mais les juges instrumentalisent aussi les limites temporelles (Section II) en forgeant un délai raisonnable en lieu et place du délai imparti, ce qui semble *contra legem*.

Section I/ L'extinction de la prérogative par la reconnaissance d'une obligation contraire

326. **Fondements flous.** La première méthode utilisée par les juges pour transformer une abstention en faute est de reconnaître une obligation qui place la prérogative, facultative par nature, en défaut. Cela vient fortement limiter la liberté du titulaire de la prérogative parce que le juge éradique alors la prérogative. Cette méthode est d'autant plus critiquable que la qualification s'effectue sur une base floue. L'analyse de la jurisprudence est alors nécessaire afin de déterminer et d'étudier les fondements sur lesquels s'appuient les juges pour justifier ce phénomène. Certes les qualifications sont légalement fondées (§1), mais ces fondements, aux contours peu clairs, se retrouvent à l'origine d'une solution inadéquate (§2).

§1) Des qualifications légalement fondées

327. **Méthode proche du forçage de contrat.** Le procédé qui revient à reconnaître une obligation contraire au comportement observé pour rendre celui-ci fautif n'est pas sans rappeler le forçage du contrat[788]. Les parties se voient, en effet, dans ce dernier cas, contraintes de respecter des obligations qu'elles n'avaient pas expressément prévues dans la lettre du contrat et qui ne découlent pas nécessairement de leurs intentions non exprimées. Ainsi, ont notamment vu le jour les obligations de sécurité[789], de prudence[790], de surveillance[791] ou de renseignement[792] par application de l'ancien article 1135 du Code civil[793]. Cette disposition « consacre [ainsi] le phénomène d'enrichissement du contenu des

[788] L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, DH 1933, p. 89 *adde* L. LEVENEUR, « Le forçage de contrat », Dr. et patr. 1998, n° 58, p. 69 s.
[789] Cass. 1ère civ. 21 nov. 1911, DP 1913-1-249.
[790] Cass. 1ère civ. 2 mai 1989, Bull. civ. I, n° 178.
[791] Cass. 1ère civ. 13 oct. 1987, Bull. civ. I, n° 262 et Cass. 1ère civ. 15 nov. 1988, Bull. civ. I, n° 318.
[792] Cass. 1ère civ. 10 mai 1989, RTD civ. 1989, p. 737.
[793] Art. 1194 nouveau C. civ.

conventions en dehors de la volonté des contractants »[794]. De plus, l'article 1147 de l'ancien Code civil[795] est employé dans les cas où la nature contractuelle de l'obligation qui est mise au jour n'est pas controversée afin d'engager la responsabilité du débiteur de l'obligation. Le but recherché est d'assurer une indemnisation de la victime. Par exemple, l'exécution du contrat de transport suppose que le transporteur ait l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination[796] et le notaire a l'obligation de s'assurer de l'efficacité de l'hypothèque dont il établit l'acte au regard de la situation juridique de l'immeuble et d'attirer l'attention du créancier sur les risques d'insuffisance de la sûreté[797]. Par conséquent, l'inaction volontaire contraire à une de ces obligations est qualifiée d'inexécution et non d'abstention. Ce raisonnement est repris plus largement.

328. **Exemple.** Les juges requalifient en obligations des facultés en s'appuyant sur des bases légales. La conséquence majeure est qu'une abstention peut alors devenir une inexécution susceptible de sanction. Le contentieux lié au paiement des loyers est particulièrement propice à l'avènement de nouvelles obligations, sur la base de ce qui n'était que facultatif à l'origine, à la charge des bailleurs aux fins de protection des locataires. Ainsi, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 16 juillet 1998[798] est intervenu pour sanctionner un bailleur qui s'était abstenu de recouvrer un arriéré de loyer, lequel a continué à s'accroître pendant presque deux ans. Le bailleur s'est abstenu d'agir contre le débiteur et contre la caution. De fait, les sommes dues n'ont pas été recouvrées et le bail s'est poursuivi permettant la naissance de nouvelles dettes de loyers. Dès lors, les juges considèrent que l'obligation de limiter la dette du débiteur engendre l'obligation pour le créancier de prendre soin de recouvrer les dettes dues au fur et à mesure et de mettre un terme au contrat[799] lorsque le débiteur n'exécute plus son obligation successive et qu'il devient évident qu'il ne le fera pas.

---

[794] J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », *in* Chr. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99.
[795] Repris à l'article 1231-1 du Code civil depuis l'ordonnance du 10 février 2016.
[796] Cass. civ. 21 nov. 1911, GAJ civ. 11ème éd. n° 262.
[797] Cass. 1ère civ. 5 oct. 1999, Bull. civ. I, n° 258 ; D. 1999, IR 244, Defrénois 1999, 1341, obs. J.-L. AUBERT.
[798] Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-17476, JCP G. 1999, II, 10000, obs. B. FAGES.
[799] *Cf Infra adde* CA Paris, 22 juin 2001, D. 2002, p. 843, obs. C. COULON ; Gaz. Pal. 23 janv. 2003, n° 23, p. 31, obs. D. VERET et J. PAILLARD.

329. **Adjonction d'obligations sur des fondements trop divers.** Différentes décisions montrent que les fondements utilisés par les juges pour requalifier une faculté en obligation sont très divers. Si l'arrêt de 1995[800] dont il sera question ci-après a été rendu sur la base de l'article 1134 de l'ancien Code civil, la décision de 1998[801] précitée a pour fondement l'article 1147 de ce même Code. Les juges s'appuient ainsi principalement sur les anciens articles 1134, 1135 et 1147 du Code civil. Les juges ont ainsi fait apparaître l'obligation de limiter la dette du débiteur, rendant alors le droit du créancier d'obtenir le paiement moins discrétionnaire et plus mesuré[802]. Un arrêt du 5 décembre 1995 de la Cour de cassation[803] montre l'intérêt et le poids de cette obligation pour le bailleur qui avait laissé la dette de loyers s'accroître pendant vingt-trois mois sans mettre en œuvre la clause résolutoire. Il est en effet dangereux pour le locataire d'avoir à s'acquitter d'une dette d'un gros montant plutôt que de payer régulièrement des sommes plus mesurées. L'abstention, en devenant l'inexécution d'une obligation, a eu pour conséquence quant au créancier de se voir reprocher une faute. En somme, le juge opère par adjonction d'obligations.

L'article 1134 alinéa 3 de l'ancien Code civil[804] permet de faire naître les obligations basées sur la loyauté et la coopération[805]. En fait, la bonne foi impliquerait pour les partenaires de « prendre des initiatives ». En outre, son prolongement par l'ancien article 1135 du Code civil donne l'occasion aux juges d'utiliser l'équité[806] et sa fonction supplétive. En effet, à propos de ce processus, Monsieur le Professeur PICOD remarque que « c'est lorsque le rôle supplétif de la bonne foi paraîtra insuffisant que l'équité permettra au juge d'élargir le contenu contractuel »[807]. L'ancien article 1135 du Code civil, dont la rédaction est restée

[800] Cass. com. 5 déc. 1995, n° 93-18936, Non publié au bull.
[801] Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-17476, JCP G. 1999, II, 10000, obs. B. FAGES.
[802] J. MESTRE, « Le droit pour le créancier de recouvrer son dû … et ses limites », RTD civ. 1990, p. 477.
[803] Cass. com. 5 déc. 1995, n° 93-18936, Non publié au bull.
[804] Cet article est « un fondement à son immixtion », Y. PICOD, « CONTRATS ET OBLIGATIONS. Effets obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions », J.-Cl. civ. Code art. 1134 et 1135.
[805] L'utilisation de la bonne foi à cette fin est décriée par certains auteurs. V. not. S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, Coll. de l'Institut de droit des affaires, 2012, p. 126, n° 148 « la bonne foi n'a pas cette vocation ».
[806] *Cf Infra*.
[807] Y. PICOD, « CONTRATS ET OBLIGATIONS. Effets obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions », J.-Cl. civ. Code art. 1134 et 1135, spéc. n° 9.

inchangée de 1804 à l'ordonnance du 10 février 2016[808] malgré sa renumérotation, permet ainsi au juge d'exercer son rôle d'interprétation. Cependant, plus qu'interprète, le juge s'octroie un véritable rôle créateur[809].

330. **Comparaison avec les *implied terms*.** Ceci n'est pas sans rappeler les *implied terms* du Droit anglais. Conforme à la préoccupation de ce dernier, l'efficacité économique, ces *implied terms* ont pour sources les coutumes, les usages, la loi[810]. Celles-ci sont comparables à celles évoquées dans l'article 1194 du Code civil, soit l'ancien article 1135. Mieux, les *implied terms* peuvent être assimilés à ce dernier[811]. Ils sont en outre susceptibles d'être mis en avant par les juges. En revanche, les juges anglo-américains ne créent des *implied terms* que si des exigences strictes sont présentes et que cela est rendu nécessaire par l'efficacité contractuelle et la protection des attentes légitimes d'un homme raisonnable. En conséquence, « en droit anglo-américain, les *implieds terms* sont par principe supplétifs et il est bien rare que les juges affirment le caractère impératif d'un *implied term* s'ils n'y sont pas invités par le législateur ; en Droit français à l'inverse, les obligations que le juge impose sur le fondement de l'équité sont en principe impératives et seul un aménagement très limité semble concevable »[812]. Le juge a de fait un certain pouvoir créateur, lequel naît de son pouvoir d'interprétation[813]. Néanmoins, les obligations qui en ressortent pour rendre l'abstention fautive apparaissent comme une solution peu utile pour résoudre l'imprévisibilité d'une situation d'abstention.

---

[808] Selon la nouvelle rédaction « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. ». Il convient de noter le remplacement du terme « conventions » par celui de « contrats » et la suppression de la référence à « la nature de l'obligation ».

[809] P. BELLET, « Le juge et l'équité », *in Études offertes à René RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 9, spéc. p. 13-14, « Rôle de para-législateur » du juge.

[810] Il existe en effet trois sortes d'*implied terms*. Sont ainsi prises en compte les intentions que les parties avaient nécessairement l'intention d'intégrer dans le contrat sous l'expression *implied in fact*, les intentions rattachées au contrat par la loi (*implied in law*) et celles rattachées par la coutume (*implied by custom*). V. G. H. TREITEL, The law of Contract, Sweet &Maxwell, 11ème éd. 2003, p. 201, cite par H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *op. cit.* p. 28, note 148.

[811] S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, Coll. de l'Institut de droit des affaires, 2012, p. 294, n° 432 et p. 295, n° 434.

[812] M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, Institut de droit des affaires, Préf. J. MESTRE, t. 2, 2006, p. 527, n° 470.

[813] D. MAINGUY, « L'interprétation de l'interprétation. Variations normatives II », JCP G. 20 Mai 2011, doctr. 603.

§2) Une solution inadéquate

331. **Un processus de divisions.** La prolifération des obligations est un phénomène qui s'opère par ramifications. À partir d'une valeur sociale, sont créées des obligations assez générales que le juge continue de diviser en obligations plus précises pour restreindre la liberté du titulaire de la prérogative qui s'amoindrit alors continuellement. L'effet est donc plus ou moins surprenant pour le titulaire de la prérogative. Effectivement, plus les divisions ont déjà été effectuées par la jurisprudence, plus il est aisé pour le titulaire de la prérogative d'en déduire le degré d'exigence qui est attendu de lui[814]. Il n'en demeure pas moins que les conséquences pour l'agent sont importantes alors qu'il ne savait pas, au moment où il a choisi de s'abstenir, que sa prérogative serait transformée en obligation. Il ne le savait pas, tout d'abord, parce qu'il ignorait sans doute qu'un litige allait naître et être judiciairement réglé, et ensuite, parce qu'il n'était pas en mesure de prévoir ou d'anticiper la requalification de sa prérogative en obligation par le juge.

332. **Exemple.** Dans un arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 2013[815], cette méthode est utilisée pour révéler l'obligation à la charge d'un copropriétaire d'être couvert par une assurance adéquate et suffisante. En l'espèce, un incendie dans l'appartement d'un copropriétaire cause des dommages dans les parties communes. Ces faits causent un litige entre le copropriétaire victime de l'incendie et un autre quant à la personne devant supporter la charge des frais de remise en état. Effectivement, si le copropriétaire avait eu une assurance couvrant le risque advenu, l'assureur aurait versé l'indemnisation afférente, mais ce n'est pas le cas en l'espèce, d'où les récriminations d'un copropriétaire qui ne veut pas assurer la charge de la remise en état alors qu'il estime que le responsable est le propriétaire du logement où le feu s'est déclaré. L'assurance multirisque habitation n'a pas de caractère obligatoire pour le propriétaire. La question se posait alors de savoir si le propriétaire d'un logement inscrit dans une copropriété devait être assuré, devait avoir une assurance de responsabilité civile quant à ce logement. Légalement, rien

[814] Encore faut-il connaître cette jurisprudence la suivre pour actualiser son comportement.
[815] Cass. 3ème civ. 17 sept. 2013, n° 12-21498, RGDA, 1er janv. 2014, n° 1, p. 51, obs. J. KULLMANN.

ne semblait prévoir une telle obligation[816] au jour du sinistre, ni au jour où l'arrêt a été rendu. Le propriétaire disposait seulement de la prérogative de se protéger davantage en souscrivant une telle assurance.

333. **Source d'inspiration législative.** Le législateur a toutefois pris en compte cette décision puisqu'un article 9-1 a été ajouté dans la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis[817] par la loi du 24 mars 2014[818]. Cette nouvelle disposition prévoit que chaque copropriétaire est tenu de s'assurer contre les risques de responsabilité civile dont il doit répondre en sa qualité de copropriétaire occupant ou de copropriétaire non-occupant. Le texte précise également que chaque syndicat de copropriété est tenu de s'assurer contre les risques de responsabilité civile dont il doit répondre. Le pouvoir normatif du juge[819] ajoute donc des obligations jurisprudentielles aux obligations déjà admises. Ces dernières influencent et inspirent parfois le législateur qui les reprend pour leur conférer une nature légale en adoptant un texte. Cela rend les obligations plus visibles et assure la sécurité juridique.

334. **Inconvénients de l'avènement de multiples obligations.** Il existe un risque important d'aboutir à une liste d'obligations non exhaustive, à même de s'allonger indéfiniment. Cela est un élément vecteur d'aléa, d'imprévisibilité et d'insécurité juridique. En outre, ce blocage crée un dégoût des titulaires envers leurs prérogatives ou aboutit à des actions hâtives, tout aussi nuisibles voire davantage que l'abstention. Ceci s'explique par le caractère général et flou[820] des notions utilisées par les juges. C'est pourquoi, pour reprendre les mots de Monsieur KULLMANN, « on ne peut finalement que s'associer au constat dressé par la doctrine : appelés à apprécier le caractère fautif d'une abstention, les juges « ne se réfèrent explicitement ni à la loi ni au règlement ni à la convention ni aux règles

[816] Voir problème équivalent sur le fait de n'avoir pas souscrit une assurance non imposée par la loi : Cass. civ. 20 fév. 1963, JCP 1963, II, 13200, CA Orléans, 22 oct. 1970, JCP 1971, IV, 283 « il appartient à chacun d'être prévoyant et d'assurer sa personne contre les accidents si bon lui semble » ; RTD civ. 1974, p. 604, obs. G. DURRY. Ce dernier pose parfaitement le problème « est-ce une faute de ne pas avoir souscrit d'assurance dans l'intérêt d'autrui ? ».

[817] Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

[818] Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 (art. 58).

[819] M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*, PUF, 2ème éd. 2011, p.125 et s.

[820] P. BELLET, « Le juge et l'équité », *in Études offertes à René RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 9. L'auteur note à juste titre qu'une notion floue reste d'autant plus vague qu'elle est fréquemment utilisée.

professionnelles » (G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, LGDJ 1998, n° 453). On ne doit donc pas s'étonner de voir s'allonger la liste des diverses fautes d'abstention (V. Ph. Le TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz 2012-2013, n° 7224s.) »[821].

335. **Avantages.** Le flou est entretenu et adopté dans différents systèmes juridiques afin de favoriser une meilleure adaptation de la décision aux circonstances de l'espèce, quitte à attiser parfois le pouvoir créateur du juge. Ce dernier n'hésite d'ailleurs pas à recourir à la morale et à l'équité pour faire émerger des obligations dont l'inobservation peut être qualifiée de faute. Ainsi l'équité se retrouve dans l'*equity* qui vise à « assurer un lien entre le droit et les exigences de la société » comme le souligne très justement Monsieur le Professeur ALBIGES[822]. Ainsi, CORNU rend compte de l'équité comme d'un outil permettant de produire l'« effort pour rétablir l'égalité »[823]. À cette fin, l'équité est utilisée soit dans sa fonction corrective soit dans sa fonction supplétive. C'est cette dernière qui est exploitée lorsque le juge met une obligation à la charge d'une partie au litige. En clair l'équité est une abstraction pour parvenir à faire triompher le juste, or ce qui est juste ou ne l'est pas peut paraître assez subjectif donc malléable.

336. **Un pouvoir résultant de l'obligation de juger[824].** Néanmoins, le juge doit juger[825], or le plus souvent « les faits précèdent le droit »[826]. Il n'est donc, pour reprendre la formule de Monsieur le Professeur MAZEAUD, « pas question de s'offusquer [outre mesure] de ce pouvoir »[827]. Sa fonction le conduit, effectivement, à « mettre un terme à l'incertitude »[828]. Introduire une nouvelle obligation est finalement un outil dont il dispose pour appliquer sa solution au plus

[821] J. KULLMANN, obs. Cass. 3ème civ. 17 sept. 2013, n° 12-21498, RGDA, 1er janv. 2014, n° 1, p. 51.
[822] Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 329, 2000, p. 30.
[823] G. CORNU, *op. cit.* v. « équité ».
[824] « La fonction même de juger implique la création de droit », M. FABRE-MAGNAN, op. cit. p. 126.
[825] Art. 4 C. civ.
[826] T. IVAINER, « L'interprétation des faits en droit », JCP G. 1986, doctr. 3235.
[827] D. MAZEAUD, « Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier », D. 1995, p. 230.
[828] N. DION, « Le juge et le désir du juste », D. 1999, p. 195.

près des circonstances de l'espèce et prévenir les situations à venir[829]. D'ailleurs, les projets de réforme reconnaissent le rôle des juges et les pouvoirs que cela lui confère. Ainsi, leur pouvoir d'interprétation[830], des contrats notamment, est affirmé. Le projet CATALA, s'il prône l'importance de la volonté, donne une place non négligeable à l'usage, l'équité, la raison et l'utilité du contrat. En effet, l'article 1139 dudit projet dispose que le contrat s'interprète « en raison et en équité », ce qui laisse au juge une « grande latitude »[831]. Il incombe alors au juge de manier ses pouvoirs avec précaution et objectivité. C'est pourquoi le projet de réforme de la Chancellerie prévoit à l'article 152 que le juge doit interpréter le contrat « dans le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Le projet tente donc d'harmoniser les interprétations du juge en choisissant une appréciation *in abstracto* fondée sur le raisonnable et non l'équité.

De plus, quant à la critique de l'imprévisibilité de cette nouvelle obligation pour le titulaire de la prérogative, il convient d'accepter qu'il est naturel pour la jurisprudence de rétroagir, de venir dire ce qui aurait dû être *a posteriori*[832].

337. **Étendue des créations du juge face à l'abstention.** Cependant, le juge ne se contente pas seulement de créer des obligations substantielles *a posteriori* à la charge de l'agent. Il a également façonné temporellement sa liberté d'action par la détermination d'un délai raisonnable.

En fait, les juges analysent les situations qui leur sont soumises, non du point de vue de la liberté du titulaire de la prérogative dans son choix, parmi les alternatives offertes par sa prérogative, mais les étudient par le prisme de la nécessité pour celui-ci de prendre parti, et ce, le plus rapidement possible, ce qui est source de questionnements.

---

[829] Y.-M. LAITHIER, « Une nouvelle application de la fonction supplétive de l'article 1135 du Code civil », RDC 1er juill. 2007, p. 714, note Cass. soc. 18 oct. 2006, n° 04-48612.
[830] L. CONDÉ, « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle », Juris-Classeur Civil Code, 1er sept. 2013.
[831] Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Lexisnexis, manuel, 12ème éd. 2012, p. 383, n° 494.
[832] « Principe de rétroactivité naturelle de la jurisprudence », V. Cour de cassation, *Rapport annuel 2014, Le temps*, Doc. fr. 2015, p. 334.

Section II/ L'instrumentalisation des limites temporelles par les juges

338. **Réduction du délai imparti.** Ce constat se déduit de l'analyse de la jurisprudence. Les limites temporelles légales précédemment étudiées sont parfois déformées par les juges qui ont recours à une terminologie connotant un temps mal utilisé par le titulaire de la prérogative, comme le montre l'emploi des expressions « temps utile », « délai raisonnable » ou « action brutale ». Pourtant, il s'avère que la durée dénoncée ne constitue pas un retard quant au délai imparti. De fait, l'utilisation par les juges notamment de l'article 1134 alinéa 3, devenu l'article 1104 du Code civil, pour justifier le fait qu'ils substituent un délai plus court au délai légal interroge. Les juges sanctionnent ainsi la durée de l'abstention sur la base de la bonne foi (§1). Réduire le délai légal et ainsi diminuer *a posteriori* le délai imparti au titulaire de la prérogative n'en est pas moins une sanction de l'abstention *contra legem* (§2).

§1) Sanction de la durée de l'abstention sur la base de la bonne foi

339. **Méthode hésitante.** Les juges relèvent l'absence de respect d'un « délai raisonnable »[833] ou l'absence d'action « en temps utile »[834]. La formulation n'est pas uniforme dans tous les arrêts, lesquels ne retiennent pas non plus tous la même base légale. En effet, la jurisprudence a longtemps hésité quant au fondement légal sur lequel appuyer le défaut de respect d'un délai de « temps utile » à l'intérieur du délai imparti. L'analyse de la jurisprudence est alors nécessaire à la compréhension du phénomène dénoncé. Il pourra ainsi être déduit des arrêts recensés que certains éléments sont retenus par les juges (A) lorsqu'ils décident d'instrumentaliser les limites temporelles et de sanctionner l'abstention. Il faut néanmoins mettre en relief les hésitations jurisprudentielles quant au fondement légal à retenir (B) pour sanctionner l'abstention au travers de sa durée.

[833] Cass. 3ème civ. 9 juill. 2013, n° 12-21882, inédit, non publié au Bull.
[834] Cass. 1ère civ. 17 fév. 1993, n° 90-12916, Bull. civ. I, n° 75, p. 49.

A. Les éléments retenus par les juges

340. **Deux éléments majeurs.** Deux éléments sont en effet systématiquement relevés. Il s'agit de la longueur de l'abstention (1) et de la nécessité de protéger les intérêts d'autrui (2).

1) La longueur de l'abstention

341. **Constatation.** Les juges prennent soin de chiffrer et d'indiquer la durée de l'abstention dans leurs décisions. Il ressort de cette constatation que la longueur pendant laquelle le titulaire de la prérogative s'abstient n'est pas anodine dans leur appréciation de l'abstention. Mieux, ils s'appuient en premier lieu sur la durée mentionnée pour mettre en cause l'agent. Déjà en 1995, la longueur de l'abstention, même plus courte que le délai imparti, est dénoncée. Il est alors possible de lire dans les décisions des formules telles que « en s'abstenant pendant plus de deux ans »[835], « avait attendu plus de sept ans »[836]. Par ces mentions, est notamment dénoncée l'imprévisibilité causée par l'abstention et accentuée par son importante durée. Ainsi, dans l'arrêt du 5 décembre 1995[837], les bailleurs s'étaient abstenus pendant plus de deux ans de provoquer la résiliation du bail malgré le défaut de paiement de loyers échus depuis plus de trois mois après le jugement d'ouverture, tandis qu'aucune activité n'était plus exercée dans les lieux. Pourtant, ils finissent par réclamer la totalité des loyers échus pendant cette période aux garants. Les juges en déduisent que les bailleurs n'ont pas été de bonne foi en ne prenant aucune initiative plus tôt, initiative qui aurait de surcroît protéger leurs propres intérêts. De son côté, l'arrêt du 16 avril 1996[838] met en relief le fait que la durée de l'abstention participe à créer le caractère « brusque » de la décision de l'agent qui met fin à l'abstention parce que cette durée rend « la situation imprévisible ». En l'espèce, des crédirentiers s'étaient abstenus pendant plus de sept ans avant de réclamer en justice aux débirentiers le paiement de la rente en se prévalant de la clause résolutoire, ce qui pour la Haute juridiction est constitutif d'un comportement contraire à la bonne foi.

[835] Cass. com. 5 déc. 1995, n° 93-18936, inédit.
[836] Cass. 1ère civ. 16 avril 1996, n° 94-15600, JurisData n° 1996-001680.
[837] Cass. com. 5 déc. 1995, n° 93-18936, inédit.
[838] Cass. 1ère civ. 16 avril 1996, n° 94-15600, JurisData n° 1996-001680.

En outre, la longueur de l'abstention est appréciée en fonction des habitudes des parties, s'il en existe. En effet, plus le courant d'affaire est ancien et plus l'agent est censé répondre rapidement aux inquiétudes de son cocontractant[839]. Par exemple, la Cour d'appel de Paris sanctionne un fournisseur qui s'est abstenu de répondre aux inquiétudes manifestées par son acheteur détaillant. Elle retient pour cela que les contractants avaient une relation d'affaire ancienne, laquelle justifie l'inquiétude de l'acheteur face à la situation et aggrave la longueur de l'abstention. C'est d'ailleurs la durée de l'abstention qui a amené l'acheteur à s'engager prématurément auprès d'autres vendeurs. De fait, le juge est plus enclin à sanctionner l'abstention lorsqu'elle est, selon lui, trop longue, puisqu'est alors révélé un excès, et que cela a entaché les intérêts d'autrui, second élément apprécié.

2) La nécessité de protéger les intérêts d'autrui

342. **Protection contre excès et gaspillages.** Dans un arrêt remarqué de la Cour d'appel de Paris du 22 juin 2001[840], il est expressément indiqué que l'abstention s'est poursuivie pendant trois ans avant que le titulaire de la prérogative décide d'exercer cette dernière. Il est alors reproché au créancier de s'être abstenu trop longtemps pendant le délai imparti et, de fait, de ne pas avoir agi dans un délai raisonnable[841]. C'est bien l'excès constaté, au vu de la situation dans laquelle s'inscrit ladite abstention, qui retient l'attention des juges. Il s'agit en effet d'un indice de l'égoïsme du titulaire de la prérogative. Les juges s'en préoccupent d'ailleurs et relèvent que le créancier voulait ainsi « prolonger une situation qui ne pouvait évoluer qu'à son seul avantage ». Le titulaire de la prérogative cherchait donc bien à tirer profit du temps en le faisant subir à autrui, le débiteur en l'espèce. Lorsque ce n'est pas un excès qui dévoile l'excès d'égoïsme de celui qui s'abstient, ce peut être un gaspillage[842]. Ainsi, il a été reproché à un créancier de ne pas avoir demandé le paiement de la dette « dans un délai qui aurait permis

[839] CA Paris, 5ème ch. A, 22 sept. 1992, D. 1992, II, IR 282.
[840] CA PARIS, 22 juin 2001, n° 1999/17644, D. 2002, p. 843, obs. C. COULON ; Gaz. Pal. 23 janv. 2003, n° 23, p. 31, obs. D. VERET et J. PAILLARD.
[841] D. VERET et J. PAILLARD Gaz. Pal. 23 janv. 2003, n° 23, p. 31, obs. CA 22 juin 2001, n° 1999/17644.
[842] *Cf Supra* n° 67 et 164.

d'éviter » la naissance d'intérêts conséquents[843]. Par cette formulation les juges reconnaissent à l'agent un délai plus court que le délai imparti pour opérer son choix afin d'éviter à autrui un certain gaspillage[844].

343. **Protection par un raccourcissement du délai imparti.** Les juges ont commencé à utiliser le concept de « délai raisonnable » et surtout celui de « temps utile », à l'origine propre au droit procédural[845], pour sanctionner la longueur de l'abstention, en particulier lorsqu'elle est suivie d'un exercice actif de la prérogative. Un arrêt du 16 juillet 1998[846] illustre parfaitement l'introduction de l'exigence du respect du « temps utile » par les juges. En l'espèce, le bailleur d'un bail commercial, connaissant la situation financière difficile des preneurs, s'abstient d'agir en recouvrement des loyers impayés à leur encontre, et contre la caution, tout comme il s'abstient d'agir en résolution du bail. Cette abstention retarde le commandement de payer qu'il adresse finalement aux débiteurs et l'action qu'il intente contre la caution faisant perdre à cette dernière une chance d'être tenue à une somme moindre et de pouvoir exercer elle-même l'action en résolution du bail. Les juges sanctionnent alors celui qui s'est abstenu et qui a ensuite décidé de profiter des avantages de sa prérogative « sans agir en temps utile ». Ce laps de temps correspond au délai pendant lequel le titulaire de la prérogative dispose, aux yeux des juges, de sa liberté de choix quant à l'exercice de sa prérogative. Par conséquent, au-delà de ce délai, s'il s'est abstenu pendant toute - ou presque - la durée du temps utile, il ne pourra plus agir comme bon lui semble. Si le délai utile se rapproche du délai imparti par sa définition, les extrémités des deux délais ne se superposent pas forcément. Un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux de 2010 le démontre incontestablement[847]. L'espèce concerne à nouveau un bailleur qui n'a pas recouvré les loyers dus. Le contrat de location avait été conclu le 30 mai 2007, le commandement de payer n'est intervenu que le 12 novembre 2008 et la caution est actionnée le 14 novembre 2008. Les juges ont reproché au bailleur les « quatorze mois » d'inaction ayant abouti à laisser « s'accroître la dette de loyers sans agir en temps utile ni contre le preneur, ni

[843] CA Versailles 28 oct. 2010. L'arrêt est néanmoins cassé parce que la Cour d'appel n'a pas caractérisé la faute d'inaction (Cass. 1ère civ. 28 juin 2012, n° 11-12852).
[844] CA Bordeaux, 1ère civ. sect. A, 16 sept. 2010, n° 09/04977.
[845] V. not. Art. 15 CPC.
[846] Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-17476, JCP G. 1999, II, 10000, obs. B. FAGES.
[847] CA Bordeaux, 1ère civ. sect. A, 16 sept. 2010, n° 09/04977.

contre la caution ». Pourtant, le délai imparti au bailleur avant la prescription de sa créance était de cinq ans. Il était donc loin d'atteindre la limite du délai. Malgré ce respect du délai légal, la Cour a infirmé l'ordonnance de condamnation de la caution à payer solidairement avec le débiteur principal une somme à titre de provision sur les loyers jusqu'au mois de mai 2009. Le créancier perd donc le bénéfice du cautionnement pour cette période-là. Certains s'étonneront alors « qu'imposée par le juge au créancier, la patience est un signe d'équité ; accordée délibérément par le créancier, elle devient une injure à la bonne foi »[848]. Il est toutefois nécessaire de noter que les intérêts des destinataires de l'abstention étaient atteints. C'est pourquoi un auteur faisait remarquer que s'il « est suffisant qu'il dispose d'un délai raisonnable pour exercer son action ; il n'est pas nécessaire qu'il ait cinq ans ou presque pour cela »[849]. La décision contraire a cependant été retenue, ce qui doit être examiné.

344. **Instrumentalisation conditionnée par les circonstances.** Dans une affaire[850] concernant également un bailleur, ce dernier s'était abstenu pendant dix-sept mois d'agir contre sa locataire et avait attendu un an de plus avant d'agir contre la caution. Les juges ont refusé d'engager la responsabilité du créancier pour ne pas avoir agi « en temps utile contre sa locataire ». En l'espèce, la locataire avait procédé au paiement de l'intégralité de sa dette, les juges n'ont alors pas jugé utile d'aménager la dette à ses facultés de contribution. Ils n'avaient pas besoin d'aider la débitrice à supporter ou à équilibrer le poids de la dette pour que ses intérêts soient protégés. Il semble que ce soit une question d'opportunité. Au contraire, dans l'arrêt précité de la Cour d'appel de Bordeaux, la caution était sans emploi avec la charge de quatre enfants et de trois crédits. Sa condamnation l'aurait privée du minimum de ressources de l'article L. 731-2 du nouveau Code de la consommation[851]. La situation du destinataire de l'abstention a été expressément soulignée par les juges pour justifier leur décision. Ainsi**,** dans une autre affaire, il a été jugé que le créancier gagiste cautionné, dans le cadre d'une procédure collective, ne peut se voir reprocher de ne pas avoir sollicité en temps utile

[848] D. MAZEAUD, « Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier », D. 1995, p. 230.
[849] N. AYMERIC, « L'incidence du comportement du débiteur sur la prescription », RTD civ. 2013, p. 519.
[850] CA Paris, pôle 01, ch. 04, 2 juill. 2010, n° 10/01891.
[851] Anc. art. L. 331-2 C. consom.

l'attribution judiciaire du bien gagé dès lors que la dépréciation du gage ne lui est pas imputable. En effet, il n'a alors causé aucun préjudice à la caution[852]. La Haute juridiction valide en l'espèce le fait que le créancier ait préféré attendre que le stock gagé soit vendu sur ordonnance du juge-commissaire et que le droit de rétention soit reporté sur le prix[853]. L'abstention était certes motivée par les intérêts du titulaire de la prérogative, mais n'atteignait pas les intérêts d'autrui. Les circonstances, indices forts du besoin de protection du destinataire de l'abstention, sont donc déterminantes du degré d'instrumentalisation des limites temporelles par les juges.

345. **Manipulation des frontières du délai imparti par les juges.** Les juges opposent à l'agent un délai utile plus court que le délai légal lorsque l'abstention leur paraît trop longue et qu'elle s'est ensuivie d'un exercice actif de leur prérogative. Ils considèrent, en l'occurrence, que les intérêts d'autrui ont besoin d'être protégés. Ils instaurent alors le temps utile en déplaçant les bornes du délai imparti. À cette fin, ils manipulent le plus souvent le terme du délai imparti, bien qu'il arrive, en de rares occasions, que ce soit le point de départ du délai imparti qui soit déplacé dans le temps eu égard aux circonstances. L'arrêt rendu le 10 juillet 2014 par la première chambre civile de la Cour de cassation est assez évocateur[854]. En l'espèce, un emprunteur immobilier défaillant est mis en demeure le 22 juin 2009 de régulariser sa situation sous peine de déchéance du terme. La banque délivre au débiteur deux commandements de payer valant saisie immobilière en 2010 et 2011, mais ces derniers sont annulés et ne peuvent donc pas déclencher l'interruption du délai de prescription. La banque assigne pourtant l'emprunteur le 6 septembre 2011. Il faut noter que le débiteur a reconnu sa dette le 28 février 2011 emportant interruption du délai. L'enjeu étant de savoir si l'action de la banque était encore recevable, le débat s'est alors porté sur le point de départ de computation du délai. Les juges d'appel retiennent le 30 juin 2009, date de la déchéance du terme, et refusent de reconnaître la prescription. Au

[852] Cass. com. 9 juill. 2013, n° 12-19949, Gaz. Pal. 1er oct. 2013, n° 274, p. 36, chron. E. LE CORRE-BROLY, « Absence de sollicitation de l'attribution judiciaire du gage, et application de l'article 2314 du Code civil ».
[853] Art. L. 642-20-1 C. com.
[854] Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-15511, EDB, 1er oct. 2014, n° 9, p. 1, comm. M. MIGNOT, « Une hybridation contestable : le point de départ de la forclusion greffé sur la prescription » ; Contrats, conc. consom. 2014, n° 11, p. 27, note G. RAYMOND ; Gaz. Pal. oct. 2014, p. 17, note M. ROUSSILLE ; D. 2014, p. 1541 ; RTD 2014, p. 675, note D. LEGEAIS.

contraire, la Haute juridiction casse cette décision au motif que le point de départ du délai correspond à la date du premier incident de paiement non régularisé et que la prescription doit produire ses effets. Toutefois, comme le rappelle à juste titre Monsieur le Professeur MIGNOT dans le commentaire qu'il a consacré à cet arrêt[855], tant que la déchéance du terme n'est pas prononcée, le créancier n'a pas le droit de réclamer le paiement de la créance dans son intégralité. Il pourrait juste agir pour les échéances échues, chacune ayant un délai de prescription propre. C'est la déchéance du terme qui crée la créance de la banque en l'espèce. La Cour de cassation, en situant le point de départ du délai imparti à une date antérieure au moment où le créancier peut agir pour le tout, modifie considérablement le délai légalement imparti. Ce délai est donc rétréci en un temps utile limité.

Un autre mode de calcul peut être invoqué. Le point de départ du délai de prescription est utilisé pour calculer le terme du délai imparti. Aussi, retenir comme point de départ une date plus proche du terme sans pour autant changer la date de celui-ci, a pour conséquence de raccourcir le délai imparti. Ainsi, les juges différencient le délai imparti et le temps utile laissé à la libre disposition du titulaire de la prérogative. C'est en effet ce qui ressort d'une décision de la Cour de cassation du 23 juin 2011[856], par exemple. En l'espèce, la Cour refuse l'application de la règle selon laquelle la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir lorsque le titulaire de la prérogative disposait encore, au moment où l'empêchement a pris fin, du temps utile pour agir avant l'expiration du délai de prescription. Cette solution démontre à nouveau que les juges n'hésitent pas à appliquer un délai plus court que le délai imparti. En revanche, toutes les décisions allant dans ce sens ne retiennent pas un fondement légal commun.

B. Les hésitations jurisprudentielles quant au fondement légal à retenir

346. **Fondements dénombrés.** Aussi, l'instrumentalisation des limites temporelles par les juges en cas d'abstention n'a-t-elle pas toujours lieu sur le même fondement juridique. Quatre textes principalement utilisés à cette fin peuvent être

[855] M. MIGNOT, art. préc.
[856] Cass. 1ère civ. 23 juin 2011, n° 10-18530, D. 2005, p. 1603, note P. JULIEN et G. TAORMINA ; AJDI 2011, p. 809, note Fr. DE LA VAISSIÈRE ; Contrats conc. consom. 2011, p. 21, comm. L. LEVENEUR.

dénombrés, à savoir les articles 1134[857], 1135[858], 1147[859] et 2314[860] du Code civil ancien, devenus respectivement les articles 1104, 1194, 1217 et 2314 du nouveau Code civil. De plus, certains arrêts sanctionnent l'abus de droit de celui qui laisse s'écouler le temps lorsque cela découle d'une intention de nuire[861]. Cependant, l'intention de nuire n'étant pas toujours clairement discernable, il n'est pas toujours aisé de différencier l'abus de la déloyauté[862], ce qui est susceptible de créer des distorsions de fondements pour des espèces équivalentes.

Malgré tout, les hésitations de la Haute juridiction quant au fondement légal à retenir pour imposer le respect d'un délai raisonnable au sein du délai imparti sont révélées par les réquisitions du demandeur. En effet, la partie souhaitant mettre en cause la tardiveté de l'action de son partenaire - parce que ce dernier s'est abstenu et qu'il n'aurait de fait pas agi en « temps utile »[863] - met en avant plusieurs textes, mais s'abstient de choisir pour augmenter ses chances. Un arrêt de 2003[864] illustre parfaitement cela. Le pourvoi demande la cassation de l'arrêt de Cour d'appel au moyen que celle-ci aurait violé les articles 1134, 1147 et 2037 du Code civil.

347. **Le fondement de la bonne foi.** Le fondement le plus utilisé et le plus crédible est celui tiré de la bonne foi. Ainsi, la motivation des juges de l'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris du 22 juin 2001[865], pour libérer partiellement le débiteur, se base sur le devoir de bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. En outre, il est intéressant de noter que cet arrêt cumule les deux moyens utilisés par les juges pour sanctionner l'abstention, à savoir d'une part, reconnaître *a posteriori* une obligation à la charge de l'agent afin de requalifier l'abstention en inexécution et,

[857] Cass. 1ère civ. 31 janv. 1995, D. 1995, II, p. 389, note Chr. JAMIN ; Cass. com. 5 déc. 1995, n° 93-18936 ; Cass. 1ère civ. 16 avril 1996, n° 94-15600, JurisData n° 1996-001680 ; CA Paris, 16ème ch. sect. A, 20 fév. 2002, n° 2000/11562 ; CA Bordeaux, 1ère civ. sect. A, 16 sept. 2010, n° 09/04977.
[858] CA Bordeaux, 1ère civ. sect. A, 16 sept. 2010, n° 09/04977 ; CA Riom, 3ème ch. civ. et com. 24 juin 2015, n° 14/00461, JurisData n° 2015-018827.
[859] Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-17476, JCP G. 1999, II, 10000, obs. B. FAGES.
[860] Ou anc. Art. 2037 : Cass. 1ère civ. 17 fév. 1993, n° 90-12916, Bull. civ. I, n° 75, p. 49.
[861] Cass. 1ère civ. 9 juin 2010, n° 09-10641, D. 2010, p. 1555 ; RJPF 2010, n° 10, p. 27, note Fr. EUDIER ; RTD civ. 2010, p. 545, note J. HAUSER.
[862] V. sur ce point : Cass. com. 5 oct. 2004, n° 02-17338, JCP 2005, I, 114, n° 11, obs. M. CHAGNY; Lamy civil 2005/12, n° 478, note D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD ; RTD civ. 2005, p. 127, obs. B. FAGES et J. MESTRE ; RTD com. 2005, p. 407, note B. BOULOC, *adde* Ph. STOFFEL-MUNK, « Abus de droit, agrément et rupture fautive », RDC, 1er avril 2005, n° 2, p. 288.
[863] Expression qui est présente dans l'arrêt.
[864] Cass. 3ème civ. 17 déc. 2003, n° 00-12140, inédit.
[865] CA PARIS, 22 juin 2001, n° 1999/17644, D. 2002, p. 843 obs. C. COULON ; Gaz. Pal. 23 janv. 2003, n° 23, p. 31, obs. D. VERET et J. PAILLARD.

d'autre part, remettre en cause le délai imparti pour privilégier un délai approprié aux circonstances et conforme au degré de loyauté exigé[866]. En l'espèce, l'affirmation de l'obligation de mettre un terme au contrat lorsque le débiteur a cessé d'exécuter est forte et la reconnaissance d'un délai raisonnable que le titulaire de la prérogative aurait dû respecter pour opérer son choix quant à sa prérogative. Certes, l'expression « délai raisonnable » n'est pas expressément indiquée dans cette décision mais elle est fortement connotée et, à ce titre, exprimée par des commentateurs[867].

348. **Exemple.** Autre exemple, la mauvaise foi d'un bailleur, titulaire de la prérogative d'actionner la clause résolutoire du bail commercial, a été retenue parce qu'il s'est abstenu pendant « plus de cinq ans »[868]. En l'espèce, un bailleur commercial, ayant connaissance de travaux de mise en conformité prescrits par les services administratifs et entrepris par le preneur - certes sans autorisation - a attendu six ans après l'achèvement des travaux pour délivrer la sommation visant la clause résolutoire. Les juges relèvent en 2002, dans la lignée de l'arrêt précité de 2001, l'absence de bonne foi due à l'abstention trop longue du titulaire de la prérogative qui s'ensuit d'une action impromptue.

349. **Un fondement adapté et adaptable.** Le fondement de la bonne foi est adéquat parce que la définition de la bonne foi évoque le besoin de son application dans les espèces citées et la problématique traitée, mais aussi parce que cette définition est souple et peut se modeler en fonction de la situation. Ainsi, la bonne foi est pour PLANIOL, RIPERT et ESMEIN « l'obligation de se conduire en honnête homme et consciencieux »[869]. Elle implique un comportement loyal et un comportement coopératif[870]. La bonne foi est en effet traditionnellement composée

---

[866] Certes, une personne est loyale ou non, il n'y a pas de « demi-loyauté », mais la loyauté s'apprécie eu égard aux circonstances. Il convient donc d'être suffisamment loyal compte tenu de la situation, ni plus ni moins, pour que le devoir de loyauté soit rempli, ce qui n'ajoute nullement de condition au devoir de loyauté.

[867] *Ibidem*.

[868] CA PARIS, 16ème ch. sect. A, 20 fév. 2002, n° 2000/11562, JurisData n° 2002-172986.

[869] Traité pratique de droit civil français, t. IV, Les obligations, 1ère partie, Paris, 1930, n° 379, Cité par B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit fr. all. et japonais*, Dalloz, coll. nouv. Bibl. de thèses, 2001, p. 20, n° 44.

[870] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, Institut de droit des affaires, Préf. J. MESTRE, 1997, p. 298, n° 552 et p. 301, n° 558 *adde* S. TISSEYRE, *op. cit*.

du devoir de loyauté[871] et du devoir de coopération[872]. C'est le fondement le plus crédible parce que le titulaire de la prérogative qui s'abstient fait subir le temps à autrui et que sa loyauté est alors suspecte. Mieux, l'objectif du juge, lorsqu'il identifie un temps utile à l'intérieur du délai légalement imparti, est de montrer que le comportement était loyal durant celui-ci mais pas en dehors. D'ailleurs, le rapport annuel de la Cour de cassation de 2014, consacré au temps, est très clair sur les liens unissant le « temps utile » et le devoir de loyauté. Il précise, en effet, que le « temps utile » est « si essentiel dans la mise en œuvre du principe de loyauté »[873]. La finalité du temps utile est posée, « protéger contre les excès du temps »[874]. La bonne foi donne de larges pouvoirs aux juges et permet un large contrôle[875]. Monsieur le Professeur MESTRE déduit de l'infinité des possibilités de ce que peut induire la bonne foi que celle-ci est « décidément très exigeante »[876]. Cependant, malgré le pouvoir de la bonne foi, il n'en demeure pas moins que sanctionner une abstention parce qu'elle a perduré, et a ainsi conduit l'agent à agir en dehors du temps utile, est *contra legem*.

§2) Sanction de l'abstention *contra legem*

350. **Une sanction problématique.** Il n'est pas contesté que lorsque le titulaire de la prérogative agit après l'expiration du délai imparti, alors qu'« il lui appartenait d'agir (…), il est seul responsable de sa carence »[877]. Néanmoins, imposer un délai plus court que le délai imparti est un remède *contra legem*. En effet, le temps utile s'inscrit dans un délai légalement prédéterminé - donc prévu, prévisible et sur lequel le titulaire de la prérogative a pu légitimement s'appuyer - en modifiant les frontières du délai imparti. C'est pourtant au sein de celui-ci qu'il est normalement loisible au titulaire de la prérogative d'agir et de s'abstenir. De plus, tant qu'il le

[871] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 208, 1989.
[872] Y. PICOD « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP G. 1988, 3318 ; F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », Arch. Phil. dr. 43, 1999, p. 259.
[873] Cour de cassation, *Rapport annuel 2014, Le temps*, Doc. fr. 2015, p. 119.
[874] Cour de cassation, *op. cit.* p. 188.
[875] S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, Coll. de l'Institut de droit des affaires, 2012, spéc. p. 29, n° 6 et p. 74, n° 60.
[876] J. MESTRE, « Une bonne foi décidément très exigeante », RTD com. 1992, p. 760.
[877] CA Rennes, ch. 04, 25 fév. 2010, n° 08/06668.

fait avant le terme du délai imparti, il ne peut pas être constitué en retard[878]. La même conclusion s'impose lorsqu'aucun délai n'est imposé[879]. Dès lors, le temps utile ainsi exploité par les juges présente des inconvénients (A) d'autant plus que l'équilibre dans la sanction de l'abstention est difficile à trouver (B).

A. Les inconvénients de l'utilisation du temps utile

351. **Un délai imprévisible.** Le juge révèle le temps utile aux parties une fois les faits passés. Avant l'arrêt, le titulaire de la prérogative se repose sur le délai légalement ou conventionnellement imparti. Le juge crée donc de l'imprévisibilité et surprend l'agent à qui rien n'interdisait de s'abstenir plus longtemps encore. Certes, la réforme de la prescription, dans le but d'adapter les délais au rythme de la vie économique moderne, a permis aux parties de réduire le délai de prescription[880], mais elle n'a pas pour autant autorisé le juge à le faire, qui plus est pendant l'exécution du contrat. Cette exécution repose sur la lettre du contrat, laquelle ne comporte pas expressément cette exigence. Le problème de prévisibilité est alors fort dans ce dernier cas contrairement à ce qu'il se produit lorsque le raccourcissement est issu de la volonté expresse des parties. Il ne s'agit toutefois pas du seul inconvénient de l'exigence du respect du temps utile.

352. **Un délai opportuniste.** En effet, en plus d'être imprévisible, le temps utile sert l'opportunisme. Le juge, lorsqu'il reproche à l'agent de ne pas avoir agi en temps utile, s'insurge souvent contre l'opportunisme et l'égoïsme de ce dernier, or il répond contre l'opportunisme par de l'opportunisme, mais celui-ci servant les intérêts adverses. La Cour de cassation le reconnaît d'ailleurs elle-même lorsqu'elle explique dans son rapport annuel que les notions de « temps suffisant », de « temps utile » et de « délai raisonnable », « par l'appréciation judiciaire qu'elles supposent, ces notions floues ressortent davantage du *kairos*, au sens du moment opportun, qu'au *chronos* compris comme temps linéaire et

[878] Cette situation se distingue en effet du retard dans l'exécution d'une obligation. V. Cass. 2ème civ. 28 nov. 2013, n° 12-26926, RDSS, 2014, n° 2, p. 326, note M. PELTIER.
[879] Pourtant il a été jugé que le notaire qui notifie tardivement le compromis commet une faute malgré l'absence de délai imposé au motif que cette formalité est essentielle. CA Riom, 3ème ch. civ. et com. 24 juin 2015, n° 14/00461, JurisData n° 2015-018827.
[880] Art. 2254 C. civ. Pour plus de précisions not. Sur les exceptions v. A. HONTEBEYRIE, « La prescription extinctive », Rép. Dr. civ. Dalloz, mars 2011, v. prescription extinctive, mis à jour mars 2013.

chronologique »[881]. Dès lors, les délais impartis découlent du *chronos* et le temps utile du *kairos*.

353. **Une prescription de fait.** Les juges, en appliquant le temps utile pour favoriser le moment qu'ils pensent être le plus opportun, instaurent une prescription de fait. Cela rappelle la *Verwirkung* du Droit allemand. Celui qui retarde l'exercice d'un droit et suscite la confiance de l'autre dans le fait qu'il n'en fera plus usage, doit considérer son droit comme étant perdu, même si les délais de prescription ne sont pas expirés[882]. Cependant, en Droit français, les juges s'affranchissent bien du strict respect de la loi pour protéger les intérêts du destinataire de l'abstention. C'est un parti pris respectable qui comporte toutefois des effets pervers.

354. **Atteinte au temps de la réflexion.** L'instrumentalisation des limites temporelles incite le titulaire de la prérogative à agir plus vite et à ne pas tergiverser dans une phase d'abstention trop longue. Néanmoins, l'agent perd alors le temps nécessaire à la réflexion[883]. Craignant la sanction de l'abstention, il risque d'agir de manière intempestive[884]. Pourtant, cette situation est tout aussi problématique pour les intérêts d'autrui[885]. En revanche, il est aussi possible que ce dernier profite de la patience du titulaire de la prérogative[886].

355. **Transfert de la négligence.** En raccourcissant *a posteriori* le délai imparti, le juge fait comme s'il prononçait la déchéance du terme sans que cette dernière soit

---

[881] Cour de cassation, *Rapport annuel 2014, Le temps*, Doc. fr. 2015, p. 119.

[882] F. RANIERI, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », RID comp. vol. 50, n° 4, oct. déc. 1998, pp. 1055-1092, spéc. p. 1066. Il faut noter que la *Verwirkung* est prononcée sur le fondement de l'article 242 du BGB donc de l'équivalent de l'article 1134 al. 3 C. civ (nouvel art.1104 C. civ.).

[883] V. les bienfaits de la durée, S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Préf. L. CADIET, Dalloz, Nouvelle bibl. de thèses, vol. 11, 2002, p. 260, n° 272.

[884] V. cas des banques soumises à la prescription biennale. Cela a conduit la Cour de cassation à réagir à l'impulsivité des banques à prononcer la déchéance du terme et à lancer au plus vite la saisie immobilière du bien financé. La Haute juridiction impose désormais une mise en demeure préalable portant sur les échéances impayées. Celle-ci doit rester vaine pour permettre à la banque de prononcer la déchéance du terme et mettre à nouveau en demeure l'emprunteur défaillant pour l'intégralité des sommes restant dues (Cass. 1ère civ. 3 juin 2015, n° 14-15655, JCP E. 2016, p. 49, note J. STOUFFFLET ; RDC 2015, n° 4, p. 836, note Y.-M. LAITHIER ; RD banc. et fin. nov. 2015, p. 50, note F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; Gaz. Pal. oct. 2015, p. 15, note S. PIEDELIÈVRE ; RTD civ. 2015, p. 875, note H. BARBIER).

[885] *Cf Supra*.

[886] CA Riom, 3ème civ. et com. réunies, 17 mai 2017, n° 15/03362.

prévue[887]. *In fine*, cela fait peser la part de négligence du destinataire de l'abstention sur le titulaire de la prérogative. Cependant, la négligence est définie communément comme l'attitude de celui qui fait les choses avec moins de soin, d'attention ou d'intérêt qu'il n'est nécessaire ou qu'il n'est souhaitable[888]. Le titulaire d'une prérogative négligent est donc celui qui fait preuve d'un certain « laisser-aller » quant à l'exercice de sa prérogative. Mais, si le titulaire de la prérogative qui s'abstient n'exerce certes pas cette dernière de manière automatique et drastique, elle ne lui est pour autant pas totalement indifférente. En effet, lorsque l'agent ne veut pas jouir immédiatement des avantages inhérents à la prérogative, c'est qu'il a pris soin d'analyser ces derniers et les inconvénients qu'ils cachent. En fait, il n'a peut-être pas voulu subir ces inconvénients que d'autres trouvent souhaitable qu'il endure. Reprocher à l'agent son abstention, jugée longue, alors qu'aucun critère n'existe et que le destinataire de l'abstention est souvent en position de débiteur, revient à déplacer la négligence. De plus, la négligence se rapporte juridiquement à la faute non intentionnelle consistant à ne pas accomplir un acte qu'on aurait dû accomplir[889]. Là où ne pesait sur le titulaire de la prérogative qu'une faculté, le destinataire de l'abstention était parfois tenu d'exécuter une obligation. Le devoir est donc bien du côté d'autrui qui montre pourtant un véritable manque de soin. L'agent n'est, par conséquent, pas seul à blâmer. Monsieur le Professeur SÉRIAUX met d'ailleurs en garde contre ce penchant en rappelant que « la pitié qu'inspire le débiteur ne doit pas faire oublier les raisons personnelles du créancier »[890].

356. **Nécessité de définir le temps utile.** Les juges doivent être prudents lorsqu'ils apprécient l'abstention et le temps que met le titulaire d'une prérogative pour exercer cette dernière. D'ailleurs, la Cour de cassation a rappelé la hiérarchie entre le premier alinéa de l'article 1134 du Code civil et le troisième, hiérarchie à appliquer depuis l'ordonnance du 10 février 2016 entre les articles 1103 et 1104 du Code civil. La loi des parties prime sur les interprétations faites à la lumière de la

[887] Le juge accélère l'exigibilité de la créance. C'est d'ailleurs l'objet de la clause de déchéance du terme que le droit suisse nomme clause d'accélération. V. B. FOËX, « La protection du créancier gagiste mobilier », *in* M. BADDELEY, *Protection de la personne par le droit : Journées de droit civil 2006 en l'honneur du professseur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, p. 149, http://archive-ouverte.unige.ch/unige:8572, « ces intérêts sont liés ».
[888] Cnrtl v. « négligence ».
[889] G. CORNU, *op. cit.* v. « négligence».
[890] A. SÉRIAUX, cité par Ch. ALBIGES, *op. cit.* p. 231.

bonne foi[891]. Cela fait écho à un arrêt, certes ancien, de la Cour de cassation belge de 1992 dans lequel celle-ci affirme que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties et doivent être exécutées de bonne foi, sans abus de droit ». Elle en déduit ainsi que le fait pour le bailleur de ne pas avoir protesté pendant cinq ans « ne constitue pas en soi un motif pour exonérer l'autre partie de l'exécution de son obligation »[892]. L'article 1103 du Code civil confère ainsi un « droit à l'égoïsme tempéré »[893]. Par conséquent, le délai conventionnellement imparti devrait être un délai prévisible et protecteur des intérêts de l'agent. Néanmoins, les inconvénients soulevés proviennent de la complexité de la tâche revenant au juge de trouver un équilibre dans la sanction de l'abstention.

B. Le difficile équilibre dans la sanction de l'abstention

357. **Des équilibres à trouver.** L'équilibre est délicat à trouver entre protection et sanction (1) d'une part, et dans la proportion de temps utile à permettre au sein du délai imparti (2) d'autre part ; or, ces deux équilibres sont nécessaires pour assurer une solution juste à l'abstention.

1) Un équilibre délicat entre protection et sanction

358. **Retenir la juste mesure.** L'abstention a parfois des conséquences néfastes[894]. Protéger autrui est donc nécessaire. La corrélation de cette protection semble être la sanction du titulaire de la prérogative. La question de la proportion de protection à accorder persiste toutefois, or la réponse déterminera le poids de la sanction. Pourtant ce raisonnement n'est pas aussi solide qu'il n'y paraît. Ce n'est pas la sanction en elle-même qui protège, puisqu'elle n'intervient qu'une fois l'atteinte

[891] Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14768, JCP G. 2007, II, 10154, obs. D. HOUTCIEFF ; D. 2007, p. 2844, note P.-Y. GAUTHIER ; RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. FAGÈS ; RDC, 1er oct. 2007, n° 4, p. 1110, obs. D. MAZEAUD, « 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 obligations légalement convenus entre les parties » ; X. DELPECH, « Le devoir de bonne foi n'écarte pas la force obligatoire du contrat », Dalloz actualité 12 juill. 2007.

[892] Cass. 5 juin 1992, pas. 1992, I, 876. En revanche, commet un abus de droit le bailleur qui demande tardivement la résiliation d'un bail commercial suite à l'inexécution des preneurs « lorsque le bailleur aggrave par son inaction prolongée la situation des cédants successifs du bail, tenus solidairement envers lui » (Cass. 18 fév. 1988, n° JC88213-4). *Adde* C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparée*, Préf. M. GORÉ, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 398, 2008, p. 498, n° 948.

[893] L. WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, Préf. J. MESTRE, PUAM, Institut de droit des affaires, 2004, p. 484, n° 530.

[894] *Cf Supra* n° 46 et s. (Chapitre I, titre I, partie I).

constatée, mais la menace d'une sanction. C'est donc le rôle dissuasif de la sanction qui est intéressant. Il n'en demeure pas moins que la sanction posée a vocation à être appliquée, elle doit donc rester proportionnelle à l'atteinte. De surcroît, il convient de ne pas oublier qu'il faut dans le même temps protéger le titulaire de la prérogative et sa liberté de choix. La menace d'une sanction atteint cette dernière. Le juge a donc un vrai travail d'équilibriste où la réussite et la justice de la solution résident dans la mesure. Ainsi, il lui appartient de peser le temps utile qu'il impose, bien qu'il faille reconnaître la délicatesse de cet exercice.

2) Un équilibre délicat dans la proportion de temps utile à accorder

359. **Détermination des frontières temporelles de la loyauté.** Déterminer le temps utile est difficile. Les frontières temporelles de la rigueur et de la lenteur sont en effet complexes à définir et à poser au sein du délai imparti, d'autant plus que les règles en la matière servent seulement à définir le délai imparti. Il serait donc logique de reprocher au juge une inutile complexification du système, mais l'intérêt du temps utile s'oppose à une critique trop virulente.

La question au cœur de cette problématique est de savoir à partir de quand l'agent doit se positionner, et à partir de quel délai le temps n'appartient plus au temps utile afin de déterminer *in fine* la durée que le titulaire de la prérogative a, dans telles circonstances, pour décider d'agir ou de renoncer. Définir le temps utile revient donc à déterminer les frontières temporelles de la loyauté, tâche pour le moins ardue. Suite au délai raisonnable, le titulaire de la prérogative devrait en effet tempérer son égoïsme et faire preuve d'une loyauté particulière.

360. **Un équilibre précaire à rebâtir.** Le titulaire d'une prérogative est ainsi invité à faire preuve de rigueur dans la réclamation ou dans la renonciation des avantages qu'il peut recueillir de cette dernière chaque fois que le destinataire de l'abstention lui fera part de son inquiétude sur l'abstention en cours. Les parties au litige se voient révéler le temps utile au jour de la décision. Il est, dès lors, nécessaire que le juge prenne en compte cette donnée tant qu'il n'existera pas des critères formels à respecter. De surcroît, il est possible de douter du fait que deux juges, devant les mêmes faits d'abstention, apprécient le *quantum* de temps utile exactement pareil. La jurisprudence n'est pas encore très uniforme et l'abstention ne doit pas toujours être sanctionnée. Heureusement, même si les juges multiplient les sanctions de

l'abstention, des décisions montrent que l'abstention est encore protégée[895]. Pour garantir cette protection, certains arrêts sanctionnent le défaut de base légale à la sanction de l'abstention décidée par la Cour d'appel[896]. D'autres mettent en relief la qualification de faculté du titulaire de la prérogative[897] ou font coïncider le temps utile et le délai imparti en rappelant que la limite à l'abstention est le terme du délai imparti et sa conséquence juridique, telle la prescription[898]. Il est impératif que cela demeure pour garantir la liberté de choix des titulaires de prérogative. L'abstention s'avère en effet réfléchie et légitime dans bien des cas. Cependant, il est à déplorer que bien souvent, c'est seulement soit parce que le comportement de l'agent a été particulièrement soigné par ailleurs et que sa bonne foi ne peut être remise en cause, soit parce que les conséquences pour autrui n'auraient pas été différentes que le titulaire de la prérogative se soit ou non abstenu[899], que l'abstention est protégée[900], et non en tant que telle.

[895] Cass. 3ème civ. 9 nov. 2011, n° 10-20021, JCP E. 2012, p. 35, note Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER ; Gaz. Pal. fév. 2012, p. 35, note C.-E. BRAULT ; Loyers et copr. 2012, n° 1, p. 22, note P.-H. BRAULT ; AJDI 2012, n° 5, p. 242, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; Cass. com. 15 juill. 1992, n° 90-17216, Bull. civ. IV, n° 279, BJS oct. 1992, p. 1083, n° 353, note P. LE CANNU ; JCP G. 1992, II, 21944, note J.-F. BARBIÈRI ; Rev. sociétés 1993, p. 401, note P. MERLE ; JCP E. 1992, II, n° 375, note Y. GUYON ; RTD com. 1993, p. 112, obs. Y. REINHARD ; Cass. com. 30 oct. 2000, n° 97-11718, inédit, non publié au Bull. ; Cass. com. 14 oct. 1997, n° 95-10374, inédit ; Cass. 3ème civ. 18 déc. 2002, n° 01-12143, Bull. 2002, III, n° 261, p. 226, JCP E. 2003, p. 809, note Y. PICOD ; RD banc. et fin. 2003, n° 3, p. 161, note D. LEGEAIS et A. CERLES, D. 2003, p. 963, note Ph. DELEBECQUE ; JCP G. 2003, p. 297, note O. GUÉRIN ; RTD civ. 2003, p. 319, note T. REVET.

[896] Cass. 1ère civ. 28 juin 2012, n° 11-12852.

[897] Cass. 1ère civ. 27 fév. 2013, n° 12-16891 (le droit de suite est une faculté), JCP N. 2014, n° 5, 1034, p. 32, note S. PIEDELIÈVRE ; JCP N. 2014, n° 20, 1197, p. 34, note C. CORGAS-BERNARD D. 2013, p. 705 ; D. 2014 p. 47, chron. Ph. BRUN et O. GOUT ; AJDI 2013. 775, obs. N. LE RUDULIER ; RTD civ. 2013. 609, obs. P. JOURDAIN ; RTDI 2013, n° 2, p. 20, obs. C. ALBIGES ; Cass. soc. 3 avril 2001, n° 99-42188/189/190 (3 arrêts : donner une formation initiale au salarié est une faculté pour l'employeur), Gaz. Pal. 14 août 2001, n° 226, note F. GHILAIN ; LPA, 26 juin 2001, n° 126, note G. PICCA et A. SAURET ; Cass. com. 18 nov. 1997, n° 95-13581, Bull. civ. IV, n° 293 (la notification des cessions de créance est une faculté pour la banque), JCP E. 22 janv. 1998, n° 1, p. 9, obs. P. BOUTEILLER ; Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 08-14225, Defrénois, 15 avril 2013, n° 7, p. 351, obs. Y. DAGORNE-LABBE (lever une option est une faculté) ; AJDI 2013, n° 12, p. 861, note Fr. COHET ; JCP N. 2013, n° 20, p. 18, 1132, note M. MEKKI.

[898] CA Caen, ch. 01 sect. civ et com. 11 juin 2009, n° 08/01031 ; CA Reims, 10 juill. 2012, n° 11/02918.

[899] CA Bordeaux, ch. civ. 01 Sect. B, 23 juin 2009, n° 06/03092.

[900] Cass. 2ème civ. 22 mars 2012, n° 11-12546, inédit, non publié au Bull. ; CA RIOM com. 21 mars 2012, n° 10/02550, JurisData n° 2012-010269 ; CA Nîmes, 1ère civ. 18 nov. 2008, n° 06/03066.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

361. **Des pratiques justifiées par le besoin d'adaptation à l'accélération.** La Cour de cassation rend compte par la protection du délai raisonnable, que l'accélération est devenue une norme[901]. Cette pratique jurisprudentielle s'inscrit dans l'ère du raccourcissement des délais initiée par la réforme de la prescription de 2008. Le phénomène est tel que d'éminents auteurs ont mis en exergue le fait que « la prescription a cessé d'être une institution dépendant exclusivement de la loi, qui désormais se borne à l'encadrer, le juge et la convention pouvant l'assouplir ou l'aménager »[902]. Il serait donc normal de presser les titulaires de prérogatives et, à cette fin, limiter la durée de leur libre choix quant à l'exercice de leurs prérogatives. C'est la fonction du temps utile. Ce dernier n'est pas le délai raisonnable du Droit des procédures, élément garantissant le droit au procès équitable. Néanmoins, il est indéniable que le temps utile participe au délai raisonnable au sens de l'article 6-1 de la CEDH[903]. Toutefois, il prédomine une forte imprévisibilité contrairement à ce qu'il se produit lorsque ce raccourcissement est issu de la volonté expresse des parties. La loi laisse en effet parfois à ces dernières, le pouvoir de convenir d'un délai différent de celui légalement imparti. Une telle clause est valide comme le rappelle la Cour de cassation[904]. Il est donc impératif de diminuer l'imprévisibilité causée par le Droit. Il est paradoxal que le Droit soit à l'origine de davantage d'insécurité que les parties.

362. **Des pratiques fondées.** En outre, une certaine diligence est exigée de la part des titulaires de prérogative. Un « principe de célérité »[905] s'applique désormais

[901] Cour de cassation, *Rapport annuel 2014, Le temps*, Doc. fr. 2015, p. 108.
[902] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, lextenso, Defrénois, Droit civil, 8ème éd. 2016, p. 707, n° 1202.
[903] Un auteur défend cet objectif en affirmant qu'« il faut, d'une part, faire en sorte que chacun des litigants ait disposé des délais nécessaires pour argumenter, répondre, contester, répliquer, etc. ou encore pour qu'ait pu mûrir la possibilité d'un accord amiable tandis que l'affaire est pendante (…) et d'autre part, veiller, certes, à interdire ou sanctionner les manœuvres dilatoires, mais aussi à promouvoir une lutte énergique contre les inerties et freinages » (J.-P. GRIDEL, « Le temps et le droit positif du procès civil », Gaz. Pal. 10 oct. 2015, n° 283, p. 10).
[904] Cass. 3ème civ. 9 juill. 2014, n° 13-21024, RDI 2014, p. 568, obs. O. TOURNAFOND ; Constr.-urb. oct. 2014, p. 27, note Chr. SIZAIRE ; Gaz. Pal. sept. 2014, p. 35, note V. ZALEWSKI-SICARD ; RTDI 2014, n° 4, p. 37, note J. SÉNÉCHAL.
[905] *Ibidem*.

d'après la Haute juridiction. Le vocable est fort lorsqu'il est fait mention de la définition de la célérité. Il s'agit en effet d'une « grande rapidité à agir »[906]. En ce qui concerne l'exercice des prérogatives en temps utile, le principe de célérité serait fortement lié à la bonne foi. Mieux, il l'intègre.

Les fondements ainsi utilisés par les juges tels que l'équité, la bonne foi, l'abus ou les suites du contrat permettent à ceux-ci de modérer et de créer le Droit. Ces concepts à géométrie variable sont une source forte d'insécurité juridique. Le juge crée à nouveau de l'imprévisibilité alors qu'il voulait justement s'opposer à cette dernière. Pourtant, cette méthode est riche de possibilités. Il conviendrait donc de la rendre plus prévisible sans mettre en place une solution d'une rigueur excessive. D'ailleurs, pour certains, les notions à géométrie variable constituent un moyen d'instaurer une certaine flexibilité ce qui forme un « vecteur rassurant »[907]. Leur caractère « mouvant » permet une adaptation non négligeable aux intérêts particuliers. Contre toute attente, ces notions semblent donc bien protéger une part d'égoïsme de chaque protagoniste. Ceux qui dénoncent toute forme d'égoïsme et prônent excessivement la bonne foi et l'éthique oublient que celles-ci constituent les meilleurs moyens d'atteindre la satisfaction de ses intérêts et de tirer avantage d'une situation dans les règles de l'art.

[906] Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, http://www.cnrtl.fr/, v. « célérité ».
[907] M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, Institut de droit des affaires, Préf. J. MESTRE, t. 2, 2006, p. 656, n° 587.

CONCLUSION DU TITRE II

363. **Un traitement pas si incohérent.** Les limites temporelles, basées sur un délai, forment un double atout en assurant la liberté d'abstention tout en la rendant, ce qui garantit une certaine protection d'autrui. Mieux, les limites ne prennent l'allure de sanctions que si le titulaire du droit veut changer d'avis après le délai puisqu'alors la volonté de l'agent est contrée par le Droit. Seul le retard devrait donc être sanctionné. Il a, toutefois, été souligné que les juges ne s'en tenaient pas là lorsqu'ils estimaient que la protection desdits intérêts n'était pas suffisante. En conséquence, ces derniers ont des moyens de faire face aux situations d'abstention, en agissant notamment sur le comportement du titulaire de la prérogative. En revanche, des fluctuations de jurisprudence et des contradictions entre les décisions rendues sont à déplorer notamment entre celles qui affirment que le titulaire de la prérogative dispose de l'intégralité du délai de prescription[908], celles qui diminuent le délai imparti à un délai raisonnable[909] ou celles qui sans s'occuper du délai créent une obligation à la charge du titulaire de la prérogative[910]. Ce qui fait donc défaut aux juges, pour assurer une meilleure visibilité de leurs décisions, est un fondement uniforme qui garantirait une meilleure sécurité juridique.

[908] Cass. com. 13 déc. 2016, n° 14-19885, note M. BOURASSIN, Gaz. Pal. 21 fév. 2017, n° 8, p. 66.
[909] CA Bordeaux, 1ère civ. sect. A, 16 sept. 2010, n° 09/04977. *Adde* Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-15511, EDB, 1er oct. 2014, n° 9, p. 1, comm. M. MIGNOT, « Une hybridation contestable : le point de départ de la forclusion greffé sur la prescription » ; Contrats, conc. consom. 2014, n° 11, p. 27, note G. RAYMOND ; Gaz. Pal. oct. 2014, p. 17, note M. ROUSSILLE ; D. 2014, p. 1541 ; RTD 2014, p. 675, note D. LEGEAIS.
[910] Cass. 3ème civ. 17 sept. 2013, n° 12-21498, RGDA, 1er janv. 2014, n° 1, p. 51, obs. J. KULLMANN.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

364. **Prévisibilité du Droit et équivocité de l'abstention.** Fournir une visibilité des règles est essentiel pour leur respect et leur application. À cette fin, comprendre l'abstention était primordial. Cette première partie axée sur l'équivocité de l'abstention a ainsi montré l'intérêt pratique de l'étude : éclairer autrui sur le sens de l'abstention du titulaire de la prérogative. Comment doit-il interpréter cette abstention ? Il serait toutefois plus sage, eu égard au caractère équivoque de l'abstention, de lui répondre, dès à présent, d'éviter justement d'essayer d'interpréter, seul, l'inaction du titulaire. L'équivocité est ainsi un obstacle à surmonter et ne doit pas constituer une excuse à d'éventuelles contradictions présentes dans la solution juridique de l'abstention.

365. **Résolution du problème.** Proposer une solution adaptée exige de prendre en compte tous les éléments soulevés. Il convient donc de prendre en compte le fait que l'incertitude subie par autrui est un inconvénient ordinaire de l'abstention, mais qu'il est nécessaire de poser des limites à cette liberté pour endiguer les conséquences indésirables. En revanche, la solution ne doit pas reproduire certains excès des juges qui pourraient aboutir à la négation complète et non souhaitable de l'abstention, En effet, dans le cas contraire, les titulaires de prérogatives, privés du bénéfice du délai imparti, seraient amenés à s'appliquer une règle d'immédiateté et à développer alors « une intransigeance immédiate qui colle mal avec la réalité de la vie des affaires »[911]. Il convient, dès lors, de trouver un système qui pourrait mettre en cause l'abstention qui excède ses limites, sans reprocher à l'agent une faute d'abstention. Aussi est-il important de se pencher sur les moyens d'appréciation du juge confronté à une situation où il constate une abstention portant sur une prérogative. Effectivement, si l'abstention est une liberté du titulaire de cette dernière, un tel comportement n'est pas neutre et indolore pour autrui. Sacrifier les intérêts de l'une des parties ne se justifie pas. Aussi, convient-il d'arriver à un compromis entre deux intérêts à protéger. Il s'agit d'un compromis entre la nécessité de porter le moins possible atteinte à la liberté d'abstention et la nécessité de protéger autrui des conséquences néfastes de l'abstention à son égard.

[911] H. BARBIER, « Quand le jeu de la résolution unilatérale du contrat est enrayé par la tolérance antérieure du créancier », RTD civ. 2015, p. 877, obs. CA Montpellier, 2ème ch. 7 juill. 2015, n° 14/03085.

Ce compromis se situe dans l'encadrement des comportements face à l'équivocité de l'abstention. Celui-ci permettra de dénoncer une faute de comportement de l'agent dans sa gestion de l'abstention et de ses éventuelles actions dans le temps, fonction du délai raisonnable.

PARTIE II :

PROPOSITION D'UN ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'ABSTENTION

PARTIE II : PROPOSITION D'UN ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'ABSTENTION

366. **Un encadrement du comportement justifié par le temps support de l'abstention.** L'abstention est une liberté ayant pour support le temps. Celui-ci est à la fois sa limite première et l'origine de la nécessité de limites juridiques. Ces dernières sont d'ailleurs temporelles. Elles s'avèrent cependant insuffisantes. Comme le dit avec beaucoup de sagesse Monsieur WOOG, « le temps (…) engendre des effets néfastes, qui impliquent une riposte au moyen de l'intelligence de la célérité. Il doit être constamment maîtrisé »[912]. Les limites temporelles de l'abstention sont donc indispensables et doivent être conservées. Néanmoins, c'est parce qu'elles n'interviennent qu'au terme des délais impartis et qu'elles ne couvrent pas suffisamment la particularité de l'abstention qu'elles doivent être complétées. Les juges ont senti ce besoin, mais ils ont développé des sanctions non adaptées à l'abstention. Aussi est-il important d'encadrer en tant que tel le comportement qu'est l'abstention. Cependant, encadrer l'abstention ne signifie pas l'interdire ou l'enfermer dans des limites telles que l'abstention soit transformée en un reliquat de liberté. Un compromis, assurant à la fois les intérêts du destinataire de l'abstention[913] et ceux du titulaire de la prérogative, semble être la solution adéquate.

367. **La responsabilisation au centre de l'encadrement des comportements.** La réussite de l'encadrement de l'équivocité de l'abstention passe par un compromis, lequel nécessite des efforts de toutes les parties. Ainsi, il est de rigueur de rendre tous les protagonistes responsables[914], c'est-à-dire de les reconnaître capables d'assurer les conséquences de leurs actes. L'auteur de l'abstention, tout d'abord, ne peut voir sa responsabilisation croître qu'une fois écoulé le délai raisonnable. Concernant les destinataires, ensuite, il a été dit que l'abstention suscitait des croyances de leur part. Pourtant, au contraire, l'abstention, de par son caractère équivoque, devrait être source de doute, et donc de prudence, chez eux. Aussi est-il important de les responsabiliser afin d'éviter l'aggravation des conséquences de

[912] J.-C. WOOG, *op. cit.* p. 30.
[913] Et par extension les intérêts d'autrui si l'agent en a les moyens parmi lesquels figure évidemment la connaissance des intérêts à préserver.
[914] CA Riom, 8 oct. 2014, n° 13/01586, JurisData n° 2014-026322.

l'abstention. À souligner qu'il est question d'abord de responsabilisation et non de responsabilité parce que l'objectif affiché était bien de réduire les inconvénients extraordinaires de l'abstention tant qu'il est possible de le faire et qu'engager la responsabilité est l'expression de l'échec des responsabilisations. Responsabiliser l'agent et les destinataires de l'abstention, revient ainsi à leur reconnaître le sens des responsabilités et, par extension, de prendre toute la mesure de leur capacité juridique pour qu'ils ne se reposent pas sur celui qui devrait *a priori* prendre l'initiative mais ne l'a pas fait. Cet effort de responsabilisation de soi est d'ailleurs prôné en matière de procédures. Il est en effet rappelé aux parties qu'elles « doivent faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de leurs intérêts »[915]. La responsabilisation des destinataires de l'abstention revient ainsi à leur conférer un rôle dans leur propre protection parce que ce sont eux qui, normalement, se trouvent les plus directement touchés par les conséquences de l'abstention. Ils subissent l'attente mais à y regarder de plus près, si l'agent apparaît comme figé, ce n'est pas le cas des destinataires. C'est un fait qu'il convient de prendre en compte.

368. **Justification du choix d'une responsabilisation en deux temps.** Cependant la responsabilisation des destinataires n'est pas résiduelle. Mieux, son efficacité pour ces derniers dépend de sa mise en œuvre précoce. C'est parce que la vision opposée est la plus répandue qu'autrui ne se responsabilise pas. S'il ne convient pas de reporter la part de responsabilité de l'agent sur autrui, il n'est donc pas plus adéquat de rejeter, par principe, le fait qu'autrui ait pu jouer un rôle dans les conséquences qu'il subit. Aussi, convient-il d'affirmer la responsabilisation des deux protagonistes afin de permettre une solution la plus solide possible. En effet, cette réussite ne peut advenir qu'à la condition que les efforts de l'un ne soient pas anéantis par le défaut de l'autre. La responsabilisation est alors un enjeu primordial puisqu'elle s'organise de manière préventive grâce à sa logique temporelle. Toujours dans l'objectif d'éviter que les conséquences de l'abstention ne rejaillissent trop sur l'intérêt des protagonistes, il convient de construire le système de responsabilisation de l'auteur de l'abstention (titre I), laquelle n'éradique pas la responsabilisation des destinataires de l'abstention (Titre II), mais la conforte au contraire.

[915] Sentence CCI n° 2291, Clunet, 1976.

TITRE I :

LA RESPONSABILISATION DE L'AUTEUR DE L'ABSTENTION

TITRE I : LA RESPONSABILISATION DE L'AUTEUR DE L'ABSTENTION

369. **Une nécessité entravée par des dispositifs coûteux et complexes.** L'encadrement de l'équivocité de l'abstention suppose des efforts de chacun à commencer par l'auteur de l'abstention. C'est en effet par l'intermédiaire de ce système de compromis que les intérêts en présence peuvent cohabiter.

La bonne foi joue un grand rôle en la matière comme cela a pu être démontré précédemment. Elle désigne certes parfois « la conviction ou la volonté de se conformer au Droit »[916], mais elle est surtout un « devoir objectif d'honnêteté exigé de tous »[917]. Aussi, le titulaire du droit qui s'abstient ne doit-il pas rester dans une certaine latence dans le but, notamment, d'obtenir frauduleusement un avantage ou d'éviter frauduleusement un inconvénient. Les juges, en reconnaissant la responsabilité de l'agent, veulent alors faire assumer à ce dernier son absence de choix ou son choix tardif au vu des circonstances[918].

370. **Une solution jurisprudentielle à approfondir.** Il a été remarqué que les juges utilisent une sorte de délai raisonnable au terme duquel il n'est plus permis d'agir alors que le titulaire de la prérogative s'était jusque-là abstenu. Cet outil n'est pas dénué de tout intérêt. Il faut néanmoins réduire son inconvénient majeur, l'imprévisibilité, et faire en sorte que la liberté de choix de l'agent ne soit pas niée. En effet, le contraindre à un résultat n'est pas fondé alors que renonciation et acceptation ont la même valeur juridique. En fait, il faudrait que l'agent sache plus précisément comment il doit se comporter et comment évolue sa liberté quant à l'exercice de ses prérogatives au fil du temps. En effet, avec le délai raisonnable, il voit sa liberté de choix diminuer dans le temps. Le but est ainsi de cibler à la fois le titulaire de la prérogative qui choisit de s'abstenir, celui qui s'abstient déjà et le titulaire d'une prérogative qui doute afin d'aider ce dernier à faire le choix qui convient pour ses propres intérêts sans nuire à ceux d'autrui. En effet, si la jurisprudence la sanctionne, les textes incitent parfois à l'abstention en prévoyant

[916] D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 235, 1993, p. 8-9.
[917] D. DÉROUSSIN, *Histoire du Droit des obligations*, éd. Économica, Corpus Histoire du droit, 2007, p. 136.
[918] CA Rennes, 4ème ch. 25 fév. 2010, n° 08/06668.

des dispositifs de protection de ses intérêts complexes et coûteux[919]. L'abstention fait pourtant encourir certains risques à l'agent[920]. L'abstention d'une telle précaution par le titulaire de la prérogative écarte en effet une possible diminution du préjudice qu'il était pourtant en mesure d'assurer lui-même. Il est néanmoins vrai que la nécessité de faire intervenir, par exemple, un huissier a un coût et crée une distance par le côté formel, ce qui peut générer une abstention qui se poursuit dans la durée. De fait, il serait utile de recourir à un système prenant en compte les éléments susceptibles de provoquer un motif d'abstention afin de les éviter.

371. **Une responsabilisation à organiser.** Tandis que la responsabilisation d'autrui n'est qu'à affirmer pour qu'elle se développe en faisant en sorte que les outils existants soient plus apparents[921], la responsabilisation de l'agent est, quant à elle, à organiser avant d'être opposée à l'agent. Effectivement, dans un souci de prévisibilité, et plus largement de sécurité juridique, il faut déterminer comment la diminution de la liberté de choix du titulaire de la prérogative se marque dans le temps, mais aussi comment le titulaire de la prérogative doit réagir quant à cette diminution. Ainsi, dans l'objectif d'atteindre le compromis recherché, la responsabilisation de l'auteur de l'abstention passe par le respect d'un délai raisonnable. Pour garantir ce respect encore faut-il savoir de quoi il s'agit et comprendre comment il se calcule. Cela est essentiel puisque, à la suite de ce laps de temps, un comportement plus modéré du titulaire du droit doit intervenir. Pour rendre compte de ces propositions, l'invocation de standards semble appropriée. Le standard a en effet l'avantage d'offrir une grille de lecture au juge et de permettre une uniformisation à la fois de ce qui est attendu et des manquements, sources de sanction, et ce tout en conservant une certaine souplesse. À cette fin, des critères doivent être explicitement posés pour être en mesure d'effectuer le positionnement du terme du délai raisonnable (Chapitre 1), d'autant plus que c'est ce terme qui marque le point de départ d'un encadrement très strict des décisions et

[919] Par ex. art. R. 321-18 CPCE, faculté du créancier poursuivant de s'opposer, par acte d'huissier de justice, à ce que le locataire se libère des loyers et fermages entre les mains du débiteur et de lui faire obligation de les verser entre les mains d'un séquestre qu'il désigne ou de les consigner à la Caisse des dépôts et consignations.

[920] En cas d'abstention du créancier poursuivant quant à sa possibilité de s'opposer à ce que le locataire de son propre débiteur se libère de sa dette entre les mains de ce dernier, l'article R. 321-18 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit qu' « à défaut d'une telle opposition, les paiements faits au débiteur sont valables et celui-ci est séquestre des sommes reçues ».

[921] *Cf Infra* n° 541 et s. (Chapitre 2, titre II Partie II).

du comportement du titulaire de la prérogative. Il convient, dans ce dessein, de proposer le standard de l'agent raisonnable (Chapitre 2), comportement que doit respecter l'agent à l'expiration du délai raisonnable, et par lequel ses libertés d'abstention et d'action sont amoindries.

CHAPITRE I :

LE POSITIONNEMENT DU TERME DU DÉLAI RAISONNABLE

372. **Réduire l'attente d'autrui.** Choisir de répondre à la problématique de l'abstention par un compromis qui s'appuie sur une modulation du comportement dans le temps trouve sa légitimité dans les rapports qu'entretiennent le temps et le Droit, mais aussi dans le fait que « le temps est un élément primordial de la coexistence de soi-même avec autrui »[922]. C'est parce que les personnes recherchent simultanément la satisfaction de leur intérêt que les conflits sont nombreux. De surcroît, différer cette satisfaction dans le temps n'est pas toujours possible compte tenu de contraintes de délai à respecter, d'impératifs économiques, d'opportunité au présent, mais compte tenu aussi, voire surtout, de la durée limitée d'une vie humaine. En conséquence, « le Droit ne veut pas de provisoire qui dure »[923]. Le fait que l'exercice d'une prérogative, qui emporte des conséquences pour autrui, doive être exercé rapidement afin que ce dernier soit vite fixé sur son sort emporte l'adhésion. C'est ce qui justifie la mise en place du délai raisonnable. Jusqu'à ce jour ce délai est parfois « abandonné à la sagesse des juges »[924] ou instrumentalisé par eux. Un délai raisonnable, dénommé aussi parfois « délai utile », est nécessaire malgré ses inconvénients[925]. Il reste alors à en déterminer les caractéristiques et les seuils, ce qui permettra de répondre à la question sous-jacente au fait de demander au titulaire d'une prérogative de respecter un délai raisonnable, à savoir « de quel délai dispose réellement le titulaire d'un droit pour prendre sa décision ? ».

373. **Délai raisonnable et délai imparti.** Dès lors, est-ce à dire que le délai raisonnable est nécessaire parce que les délais impartis ne seraient justement

[922] F. TERRÈ, « Une synthèse », *in* J.-J. AUSTRUY, P. BAUCHET, P. BÉNÉTON, A. NOVARA, F. OST, S. SAÏD, A. SÉRIAUX, R. SÈVE, F. TERRÈ, J.-M. TRIGEAUD, *Le droit et le futur*, PUF, Travaux et recherches univ. dr. éco. sc. soc. de Paris, 1985, spéc. p. 8.

[923] L. LORVELLEC, « Remarques sur le provisoire en droit privé », *in Études dédiées à Alex WEILL*, Dalloz, Litec, 1983, p. 385, spéc. p. 400.

[924] J.-P. GRIEDEL, « Le temps et le droit positif du procès civil », Gaz. Pal. 10 oct. 2015, n° 283, p. 10.

[925] *Cf Supra* n° 338 et 343.

pas raisonnables ? Le délai raisonnable en question est un délai particulier en ce qu'il appartient à un autre délai, plus long, lequel est légalement ou conventionnellement imparti. C'est une caractéristique importante à prendre en considération puisque cela suppose la compatibilité et une certaine interdépendance des deux délais. Cependant, si le délai raisonnable se superpose au délai imparti, il ne s'y ajoute pas. Par conséquent, il n'est pas correct de dire que le délai imparti n'est pas un délai raisonnable voire que c'est un délai déraisonnable. En revanche, cela signifie que seule une partie du délai imparti est raisonnable. Seul ce segment de temps l'est parce que les intérêts en présence le justifient. En fait, cela est logique puisque le délai imparti l'est à quelqu'un - le titulaire de la prérogative -. Il est donc déterminé selon le seul intérêt de ce dernier, or ce laps de temps ne rassemble pas en un unique flot les intérêts en présence. La prérogative à laquelle est assorti un délai est un élément fixe et les titulaires d'une même prérogative se retrouvent *a priori* dans une situation à peu près semblable à chaque fois. Le délai imparti peut donc être prédéterminé. En revanche, les circonstances et le rapport de force des intérêts en présence changent pour chaque cas, c'est la raison pour laquelle le délai raisonnable a une utilité et varie. Dès lors, le délai raisonnable n'est pas toujours le même pour un délai imparti de même nature. Cette variation au gré des circonstances est un facteur d'efficacité de l'instrument juridique mais pas de prévisibilité. C'est pourquoi certains lieux communs apparaissent nécessaires pour créer des repères. Ceux-ci ont alors pour fonction de rassurer les titulaires de prérogatives et les inciter à faire le bon choix, mais sont aussi utiles pour guider les juges dans leur appréciation.

374. **Qualification du délai de « raisonnable ».** Ainsi, un délai étant constitué de temps, le délai raisonnable semble être composé de temps raisonnable. Néanmoins, le temps n'est ni raisonnable, ni déraisonnable, il s'écoule à l'infini. La qualification de raisonnable survient du fait de l'Homme et sur ses actes. C'est donc le délai qui subit la qualification de raisonnable parce qu'il est façonné par l'Homme, en l'occurrence le titulaire de la prérogative. Une définition du délai raisonnable (section I) doit être apportée. Celui-ci a *a fortiori* un terme lequel est très important puisqu'il marque la fin d'une certaine intensité de liberté pour le titulaire de la prérogative qui doit pouvoir savoir quand est-ce que cette liberté

prend fin. La détermination du terme du délai raisonnable (section II) est donc un enjeu majeur.

Section I/ Définition du délai raisonnable

375. **Annonce de plan.** Ce qui est « raisonnable » pour l'un ne l'est pas forcément pour l'autre. C'est en partie ce qui explique qu'il existe des acceptions diverses de ce qui est « raisonnable » (§1). Pourtant, concernant le temps raisonnable laissé au titulaire de la prérogative, une définition unique apparaît nécessaire (§2).

§1) Des acceptions diverses de « raisonnable »

376. **Comparaisons.** En guise de prélude à l'étude des différentes acceptions du raisonnable en Droit, il semble essentiel de faire des liens, de comparer certains termes *a priori* proches du raisonnable et le raisonnable. Cela fera ressortir certaines nuances de cet adjectif particulier. Il est en effet important de voir les liens qu'entretient la raison avec le Droit, mais aussi ceux existant entre le raisonnable et le rationnel. Ces points de comparaison doivent, de plus, être soulevés pour comprendre les fonctions attribuées au raisonnable par les juristes. De la raison aux fonctions du raisonnable en Droit (A), le chemin est sinueux d'autant plus qu'en guise de définition, il n'existe en fait que des éléments de définition (B) éparpillés et représentant chacun une acception du vocable en question.

A. De la raison aux fonctions du raisonnable en Droit

377. **La raison et le Droit.** « L'idée de raison a toujours joué en droit un rôle non négligeable »[926]. Différentes visions existent toutefois. Pour un premier courant, la raison, en tant que première norme du droit naturel, serait le socle de tout[927]. Selon FLEURY, le droit naturel représenterait ainsi « ce qui est juste selon la seule lumière de la raison »[928]. La raison s'oppose alors aux lois positives. Une théorie

[926] C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit au-delà du positivisme juridique*, Préf. M. VILLEY, LGDJ, Bibl. phil. du dr. vol. XXIX, p. 11.
[927] DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, 1777* ; CICÉRON, *De Republica*
[928] G. KHAIRALLAH, « Le raisonnable en droit privé français, développements récents », RTD civ. 1984, p. 439, spéc. p. 440.

plus moderne atteste plutôt de la rationalité du législateur. « Le rationalisme a envahi [le Droit] »[929]. Rationalité et raison doivent dès lors être confrontées.

378. **Raisonnable et rationnel.** En provenant tous deux de « *ratio* », ces termes ont la même étymologie. En revanche, ils n'emportent pas les mêmes connotations. Effectivement, ce qui est rationnel découle d'une logique ou de données scientifiques qui ont été méthodiquement choisies pour satisfaire un intérêt. Le choix est dès lors rationnel lorsqu'il est réputé permettre la performance du résultat escompté. Le vocable renvoie à une analyse économique. À l'inverse, si le raisonnable est bien apprécié selon sa conformité avec ce que la Raison commande, il a une dimension moins calculatrice et plus globale dans le sens où l'épithète de raisonnable n'est plus fonction que de l'acteur, mais de l'acteur et de sa prise en considération de son environnement, en clair, des autres acteurs. Cette vision serait alors plus altruiste tandis que le rationnel appelle l'égoïsme parce que cela permet de ne pas ajouter une variable, assurant ainsi une certaine prévisibilité jusqu'à l'efficacité. Le raisonnable semble donc plus prompt au compromis. En résumé, « le rationalisme est système, méthode, logique, déduction, rigueur, certitude ; le raisonnable est induction, opportunité, modération, mesure, souplesse, pragmatisme, empirisme, expérience »[930]. C'est sans doute pourquoi la place de la raison, au travers de ce qui est raisonnable, est importante en Droit, preuve en est de toutes les fois où le législateur, le juge et la Doctrine y font référence. Mieux, certains affirment avec force que « le raisonnable fait partie du droit positif »[931]. Néanmoins, trouver une définition juridique de « raisonnable » faisant autorité est difficile. Aussi paraît-il opportun de poursuivre cette exploration du raisonnable par ses fonctions.

379. **Les fonctions du raisonnable.** Différentes fonctions ont, en effet, pu être recensées. Ainsi, « le raisonnable peut marquer les bornes de ce qui est socialement acceptable »[932] ou « permettre une adaptation de la règle aux

[929] G. KHAIRALLAH, art. préc. p. 439.
[930] G. KHAIRALLAH, art. préc. p. 457.
[931] G. KHAIRALLAH, art. préc. p. 467.
[932] F. TULKENS, « Le délai raisonnable et la Convention européenne des droits de l'homme », *in* S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, PU Limoges, 2004, p. 209, spéc. p. 216.

situations concrètes »[933]. De plus, outre le fait qu'il puisse « protéger contre une existence marquée par l'angoisse et l'incertitude »[934], le raisonnable permet de « repérer le déséquilibre excessif » pour que la proportionnalité le corrige »[935]. En effet, « le raisonnable renvoie à la lutte contre l'arbitraire et l'excès »[936]. Il veille aussi, autant ce faire se peut, à ce qu'une croyance ne puisse pas être entretenue chez quelqu'un[937] et sert à « prévenir les rétractations trop brutales »[938]. Par conséquent, les manifestations du raisonnable apparaissent très variées. Toutefois, un auteur a pu les classer et faire naître deux catégories. Monsieur Georges KHAIRALLAH distingue en effet le « raisonnable de modulation » et le « raisonnable de conformité »[939]. Le raisonnable-modulation englobe ainsi les situations où « la modulation de la règle permet une solution acceptable ». Le raisonnable de conformité, quant à lui, « postule un modèle de référence et la fonction du raisonnable est de permettre un jugement sur la correspondance à ce modèle ». Le délai raisonnable à déterminer pour être appliqué au titulaire d'une prérogative emprunte à ces deux ensembles alors complémentaires. En effet, le but d'intégrer un délai raisonnable au sein d'un délai légal ou conventionnel est de permettre de moduler ces délais pour une solution tenant compte des circonstances. Cependant, le titulaire de la prérogative doit pouvoir jouir de sa liberté de choix quant à la modalité d'exercice de sa prérogative dans une certaine quiétude temporelle. Il n'a pas à se voir imposer *a posteriori* un délai raisonnable sans consistance préétablie, au moins dans les grandes lignes, d'où l'intervention utile du raisonnable de conformité. Il convient ainsi de préciser ce que revêt le vocable de « raisonnable », ce qui est loin d'être évident puisque les éléments de signification n'apparaissent que par bribes.

---

[933] O. CORTEN, *Utilisation du raisonnable par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 139 et s. cité par F. TULKENS, art. préc.
[934] F. TLKENS, art. préc.
[935] L. DUONG, art. préc. spéc. p. 705.
[936] S. THÉRON, « Au-delà du Droit administratif, en Droit administratif : quelles références, quelle signification ? », *in Le raisonnable en droit administratif*, S. THÉRON (dir.), Actes colloque de Toulouse 20 mars 2015, éd. L'épitoge, coll. L'Unité du Droit, vol. XIII, 2016, p. 13, spéc. p.18.
[937] Cela vise par exemple le fait de « ne pas entretenir dans l'esprit de son cocontractant la conviction que le contrat va être continué normalement malgré l'incident d'exécution » C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparée*, Préf. M. GORÉ, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 398, 2008, p. 500, n° 956.
[938] D. CHENU, « Offre de vente : délai raisonnable d'acceptation », Dalloz actu. 4 juin 2009, obs. Cass. 3ème civ. 20 mai 2009, n° 08-13230.
[939] G. KHAIRALLAH, art. préc. p. 445 et s.

B. Éléments de définition

380. **Délai autonome par rapport au délai de l'article 6§1 CEDH.** Avant toute réflexion, il faut noter que le délai raisonnable de la présente étude ne doit pas être confondu avec celui de l'article 6 de la CEDH même si certaines caractéristiques leur sont communes du fait de la similitude de leur qualification. Cependant, le qualificatif de « raisonnable » semble aussi se modeler en fonction de l'objet qu'il qualifie. Il convient alors de mettre en relief le choix de ce vocable. En effet, il est employé en tant qu'adjectif épithète. L'ambition est ici plus humble et ne vise pas à définir ce que serait « le raisonnable », mais ce qu'est le délai raisonnable appliqué au titulaire d'une prérogative.

381. **Définition courante et définition juridique.** La difficulté de retenir ce qui est raisonnable tient en la polysémie du mot. De manière courante et classique, le délai raisonnable est celui qui s'inscrit dans une juste mesure, qui ne dépasse pas la norme mais qui est suffisant. Juridiquement, CORNU définit ce qui est raisonnable de plusieurs façons. Pour lui, le « délai raisonnable est un délai conforme à ce qui ressort d'un discernement de ce qui est juste et/ou possible. En pratique, il s'agit alors d'un délai « modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne ». En revanche, il rappelle que c'est un délai « qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible) »[940]. Le temps raisonnable revêt donc une dimension supplémentaire que celle du temps qui s'égrène et qui est rationnellement comptabilisé par l'horloge. Cette dimension supplémentaire tient dans l'humain. Les principes du droit européen des contrats donnent quant à eux une vision plus économique du raisonnable.

382. **Sens pour les principes du droit européen des contrats.** L'article 1 : 302 des principes du droit européen des contrats (PDEC), précise que « doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation, que les parties regarderaient comme tel ». C'est donc cette définition qui doit être prise en compte pour analyser l'article 9 : 102 des PDEC qui dispose que « le créancier est déchu du droit à l'exécution en nature

[940] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « raisonnable ».

s'il manque à la demander dans un délai raisonnable ». Toutefois, une étude, réalisée sur le raisonnable dans les PDEC, met en relief les deux orientations de la signification du « raisonnable » dans les PDEC et révèle aussi que la bonne foi n'évince pas la prise en considération des intérêts en présence. En premier lieu, le raisonnable renvoie, selon cette étude, à « ce qui est possible » c'est-à-dire « ce qui est prévisible » ou « ce qui est probable compte tenu des moyens des parties et de l'évolution du contexte de leur situation juridique », et en second lieu, à « ce qui est utile »[941]. Cette dernière acception est véritablement la reconnaissance des intérêts et la nécessité de les prendre en compte temporellement.

383. **Un délai utile.** Le délai raisonnable est ainsi un délai utile. Si le laps de temps concerné ne revêtait pas ce caractère « utile », il serait vain d'amorcer la moindre dynamique. D'ailleurs, Monsieur le Professeur CADIET fait fortement ressortir cette idée lorsqu'il écrit à propos des relations entre le temps et le procès civil qu'il doit s'agir d'un « temps raisonnable mais utile »[942]. L'utilité du temps peut toutefois surprendre. Il s'écoule indifféremment de ce qui en est fait. Néanmoins, cette subtilité attribuée au temps se retrouve aussi bien dans la sphère juridique que commune. Par exemple, il convient de semer le blé à la saison adaptée s'il est souhaité d'en récolter utilement les fruits, c'est-à-dire du blé de qualité optimale au moment adéquat, où sa récolte peut être raisonnablement espérée et où un certain besoin se fait sentir. La subtilité en cause sert en réalité un objectif à atteindre à un instant précis, sans quoi le but ultime de l'action ne pourrait être. En effet, est utile ce « qui présente un intérêt au moment de son accomplissement ; qui se justifie au regard d'une bonne gestion », ou bien encore ce qui est « efficace, propre à produire un effet juridique ». Il est de bon ton d'ajouter que le temps utile est le temps « suffisant » pour atteindre l'effet attendu, ce qui se rapporte en somme, à un « délai utile »[943]. C'est pourquoi les expressions de « délai raisonnable » et de « temps utile » se retrouvent en jurisprudence et sont utilisées indifféremment l'une pour l'autre. Il doit alors être objectivement suffisant pour que le titulaire du droit, ou le bénéficiaire d'une faculté, atteigne, par un exercice actif de ses

[941] L. DUONG, « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », RIDC, n° 3, 2008, p. 701.
[942] L. CADIET, *in* S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Nouv. Bibl. de thèses, vol. 11, 2002, Préface, p. XIX.
[943] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « utile ».

prérogatives, l'objectif qu'il est présumé vouloir *ab initio* c'est-à-dire le motif pour lequel il a entrepris les démarches requises. Ainsi, bien qu'objectivement suffisant dans son quantum, le temps utile revêt également une caractéristique d'intérêt. Le temps utile est en effet le temps qui présente un avantage pour l'accomplissement de l'action, c'est-à-dire pour que celle-ci soit bénéfique à l'intéressé lui-même. Le Droit préserve alors les effets juridiques des actions positives effectuées pendant le temps utile, ou, au contraire, attache des effets juridiques à l'abstention dans un souci de protection d'autrui.

Mais le délai raisonnable c'est aussi le délai qui, par sa durée, ne laisse pas naître des convictions et des attentes légitimes chez autrui. Les facettes du délai raisonnable sont multiples et infinies si bien qu'un auteur, ayant consacré un article à une étude transversale sur le délai raisonnable, les a compilées pour définir ce dernier comme le temps « adapté à la situation en cause »[944]. Si cette définition est claire et juste, elle ne donne pas beaucoup d'indices au titulaire de la prérogative. Ce dernier ne peut toutefois pas, quelles que soient les circonstances, se détacher d'une certaine bonne foi dans le temps qu'il choisit de consacrer à la détermination de son choix.

384. **Un temps utilisé de bonne foi.** Il a été fort justement rappelé par un auteur que « la bonne foi est un préalable au raisonnable »[945]. C'est ce qui est notamment exploité par les juges lorsqu'ils ont à apprécier une rupture brutale. En effet, celui qui ne veut pas poursuivre les négociations, par exemple, doit, pour procéder à une rupture loyale, informer son partenaire dans un délai raisonnable ; or, ce n'est pas le cas lorsque la rupture des pourparlers intervient la veille de l'acte de cession[946]. « Deux éléments sont décisifs afin d'entériner le caractère brutal de la rupture. Le premier est la durée des relations précontractuelles. Plus celles-ci sont longues et plus l'auteur de la rupture doit faire preuve de vigilance. Le second critère est l'avancement des pourparlers. Lorsque des démarches importantes ont été effectuées, que des frais considérables ont été engagés, ou qu'un important stock de marchandises a été constitué, les négociations sont considérées comme étant « avancées », même si elles n'ont duré que « quelques semaines ou quelques

[944] L. NICOLAS-VULLIERME, « Le délai raisonnable ou la mesure du temps », LPA, 3 janv. 2005, n° 1, p. 3.
[945] L. DUONG, art. préc. spéc. p. 707.
[946] Cass. 1ère civ. 6 janv. 1998, JCP G. 1998, II, 10066, note B. FAGÈS ; Defrénois, 1998, p. 741, obs. D. MAZEAUD.

mois »[947]. Les auteurs s'accordent alors pour dire que « le caractère raisonnable du délai s'apprécie au regard de l'ancienneté des relations, de la nature de celles-ci et des usages. Toutes les circonstances entourant la rupture sont prises en considération afin de déterminer son éventuel caractère fictif. Dès lors si des investissements coûteux ont été engagés peu avant la résiliation du contrat, le respect du préavis habituel peut être insuffisant[948] »[949]. Finalement, le délai raisonnable est celui qui ne conduit pas à la déraison.

385. **Un délai non déraisonnable.** Le raisonnable s'oppose, en effet, au déraisonnable, or, « le déraisonnable peut résulter du ridicule ou de l'inapproprié, et pas seulement de l'inique ou de l'inéquitable »[950]. Mieux, « est déraisonnable ce qui est inadmissible dans une communauté à un moment donné »[951]. Par conséquent, ce que les autres prennent pour déraisonnable aujourd'hui ne le sera pas nécessairement demain. Cette donnée fait apparaître une nouvelle fois autrui comme variable. Toutefois, ici c'est un ensemble de personnes plus objectives, puisque non directement concernées par le problème, qui incarnent une variable plus prévisible. En outre, ce n'est qu'une application du critère de la prise en compte des circonstances. L'ordonnance de réforme du droit des obligations n'abandonne d'ailleurs pas cette vision.

386. **Le délai raisonnable de l'ordonnance du 10 février 2016**[952]. L'expression « délai raisonnable »[953] a été trouvée sept fois dans l'ordonnance. Cette dernière compte d'autres expressions qui qualifient le délai dans lequel doit s'inscrire l'acte afférent, telles « les meilleurs délais »[954] ou « sans délai injustifié »[955]. Ces autres qualificatifs connotent le délai raisonnable. Néanmoins, il est possible de se

[947] S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, Coll. de l'Institut de droit des affaires, 2012, 53-54, n° 28.
[948] Cass. com. 29 janv. 2002, JurisData n° 2002-012889, CCC 2002, p. 22, comm. 123, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.
[949] S. TISSEYRE, *op. cit.* p. 74, n° 60.
[950] C. PERELMAN, *op. cit.* p. 19.
[951] C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit au-delà du positivisme juridique*, Préf. M. VILLEY, LGDJ, Bibl. phil. du dr. vol. XXIX, p. 15.
[952] Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[953] Art. 1157, 1125, 1212, 1222, 1226, 1305-1 et 1307-1.
[954] Art. 1220 et 1223.
[955] Art. 1126-6.

demander si ces expressions se confondent avec le délai raisonnable. Dans l'affirmative, il serait alors un délai justifié dans le sens où il doit pouvoir l'être en tout état de cause pour être légitime, et ce serait un comble d'instaurer un délai raisonnable lui-même déraisonnable dans son principe. Ce serait alors aussi le meilleur délai. Cependant, le « meilleur délai » dépend du point de vue sous l'angle duquel la situation est perçue. Dès lors, lorsque l'ordonnance précise « délai justifié » ou « meilleur délai », il semble plutôt qu'elle ajoute au raisonnable. Le délai « justifié » est un délai raisonnable dont la durée doit pouvoir être justifiée par celui qui l'a choisie et le « meilleur » délai est un délai raisonnable auquel est ajouté l'exigence d'axer la durée choisie sur un intérêt particulier plutôt que sur un autre ou que sur la recherche d'une égalité de traitement entre les intérêts en présence.

387. **Synthèse.** Pour autant, le délai raisonnable doit correspondre à un certain juste milieu, à un espace de temps qui permet à chacun de protéger ses intérêts sans que ceux de l'autre ne soient trop atteints. Il a donc vocation à protéger un certain équilibre. Ceci est d'autant plus important que la Cour de cassation semble reconnaître « un droit subjectif au temps » dans ses décisions. Cette hypothèse raisonne d'autant plus comme une affirmation depuis que cette formule se retrouve dans le rapport annuel 2014 de la Haute juridiction consacré au temps[956]. Une définition unique du délai raisonnable appliqué au titulaire d'une prérogative est dès lors nécessaire, et ce d'autant plus lorsque ce dernier s'abstient.

§2) Une définition unique nécessaire

388. **Les prérequis.** Pour bâtir cette définition, il convient de se concentrer sur ce pour quoi le délai raisonnable est conçu : répondre à la problématique de l'abstention au vu de son équivocité, et sur ce sur quoi il repose : le temps, et encore moins à qui il s'adresse et pourquoi. Ainsi, le délai raisonnable s'applique au titulaire d'une prérogative susceptible de s'abstenir et à l'agent - titulaire de la prérogative qui s'abstient -. Le titulaire d'une prérogative a en effet la possibilité d'exercer sa prérogative, de s'abstenir ou d'y renoncer à tout instant, dès lors que les modalités ne sont pas incohérentes entre elles. Cela vise donc l'abstention seule

[956] Cour de cassation, *Rapport annuel 2014, Le temps*, Doc. fr. 2015, p. 212.

ou couplée avec l'acceptation ou la renonciation dans un ordre choisi par l'agent. En somme, le délai raisonnable est le laps de temps pendant lequel ce dernier « tient autrui »[957]. C'est pourquoi il ne peut s'éterniser. L'abstention qui durerait trop perdrait effectivement en légitimité. Pour éviter cela et *a fortiori* éviter de dénigrer l'abstention en tant que telle, il faut que l'agent se contraigne en amont à respecter un délai raisonnable. Les juges lui imposent d'ailleurs cela *a posteriori*[958]. Il convient alors d'essayer de comprendre ce que cela signifie.

389. **La nécessité d'unification.** « Raisonnable » est synonyme de modéré, suffisant, acceptable, convenable, satisfaisant, correct, honnête. Les juges utilisent indifféremment ces qualificatifs ou un en particulier pour souligner une certaine particularité. Tous les qualificatifs utilisés par les juges ne sont toutefois pas définis juridiquement. Il faut dès lors une définition unique pour harmoniser les décisions judiciaires et donner un sens certain à ce vocable. Il est de l'essence du Droit de faire preuve d'une certaine rigueur quant à l'utilisation du vocabulaire juridique. Ce dernier est en effet une garantie tendant à la sécurité juridique. Mieux, la définition est liée à une mesure appliquée à l'humain. Plus que des éléments spartiates de définition, il faut concevoir un ensemble de lignes directrices claires pour orienter le titulaire de la prérogative. La définition doit donc être unique mais souple pour être appliquée en pratique.

Néanmoins, le délai raisonnable devant être respecté par l'agent revêt toutes les nuances évoquées. Par conséquent, il convient de faire la synthèse de ces dernières appliquées au temps raisonnable de l'agent. Ainsi, le délai raisonnable est un laps de temps qui a « le sens de la mesure »[959] en ce qu'il se tient éloigné de tout excès[960]. C'est le temps qui, constituant un tout, est apte par lui-même à habiliter l'agent et à le rendre capable de faire face à la situation. Il n'en sera pas pour autant de mauvaise foi. Comme le disaient fort bien MALAURIE et AYNÈS, la bonne foi vise à donner au contrat sa pleine efficacité dans une mesure compatible avec son propre intérêt. Par conséquent, la bonne foi inclut une dimension particulière du rapport existant entre le droit et son titulaire, et surtout de l'attitude

[957] Cass. 1ère civ. 31 janv. 1995, D. 1995, II, p. 389, note Chr. JAMIN.
[958] *Cf Supra* n° 338 et s.
[959] G. CORNU (dir), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « modéré ».
[960] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. **«** modération ».

de ce dernier quant à l'exercice du droit qui doit être en premier lieu fait à son bénéfice. Aussi, le délai raisonnable doit-il privilégier le titulaire de la prérogative en lui permettant d'accomplir librement l'enchainement des modalités d'exercice de sa prérogative afin de répondre à un besoin prédéfini, ni plus ni moins[961], notamment pour la sauvegarde de ses intérêts, et ce indépendamment d'autre chose - d'une extension de la durée de ce délai, par exemple - ou d'une quelconque manipulation frauduleuse ou abusive[962].

390. **Définition du délai raisonnable.** Après avoir dégagé les lignes directrices, il convient d'essayer de poser une définition simplifiée du délai raisonnable accordé à l'agent dans un souci de clarté et de normalisation. Deux méthodes existent. Il est possible de définir le délai raisonnable par ce qu'il est ou par ce qu'il n'est pas. Ces deux méthodes peuvent se révéler complémentaires. Les appliquer ainsi au délai raisonnable permet de mettre en exergue sa dualité. C'est en effet à la fois un espace de liberté et une limite au légitime[963] pour le titulaire de la prérogative. Aussi, le délai raisonnable est-il le **temps adapté à la situation pendant lequel l'agent peut retenir et exercer librement sa prérogative mais au-delà duquel il n'est plus honnête et loyal d'agir aussi librement.**

L'adverbe « librement » doit se comprendre à la lumière des nuances attachées à ce qui est « raisonnable ». Librement signifie donc que le temps raisonnable tient compte des intérêts de l'agent en priorité, permet à ce dernier de rechercher la satisfaction de son intérêt mais sans complètement ignorer autrui. Les intérêts de ce dernier n'ont pas à être préférés par le titulaire de la prérogative mais cela répond à la limite de l'abus. De plus, eu égard au principe de cohérence, acceptation et renonciation ne peuvent pas se trouver toutes deux dans un même délai raisonnable attaché à une même prérogative.

En outre, il n'est pas honnête et loyal d'agir brutalement après le délai raisonnable. Dès lors, l'action postérieure au terme du délai raisonnable apparaît tardive même si le titulaire de la prérogative n'est, il est vrai, pas en retard quant au temps imparti. Il faut alors mettre en relief la différence entre ce qui advient

[961] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « suffisant ».
[962] Renvoie à l'honnêteté.
[963] V. H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, 2009, coll. faculté de droit et des sciences sociales, p. 38, « on recourt donc au raisonnable pour servir de limite au légitime ».

tardivement et le fait d'être en retard. Ce qui est tardif n'est pas en retard mais « a lieu tard », c'est-à-dire « vers la fin d'une période »[964]. Malgré tout, il ne suffit pas de ne pas être en retard pour être honnête et loyal. Cet axiome est fondamental en ce qu'il montre que le respect du délai imparti n'est pas toujours un gage de bonne conduite à l'égard d'autrui. Le rôle du délai raisonnable au sein du délai imparti est ainsi de pallier cette lacune. Un équilibre est en effet à rechercher. Il va se trouver naturellement dans la durée du délai qui ne doit être « ni trop court ni trop long »[965]. La chronométrie juridique, technique qui a pour objet de séquencer le temps[966], a alors un rôle à jouer. Séquencer permet en effet de délimiter des espaces de temps. En l'occurrence, séquencer le temps imparti en deux espaces de temps permet de concilier les intérêts de chacun. Il convient donc de décomposer le délai imparti en un premier laps de temps, le délai raisonnable auquel succède le laps de temps restant. Dès lors, le délai raisonnable est un délai mesuré dans sa substance et dans sa durée, le but étant d'éviter les excès et le gaspillage à une époque où le temps n'a jamais été aussi précieux. Aussi, bien que raisonnable, le temps génère incertitude et angoisse, un terme au temps raisonnable est donc nécessaire. C'est d'ailleurs pourquoi il est question d'un délai, qui plus est, d'un délai raisonnable. Celui-ci n'est ni trop bref ni trop long. Si l'enjeu porte sur le terme du délai et non sur son point de départ, encore faut-il le déterminer. Ceci est en effet essentiel.

Section II/ Détermination du terme du délai raisonnable

391. **Motif de la détermination.** C'est parce que le terme intervient à cet instant « t » que le délai est raisonnable. En tant que seuil du délai, le terme joue un rôle de repère et de départiteur. Ce seuil constitue la frontière entre le raisonnable et le déraisonnable. Le terme est alors l'instant où la liberté de comportement du titulaire de la prérogative prend fin.

L'agent dispose en effet d'un délai raisonnable pour s'abstenir et agir librement. La responsabilisation d'autrui[967] peut parfois conduire ce dernier à

[964] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « tardif ».
[965] E. PUTMAN, « Le temps et le droit », Droit et Patrimoine, n° 78, 1er janv. 2000, p. 43.
[966] F. TAINMONT, *Le facteur temps dans le droit des obligations. La temporalité du contrat*, Vol. 1, Larcier, 2013, p. 18 et s.
[967] *Cf Infra* Titre II Partie II.

demander à l'agent d'agir, de prendre une décision dans un délai raisonnable dont il fixe ou non la durée. Quoi qu'il en soit, la durée doit être raisonnable. Si le titulaire de la prérogative et autrui ne trouvent pas, chacun dans leur rôle, le délai raisonnable, d'un côté, autrui pourra se plaindre, et de l'autre côté, l'effet conventionnellement prévu, telle l'interprétation de la passivité en une renonciation au terme d'un délai raisonnable, pourra être contesté. Aussi, maintenant qu'une définition du délai raisonnable a été apportée, est-il nécessaire de s'interroger sur les critères sur lesquels le titulaire de la prérogative peut s'appuyer pour savoir s'il se trouve encore ou non dans le délai raisonnable, de même que sur les pouvoirs que pourraient avoir l'agent et le destinataire de l'abstention sur le positionnement de ce terme. Autrui peut-il restreindre le délai laissé à l'agent pour faire un choix - sans retour possible - s'il pense qu'il a déjà assez perdu de temps ? Pour une meilleure sécurité juridique, il faut conduire l'agent et autrui à apprendre à déterminer le délai raisonnable adéquat à leur situation. Le temps juridique, contrairement au temps extra-juridique, est presque extensible ou rétractable à volonté[968]. Il est donc nécessaire de trancher et de fixer à un certain moment le terme.

La détermination du terme d'un délai non chiffré, est malgré tout un processus complexe. Elle suppose que la réflexion et la décision relative au terme interviennent précisément avant ce terme. Néanmoins, le terme peut aussi intervenir concomitamment à la prise de décision si celui qui détermine ce terme se prononce sur le caractère immédiat de ce dernier. Il convient donc de le fixer de manière à encadrer le comportement de l'agent au bon moment pour protéger autrui sans trop empiéter sur la liberté du titulaire d'une prérogative. À cette fin, il est utile de voir selon quelle méthode la détermination du terme du délai raisonnable va pouvoir s'effectuer (§1) pour ensuite analyser plus spécifiquement les circonstances à prendre en compte (§2).

[968] V. par ex. Cass. soc. 27 juin 1991, n° 89-19249, JSL Arrêt n° 2531, RJS 8-9/91, n° 1014, Jurispr. soc. UIMM, 1991.370, G. VACHET, « Accidents du travail. Accident survenu au retour de la mission temps du retour », RDSS 1992, p. 672, bienveillance de la Cour de cassation à l'égard des accidents de mission. En l'espèce, le salarié qui habitait Rouen était parti en mission en région parisienne. L'accident a certes eu lieu entre Paris et Rouen, mais le salarié n'avait repris la route qu'après un dîner avec un ami personnel, dîner long de quatre heures. Les juges du fond en avaient affirmé que le salarié n'était plus protégé puisqu'il n'était pas dans le temps normal de retour. La Cour de cassation, au contraire, considère que le temps consacré à un dîner avant de prendre la route est indifférent. Dès lors, la Haute-Juridiction étend le temps juridique de trajet dans le but d'étendre la protection du salarié.

§1) Méthode de détermination du terme du délai raisonnable.

392. **Deux étapes.** Afin de procéder au positionnement le plus juste possible du terme du délai raisonnable, une analyse du terme d'un délai se justifie (A). De plus, il convient de compléter cette étape par une analyse des différents points de vue (B) concernés dans une situation d'abstention afin de préciser la méthode et d'affiner le curseur du terme du délai raisonnable.

A. Analyse du terme d'un délai

393. **Nature du terme.** En principe, on distingue le terme extinctif et le terme suspensif. Il est alors intéressant de voir si cette classification peut s'appliquer au délai raisonnable. Le terme extinctif renvoie à « un événement à la réalisation duquel est subordonnée l'extinction d'une obligation »[969]. Le terme suspensif, quant à lui, se définit comme un événement à la réalisation duquel est subordonnée l'exigibilité d'une obligation dont l'exécution ne peut de fait être exigée jusqu'à l'arrivée du terme. Il peut déjà être souligné que les définitions juridiques apportées renvoient à un vocabulaire orienté vers l'obligation et non la prérogative facultative. Le terme du délai raisonnable n'est donc pas un terme extinctif. En effet, un tel terme, appliqué à la prérogative, fait référence à l'extinction de la durée de vie de la prérogative elle-même ou à celle de la durée permise pour se prévaloir de cette prérogative. Il ne s'agit pas non plus d'un terme suspensif puisqu'aucun événement particulier n'est exigé pour son arrivée.

Par ailleurs, le terme du délai raisonnable semble correspondre à un *dies ad quem*. En effet, il s'agit du jour jusqu'auquel l'agent jouit d'une certaine liberté de comportement au sein du délai imparti à l'exercice de sa prérogative. Il s'agit donc d'une fin, mieux, de la date d'expiration de la liberté de l'agent. Toutefois, il est important de mettre en relief le fait qu'il sera difficile d'exprimer le terme du délai raisonnable en donnant un jour précis compte tenu de ce qu'il est. Aussi se décrit-il comme un terme incertain puisqu'il n'est pas, en général, fixé par référence à une date. Pour autant, il est du devoir du Droit, par sécurité juridique, d'organiser la détermination d'un tel terme.

[969] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « terme ».

394. **Méthode de détermination du terme.** Ainsi, pour savoir où se situe le terme, il semble *a priori* nécessaire d'appliquer la définition du délai raisonnable dégagée ci-dessus. Le terme intervient donc à l'intersection du temps adapté à la situation pendant lequel l'agent peut retenir et exercer librement sa prérogative et du temps au-delà duquel il n'est plus honnête et loyal de se comporter aussi librement. La détermination du terme du délai raisonnable n'est donc pas classique puisqu'il n'est pas possible de donner précisément le *dies ad quem* mathématiquement suite à une durée donnée. Autre difficulté, le délai doit être adapté à la situation. Par conséquent, les circonstances vont être très importantes[970]. De fait, s'il a pu être érigé une définition unique du délai raisonnable, il n'existe pas une durée unique du délai raisonnable. De plus, ce dernier « ne peut se chronométrer, mais il peut et il doit s'évaluer de même que la faute lourde ne peut se peser, mais s'apprécie néanmoins quotidiennement »[971].

395. **Détermination quant à la durée du délai.** Il faut que la durée du délai raisonnable soit flexible, mais que cette flexibilité soit sécurisée afin de pallier les inconvénients d'un tel délai[972]. Ainsi, il importe tout d'abord de prendre en compte le fait que le délai raisonnable a pour fonction principale de constituer l'espace de liberté du titulaire de la prérogative, et que sa fonction de faire en sorte de ne pas faire subir un temps trop long à autrui avant qu'une décision claire advienne n'est que seconde. Pour autant, ce délai ne doit pas être trop bref[973], et se veut garant d'une certaine sécurité juridique. En effet, sans la sécurité, « la rapidité deviendrait illusoire et dangereuse »[974]. Pour preuve, la vie commerciale repose certes sur la rapidité, mais avant tout sur le crédit, or la confiance requise à cette fin a parfois besoin de temps pour émerger. Le délai raisonnable n'est donc pas forcément constitué par la durée la plus courte possible, pour pouvoir protéger la liberté et la

[970] V. d'ailleurs art. 77 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 faisant état de « mesures raisonnables, eu égard aux circonstances ». Le raisonnable semble relever de la casuistique.
[971] B. BOCCARA, « La procédure dans le désordre I. Le désert du contradictoire », JCP, 1981, I, 3004.
[972] *Cf Supra* n° 351 et s.
[973] Sous peine de difficulté certaine en cas de détermination d'un délai raisonnable au sein d'un bref délai.
[974] F. MECHRI, « Voyage dans l'espace du temps juridique », *in* Mél. G. FARJAT, *Philosophie du droit et droit économique Quels dialogues ?*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 427, spéc. p. 444.

sécurité juridique de l'agent. Pour autant, cette durée ne doit pas apparaître trop longue du point de vue d'autrui.

B. Analyse des différents points de vue

396. **Détermination et point de vue des parties.** La différence de point de vue de l'agent et des destinataires de l'abstention s'explique par des intérêts divergents. Elle n'est donc pas anodine. Deux acceptions ressortent d'ailleurs de l'analyse des textes invoquant le délai raisonnable. En effet, la personne doit soit agir dans un délai raisonnable, soit fixer un délai raisonnable à quelqu'un. Dès lors, plusieurs questions se posent. Faut-il être plus exigeant pour soi-même ou pour autrui ? Est-il obligatoire de se mettre à la place de l'autre ? En clair, l'agent doit savoir se fixer à lui-même un tel délai (1) afin de ne pas risquer une sanction, et le destinataire de l'abstention doit être capable de le déterminer pour l'imposer à l'agent (2) sans nier la liberté de ce dernier.

1) Déterminer le délai raisonnable à s'imposer

397. **Contexte.** La première hypothèse visée est celle où l'agent s'applique à lui-même un délai. Il est en effet contraint de le faire en l'absence de délai exprès, mais il lui est aussi conseillé de le faire en présence d'un délai imparti s'il ne veut pas se voir reprocher d'avoir tiré profit de ce dernier et d'avoir fait subir ce temps à autrui. À défaut, cela risque de se retourner contre lui.

398. **Caractère discriminant de l'avancée du temps du délai imparti.** Par conséquent, le titulaire de la prérogative qui s'abstient doit penser que l'écoulement du délai imparti est discriminant pour lui. En effet, plus il passe, plus le terme du délai raisonnable risque de se présenter, et moins il a de légitimité à exercer activement sa prérogative. Le délai raisonnable est en effet celui de la liberté et de la modération. Il peut alors parfois être parfaitement égal au délai imparti[975] ou plus court. Certains justifient cela par l'idée selon laquelle « le retard engendre le retard »[976]. Le délai raisonnable est alors une manière d'anticiper et de

[975] CA Rennes, 4ème ch. 25 fév. 2010, n° 08/06668.
[976] Cass. *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2008, p. 37.

ne pas tomber dans ce travers. Aussi, le caractère discriminant de l'avancée du délai imparti se justifie-t-il et est, de toute façon, inéluctable. Néanmoins, l'agent peut se raccrocher aux circonstances[977] pour se repérer dans le délai imparti et déterminer le terme du délai raisonnable.

399. **Le paradoxe de certaines circonstances.** Cependant, en examinant les cas où un devoir de tolérance pèse sur le titulaire de la prérogative et où, de fait, il s'abstient, émerge un paradoxe. En effet, plus l'agent hésite et plus le destinataire de l'abstention a des attentes en vue d'un renoncement, et plus l'exercice actif de la prérogative créera une surprise. Il est donc possible d'en déduire que plus l'agent et autrui ont des relations proches, plus l'action doit être rapide. Un juste milieu demeure toutefois nécessaire[978].

400. **Ne pas nier complètement l'autre.** Dans la détermination du terme du délai raisonnable, le titulaire de la prérogative ne doit pas occulter ni les intérêts d'autrui, ni ses difficultés[979]. Cela suppose un effort de communication des différents intéressés. En principe, l'agent se modère si autrui fait part de ses doutes. Il revient donc à l'agent de déterminer le seuil du temps subi admissible et au-delà duquel il ne l'est plus.

401. **Ne pas totalement laisser de côté ses propres intérêts.** Pour autant, donner du sens aux choses prend du temps[980], il faut que le titulaire de la prérogative se ménage une période pour prendre du recul. C'est pourquoi, il ne saurait réduire systématiquement le délai raisonnable aux premières unités de temps du délai imparti. D'ailleurs, les juges ont la sagesse de ne pas retenir un tel critère. A ainsi été jugé que « le seul fait pour le fournisseur de ne pas expédier les marchandises dans les premiers jours de la plage de temps stipulée ne saurait permettre au cocontractant de résilier unilatéralement la convention hors tout contrôle judiciaire, dès lors qu'il n'apparaît pas que les livraisons opérées (…) puissent être regardées

[977] *Cf Infra* n° 410 et s.
[978] Cass. 3ème civ. 8 avril 1987, JCP G. 1988, I, 21037, note Y. PICOD, Defrénois 1988, p. 375, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1988, p. 120, obs. J. MESTRE. Particularité ici : intention malveillante de l'action pour récupérer la maison.
[979] Par exemple pour déterminer le caractère raisonnable du délai de l'acceptation de l'offre dans le cadre d'un contrat de vente. V. D. 2005, p. 2836.
[980] « Célérité et sérénité grincent comme lait et citron ». F. TULKENS, art. préc. p. 216.

comme suffisamment tardives »[981]. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne faille pas respecter une certaine ponctualité. En conséquence, le titulaire de la prérogative doit se fixer un délai qui lui permette d'exercer sa prérogative de manière réfléchie, mais qui lui garantisse aussi un temps suffisant pour l'exercer pleinement si tel était son choix sans empiéter de manière excessive sur les intérêts d'autrui. En somme, l'agent doit savoir s'arrêter à temps ou savoir répondre de bonne foi un « je ne sais pas » à celui qui lui exprime ses interrogations. Exprimer son incertitude peut s'avérer source de solutions. Cette simple preuve de communication peut donc aider les parties. En somme,

- il faut prendre le temps de juger de la situation ;
- il ne faut pas hésiter à consacrer du temps ;
- mais se décider à temps ;
- il faut enfin que les intérêts résistent à l'épreuve du temps.

402. **Conséquence pour autrui.** Autrui est aussi susceptible d'exprimer son mécontentement quant à l'abstention du titulaire de la prérogative. Toutefois, il paraît utile de lui rappeler qu'il se doit de respecter le temps de réflexion dont le titulaire de la prérogative estime avoir besoin. Il doit donc lui aussi savoir se fixer un délai raisonnable pour cela. De plus, les destinataires de l'abstention peuvent enjoindre à l'agent de respecter un certain délai, lequel ne saurait être déraisonnable. Il leur incombe donc de savoir déterminer le délai raisonnable pour l'agent. C'est d'ailleurs cette complémentarité entre la détermination du délai raisonnable à s'appliquer et celle d'un tel délai imposé à quelqu'un d'autre qui permettra de fixer le terme du délai raisonnable à un moment qui convient à tous et qui ne sera pas propice aux contestations.

2) Déterminer le délai raisonnable à imposer à l'agent

403. **Intérêt.** Il est utile au destinataire de l'abstention de se mettre dans la peau de l'agent pour jauger la durée dont il a besoin pour exercer sa prérogative compte tenu des circonstances. Mieux, c'est une nécessité causée par la relativité du temps. Selon l'observateur, le point de vue change et est susceptible d'aboutir à une appréciation différente. L'appréciation d'autrui (a) pour fixer à l'agent un

[981] CA Paris, 5ème ch. A, 22 sept. 1992, D. 1992, IR 282, Mme Bourg c/ SA Gérard.

terme, dans le but que ce dernier, dont les intérêts priment pendant le délai raisonnable, choisisse enfin le sort de sa prérogative, est ainsi un élément clé. En effet, c'est surtout à l'appréciation du juge (b) que les protagonistes doivent se fier, or celui-ci apprécie tous les intérêts en présence d'où l'importance de les prendre en compte.

a) Appréciation d'autrui

404. **Une appréciation à équilibrer.** Dans cette deuxième hypothèse, autrui jauge la durée qu'il peut encore supporter avant que l'agent n'exprime de manière définitive son choix quant à sa prérogative. Il peut alors tomber dans le travers de l'homme moderne, pressé, qui a tendance à vouloir réduire les délais à leur strict minimum pour accélérer les choses. Pourtant cette précipitation peut lui causer des torts. Il est d'autant plus susceptible d'être tenté de fixer un terme assez proche, que ce dernier**,** par sa finalité, inverse le degré de la charge de préservation des intérêts de l'autre. Cela dit, si son appréciation ne saurait entièrement se détacher des effets néfastes dus à l'abstention, elle joue avant le terme du délai raisonnable. Autrui doit donc prendre soin de ne pas amputer la liberté de choix de l'agent. En effet, il s'agit de fixer un terme donc de limiter la liberté temporelle, qui plus est à quelqu'un d'autre. Ceci ne peut donc se faire sans prendre en compte les intérêts de celui qui se voit privé de toute l'étendue de son pouvoir, et ce pour le bien d'un autre. De plus, le terme est un repère temporel à la fois pour l'agent et pour autrui. En tant que tel, il est censé être une marque de bonne fin pour les deux. Il s'agit donc pour autrui de désigner une durée fixant un terme de nature à remédier au problème qu'il supporte - avant qu'il ne soit trop tard et tant que cela est aisé[982] - et de nature à laisser un temps suffisant à l'agent pour choisir le devenir de sa prérogative. Le moyen d'y parvenir est peut-être de se demander quelle durée lui serait, à lui, nécessaire eu égard aux circonstances. Pour autant, l'appréciation du temps est relative, d'où l'importance de fixer le terme du délai comme le ferait le juge afin de s'assurer que le délai soit bien raisonnable.

[982] Cass. 3ème civ. 5 nov. 2003, n° 01-17530, Bull. civ. n°189, p. 168, RDC 2005, n° 1, p. 99, note J. MESTRE ; AJDI, nov. 2004, p. 808, note J.-P. BLATTER ; RTD civ. 2004, p. 727, note J. MESTRE et B. FAGES ; Gaz. Pal. fév. 2004, p. 24, note J.-D. BARBIER.

b) Appréciation du juge

405. **Intérêt.** Le juge est titulaire d'un pouvoir d'appréciation souverain en la matière[983]. D'ailleurs, il est souligné par la Doctrine que lorsque le texte prévoit expressément un « délai raisonnable », cela reflète une certaine « renonciation de la part du législateur à sa fonction et reconnaissance du pouvoir du juge (…) sur les délais »[984]. Il a donc un rôle majeur à jouer dans cette détermination ce qui justifie l'effort pour les parties de se demander comment un juge considérerait un tel délai. Mieux, l'appréciation par le juge est par définition impartiale[985]. Ainsi, lorsque le juge détermine si le délai est raisonnable ou non, il effectue une appréciation *in globo*, concrète[986] et *a posteriori*. Au contraire, lorsque le titulaire de la prérogative, par exemple, détermine ce terme il est dans la situation avec une connaissance des éléments passés, mais pas du futur, et n'a pas forcément une vision globale de la situation, absence due notamment au manque de recul. Dès lors, pour déterminer au plus juste le terme du délai raisonnable, il doit anticiper un minimum cet instant et avoir en tête différents éléments.

Il faut faire converger sa propre appréciation avec celle qu'aurait un juge parce que cela apporte la part d'objectivité qui fait défaut. Certes, « le raisonnable est incompatible avec la rigidité, mais la souplesse qu'il introduit est dominée par l'idée de régulation »[987], or la régulation ne doit pas gommer la règlementation. Le délai raisonnable est de fait un délai empreint d'objectivité et de subjectivité, ce qui constitue un paradoxe. Il convient donc de fixer le délai en fonction de ses propres intérêts, mais aussi de ceux de l'autre. Cet effort incitera ce dernier à

[983] Cass. 3ème civ. 29 sept. 2016, n° 15-18238, AJ Contrats 2016, p. 451, note T. DE RAVEL D'ESCLAPON, EDCO 30 nov. 2016, p. 5, obs. O. SABARD, Gaz. Pal. n° 36, p. 34, note C. BERLAUD ; *adde* CA Paris pôle 01, ch. 04, 2 juill. 2010, n° 10/01891 : « il appartient au seul juge de dire si le bailleur a engagé sa responsabilité à son égard en laissant s'accroître la dette sans agir en temps utile contre la locataire ».

[984] G. KHAIRALLAH, « Le raisonnable en droit privé français, développements récents », RTD civ. 1984, p. 439, spéc. p. 441.

[985] V. Rôle du juge dans la détermination du délai raisonnable. C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparée*, Préf. M. GORÉ, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 398, 2008, p. 481, n° 907 : « Appréciation impartiale eu égard aux rapports juridiques et aux circonstances de l'espèce ».

[986] C'est le cas pour l'appréciation du délai raisonnable de l'article 6§1 de la CEDH (CE requête n° 239575 Min. de la justice c/ Magiera) et lorsqu'il invoque le manquement du titulaire de la prérogative au respect du délai raisonnable ou d'un temps utile (V. par ex. CA Paris, 22 juin 2001, D. 2002, p. 843, obs. C. COULON : il ressort de ces arrêts que la durée n'est pas anodine ; Gaz. Pal. 23 janv. 2003, n° 23, p. 31, obs. D. VERET et J. PAILLARD « il est reproché au créancier de ne pas avoir agi dans un délai raisonnable »).

[987] G. KHAIRALLAH, art. préc. p. 467.

respecter le délai. Il aura de plus davantage de difficultés à le remettre en cause. Par conséquent, qu'il s'agisse de fixer un délai raisonnable à l'autre ou de savoir se fixer un terme à soi-même, pour que le délai dont on a profité soit raisonnable, il convient de faire converger tous les points de vue en présence en n'oubliant pas celui du juge. Le délai raisonnable est donc un délai de compromis. Il est toutefois vrai que cette vision est à l'origine d'un paradoxe.

406. **Paradoxe de la détermination du terme du délai raisonnable.** L'agent, pour fixer un terme à sa propre abstention, doit prendre en compte les intérêts d'autrui alors que cette détermination se fait avant le terme. Pourtant, l'obligation de prendre soin des intérêts d'autrui intervient véritablement au terme du délai raisonnable. En fait, ceci s'explique parce que « le temps utile se mesure mais ne se chronomètre pas »[988]. L'appréciation qui prime est donc celle faite après la durée écoulée. « Mesurer » demande alors de s'arrêter et de regarder en arrière. Pour preuve, lorsqu'est apprécié le délai raisonnable de l'article 6§1 de la CEDH, la Cour « détermine rarement la durée précise du délai qu'imposeraient les circonstances de l'espèce »[989], mais elle mesure à compter de la fin de la procédure ou, si celle-ci n'est toujours pas achevée, à compter du jour où elle est saisie si la durée écoulée est raisonnable. Des auteurs mettent cependant en garde contre les effets pervers de la célérité[990]. En effet, pour permettre une prise de décision sécurisée, il faut aussi savoir donner le temps au temps. Concernant le délai raisonnable qui nous intéresse, il en est de même. Les juges le mentionnent sans être précis sur la durée qui aurait été souhaitable.

407. **L'enjeu d'un délai raisonnable respecté.** Ainsi, examiner les différents points de vue permet de converger vers une solution équitable pour tous les intérêts en présence et cela est primordial. En effet, c'est de cette façon que le délai aura le plus de chance d'être accepté par tous les protagonistes ; or, cette acceptation par tous est un indice de raisonnabilité et un gage de non contestation du délai, et *a fortiori* d'absence de recours au juge. Si un juge intervenait malgré

[988] R. PERROT, « Procédure d'instruction ; jugements et voies de recours ; voies d'exécution et mesures conservatoires », RTD civ 1977, p. 817, spec. p. 821.
[989] J.-M. THOUVENIN, « Le délai raisonnable », *in* P.-M. EISEMANN (dir.), *Le droit international et le temps*, SFDI, Pedone, 2001, p. 109.
[990] D. CHOLET, *op. cit*. p. 496.

tout, il serait certainement enclin à confirmer le respect d'un délai raisonnable si ce dernier est un compromis entre les intérêts de l'agent et des destinataires de l'abstention eu égard aux circonstances de l'espèce[991].

408. **Méthode.** La mesure s'effectue par la méthode du faisceau d'indices. Ceux-ci sont liés aux circonstances. Le juge tient compte de toutes les circonstances[992] susceptibles d'influencer l'agent à arrêter son abstention et celles qui, au contraire, l'incitent à la poursuivre, tel que le comportement d'autrui. En effet, si ce dernier lui faisait espérer une certaine satisfaction, il semble légitime que l'agent continue de patienter par exemple. En revanche, il doit éviter de maintenir trop longuement l'abstention. En effet, certains délais seraient trop étendus pour être honnêtes comme l'a constaté la Cour de cassation dans un arrêt du 16 juin 2015 où une longue abstention s'est révélée être le résultat de relations financières anormales[993]. En fait, le terme du délai raisonnable doit arriver avant l'excès. C'est la raison pour laquelle le délai ne va pas être jugé déraisonnable, dès lors qu'il n'est pas démontré qu'une action plus rapide aurait permis d'éviter la gêne occasionnée ou le préjudice subi[994] par autrui. Mieux, le juge doit sanctionner le délai manifestement déraisonnable, mais, compte tenu de la difficulté de fixer à soi-même ou à l'autre un délai raisonnable, parce que cela demande un certain recul, il doit se montrer tolérant. Il ne saurait donc exiger le respect du délai le plus raisonnable possible. D'ailleurs, en donnant raison à celui qui a agi le premier[995], il aboutirait parfois à faire prévaloir la mauvaise foi. La solution invoquée est donc

[991] *Cf Infra* n° 410 et s.

[992] Les juges judiciaires et administratifs sont habitués à apprécier les circonstances pour en déduire la raisonnabilité d'un délai. Ceci rend compte du caractère humain de leur mission. V. par ex. pour le juge administratif TA Lille, 16 mars 2011, n° 1101226, Société Fornells. Dans un marché à procédure adaptée le délai de remise des offres doit être suffisant et approprié aux caractéristiques du marché. Quant au juge judiciaire, peut notamment être cité tout le contentieux de la rupture brutale des pourparlers.

[993] Cass. com. 16 juin 2015, n° 14-10187, JCP E. 2015, p. 30, note O. MARRAUD ; Gaz. Pal. 2015, n° 293, p. 27, note F. REILLE ; Rev. sociétés, 2015, p. 545, note Ph. ROUSSEL GALLE ; RJDA 2015, n° 10, p. 685.

[994] CA Riom, com. 4 avril 2012, n° 11/01356, JurisData n° 2012-012690.

[995] Cass. 3ème civ. 19 juin 2012, n° 11-17105, AJDI 2013, n° 4, p. 302, note Fr. COHET-CORDEY ; Droit et patr. mars 2013, p. 98, note L. ROSSELLO ; JCP N. 2012, p. 31, note M. MEKKI. La Cour de cassation donne raison, en as de concours d'acquéreurs, à celui qui publie en premier, même si l'autre avait connaissance de la signature antérieure d'une promesse synallagmatique de vente et a usé de manœuvres pour parvenir à ses fins.

justifiée. À noter, la mauvaise foi dans l'exercice d'une prérogative doit s'apprécier à la date de cet exercice[996].

Le juge est ainsi plus que « la bouche de la loi », il est également le régulateur du temps de l'exercice des prérogatives. Il sanctionne le retard et temporise les différentes modalités d'exercice d'une prérogative au sein du temps imparti[997]. En conséquence, déterminer le terme du délai raisonnable, c'est être à la recherche du temps propre à la satisfaction des intérêts en présence. C'est trouver le *quantum* de temps adéquat et des bornes justes et claires sur la flèche du temps.

409. **Le terme est le point de convergence.** Il faudrait un terme certain, mais le terme du délai raisonnable est particulier en ce qu'il ouvre sur le reste du délai imparti où la liberté de comportement est réduite. Il s'agit d'un terme qui ne fait pas fi du passé et qui ne marque pas non plus l'ultime extrémité. Il doit donc être le moment vers lequel convergent naturellement les représentations que se font l'agent, le juge, et les destinataires de l'abstention du délai raisonnable, compte tenu des intérêts en jeu et des circonstances de la situation.

§2) Prise en considération des circonstances

410. **Une influence certaine.** Celui qui a besoin de fixer un délai raisonnable pour adapter son comportement doit tenir compte des circonstances. En effet, celles-ci déterminent la pertinence du moment marquant l'évolution du comportement. Mieux, elles sont à prendre en compte parce qu'elles influencent toute personne. Elles constituent alors des indices forts sur la pertinence de la décision et sur sa prévisibilité. Le Droit a donc tout intérêt à les reconnaître pour être au plus proche des réalités. Mieux, le choix du terme du délai doit découler des circonstances présentes (A) mais aussi de celles passées (B).

[996] Cass. 3ème civ. 22 juin 2011, n° 10-12798, RTD civ. 2011, p. 534, note B. FAGÈS, « L'exercice déloyal d'une prérogative contractuelle doit être caractérisé dans le comportement de celui qui l'exerce à la date de cet exercice ».

[997] Par ex, « le créancier [qui] n'a pas agi correctement en temps utile : il y a un temps pour l'exécution en nature qu'il a laissé passer », T. GENICON, RDC 2014, n° 2, p. 171, obs. Cass. 1ère civ. 2 oct. 2013, n° 12-19887.

A. Les circonstances présentes

411. **Deux catégories.** Les circonstances présentes sont les particularités, les éléments secondaires qui accompagnent, entourent voire conditionnent[998] le terme du délai raisonnable à l'instant où il intervient. Il est alors opportun de présenter ces circonstances en fonction du fait qu'elles renvoient à une manifestation d'autrui sur son inquiétude ou pas. Dans ce dernier cas, divers éléments ont pu être relevés par les juges. Ainsi, il convient de remarquer, tout d'abord, la spécificité de la manifestation par autrui de son inquiétude (1) et d'étudier ensuite les circonstances caractéristiques de la détermination du terme du délai raisonnable (2) en l'absence d'une telle manifestation.

1) La spécificité de la manifestation de l'inquiétude d'autrui

412. **Terme du délai raisonnable et fin de l'abstention.** L'inquiétude est une conséquence importante de l'abstention[999]. À l'instant où le destinataire de l'abstention fait part de son inquiétude à l'agent, celui-ci doit tenir compte de ses questionnements et prendre soin de ses intérêts. Intervient alors le terme du délai raisonnable. De ce fait, l'imminence de la fin de l'abstention semble ne plus faire de doute. L'instantanéité de la fin de l'abstention pose toutefois difficulté puisqu'elle ne fait que renverser le rapport de force et que répondre à autrui peut prendre un certain temps, même bref. En outre, le terme du délai raisonnable n'a pas nécessairement à correspondre avec l'obligation pour l'agent d'arrêter de s'abstenir. Néanmoins, l'expression de l'inquiétude d'autrui est un indice fort et marque, dès l'instant où elle est reçue par l'agent, le terme du délai raisonnable et *a fortiori* le début de la charge pour l'agent de se conformer au standard de l'agent raisonnable.

2) Les circonstances caractéristiques de la détermination du terme du délai raisonnable

413. **Circonstances à prendre en compte.** Le terme du délai raisonnable n'intervient cependant pas toujours avec la manifestation d'autrui. Rappelons-le, celui-ci a parfois tout intérêt à rester discret pour espérer laisser ainsi se poursuivre

[998] Pour une définition de « circonstances » v. Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « circonstance ».
[999] *Cf Supra* n° 80 et s. n° 120.

l'abstention jusqu'à l'expiration du délai imparti. Il n'en demeure pas moins que pour éviter tout argument de défense d'autrui fondé sur l'abstention, l'agent doit savoir arrêter à temps ses tergiversations[1000], et, par la même occasion, cesser de faire subir le temps à autrui. Par conséquent, divers éléments influent sur la nécessité de mettre un terme au délai raisonnable ou sur la déduction selon laquelle la durée du délai raisonnable peut encore se prolonger. Il a ainsi pu être relevé que la qualité d'autrui[1001], ses ressources[1002], la qualité du titulaire de la prérogative[1003], l'objet du délai[1004], la nature du délai[1005], la nature du bien[1006] ou celle du contrat[1007], le genre de difficultés susceptibles d'être rencontrées, l'urgence de remédier aux difficultés, l'effort exigé par la situation[1008], le coût de l'exercice de

[1000] Cass. 1ère civ. 21 nov. 2006, n° 05-11607, JCP G. 2007, p. 25, chron. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; RD banc. et fin. 2007, n° 2, p. 21, note D. LEGEAIS.

[1001] Office public HLM Cass. 1ère civ. 23 janv. 1996, n° 93-21414, Bull. civ. I, n° 36, p. 23, Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 744, obs. Ph. DELEBECQUE ; professionnel normalement diligent Cass. com. 13 nov. 2012, n° 11-25596, EDBA, 1er janv. 2013, n° 1, p. 1, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE.

[1002] Cass. 2ème civ. 8 nov. 2012, n° 11-25409, Non publié au Bull. Les faibles ressources du destinataire de l'abstention sont des circonstances à prendre en compte pour limiter la durée de l'abstention qui ferait croître la somme à réclamer.

[1003] Cette qualité est d'autant plus importante qu'elle découle de la nature de la prérogative. Cass. com. 5 oct. 2004, n° 02-17338, JCP G. n° 7, 16 fév. 2005, I, 114, obs. M. CHAGNY.

[1004] En guise illustration, peut être évoqué le prêt à usage. Cass. 1ère civ. 2 juill. 2014, n° 13-17532 (AJDI 2015, p. 38, obs. Fr. DE LA VAISSIÈRE ; AJDI 2015, p. 890, note J.-P. BLATTER). Cet arrêt montre l'articulation entre le délai raisonnable d'un prêt stipulé sans terme et du droit du prêteur de se voir restituer le bien lorsqu'il le souhaite après avoir donné un préavis raisonnable. D'après P. BOISLIVEAU, le prêteur doit laisser le bien objet du prêt à l'emprunteur durant un délai raisonnable permettant à ce dernier d'en faire une utilisation complète et nécessaire en vertu de son droit de jouissance. Le terme du délai de préavis de restitution ne saurait donc intervenir avant cela mais ne saurait non plus s'étendre au-delà eu égard au droit de propriété du prêteur. V. P. BOISLIVEAU, « Un seul délai raisonnable dans le cadre de la fin du prêt à usage sans délai convenu ? (Délai de préavis raisonnable et délai raisonnable d'utilisation dans le prêt à usage sans délai convenu) », P.A. 11 fév. 2015, n° 30, p. 7.

[1005] Cass. com. 26 janv. 2016, n° 14-23285, EDCO, 7 avril 2016, n° 4, p. 2, note G. GUERLIN, « Clause d'aménagement du délai d'action : quelle qualification ? » ; JCP G. 28 mars 2016, 365, note N. BALAT, « Validité des clauses de forclusion » ; D. 2016, p. 682, obs. J. FRANÇOIS : La clause qui fixe un terme au droit d'agir du créancier institue un délai de forclusion et non de prescription. En conséquence, le délai était insusceptible d'interruption. L'arrêt rendu sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, témoigne du fait que l'interruption du délai aurait eu pour conséquence d'allonger trop fortement le délai imparti à l'action du créancier. Le débiteur peut se prévaloir du terme raisonnablement convenu parce qu'il s'agit du terme d'un délai de forclusion. Pour une critique de la solution rendue V. H. BARBIER, « Lorsqu'une stipulation, qualifiée de clause de forclusion, déjoue les mécanismes interruptifs de prescription », RTD civ. 2016, p. 368.

[1006] Cass. 3ème civ. 25 mai 2005, n° 03-19411, D. 2005. 2836, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, JCP 2005, n° 172, p. 1747, obs. P. GROSSER ; RTD civ. 2005, p. 772, obs. J. MESTRE et B. FAGÈS, « L'acceptation de l'offre dans un délai qui n'était pas déraisonnable ».

[1007] Cass. com. 6 fév. 1973, Bull. civ. IV, n° 65 : l'acceptation dans un délai de quinze jours d'une offre de cession de fonds de commerce est tardive.

[1008] Le terme du délai raisonnable doit arriver « une fois que l'impossibilité d'arriver à un règlement amiable est acquise » CA Versailles, 13ème ch. 19 mai 2011, n° 10/03950.

la prérogative[1009], le besoin de prendre conseil auprès d'une tierce personne[1010], la formulation des stipulations[1011] et l'enjeu de la situation sont appréciés par les juges et constituent donc des facteurs d'indication pour placer au mieux le terme du temps raisonnable au sein du temps imparti.

414. **Insuffisance des circonstances présentes.** Néanmoins, ne retenir que les circonstances présentes ne suffit pas. En effet, les protagonistes peuvent se prévaloir d'attentes légitimes parce que le passé avait été le témoin du fait que tel comportement entrainait telle réaction de l'autre et que de fait, par cette répétition dans le passé, cela constituait une habitude entre eux, par exemple. Le passé contient donc des indices à relever.

B. Les circonstances passées

415. **Des circonstances utiles à la compréhension des exigences du présent.** Mettre un terme au temps raisonnable revient à arrêter son écoulement. Sur ce seuil, le regard se tourne naturellement vers le passé avant de se diriger vers l'avenir. Le passé ne peut donc être ignoré qu'il s'agisse du passé inhérent au délai raisonnable relatif à une prérogative spécifique, ou du passé antérieur au délai raisonnable mais commun aux parties. Ce dernier contient en effet des indices quant aux efforts[1012] fournis par le titulaire de la prérogative et autrui (1) et leur durée, d'où l'importance des circonstances temporelles (2) en la matière.

[1009] Cass. 2ème civ. 8 nov. 2012, n° 11-25409, art. préc. Les juges reconnaissent le bien-fondé de l'abstention d'une caisse primaire d'assurance maladie afin de faire une demande globalisée et réduire ainsi les frais de gestion.
[1010] Cass. 3ème civ. 25 mai 2005, n° 03-19411, D. 2005. 2836, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, JCP 2005, n° 172, p. 1747, obs. P. GROSSER ; RTD civ. 2005, p. 772, J. MESTRE et B. FAGÈS, « L'acceptation de l'offre dans un délai qui n'était pas déraisonnable » : délai raisonnable eu égard à la nature du bien et de la qualité de l'acquéreur qui devait consulter son conseil d'administration pour obtenir le consentement à l'acquisition.
[1011] Cass. 3ème civ. 20 mai 1992, Bull. civ. III, n° 164, p. 100, J. MESTRE, RTD civ. 1993, p. 345 ; D. 1993, jur. 493, note G. VIRASSAMY ; D. 1992, somm. 397, obs. J.-L. AUBERT. V. aussi Cass. 3ème civ. 8 fév. 1968, n° 65-10600, Bull. civ. III, n° 52 : en l'espèce, le contrat indiquait que l'offre devait être acceptée rapidement. Les juges ont alors appréciée l'acceptation au terme d'un délai de trois mois comme tardive.
[1012] Le terme est ici à prendre au sens large.

1) Efforts fournis par le titulaire de la prérogative et autrui

416. **Diligences et efforts antérieurs.** Les efforts constituent des circonstances passées non dénuées d'intérêt pour déterminer le terme du délai raisonnable parce que cela conditionne les attentes des parties, mais aussi la légitimité de la durée de l'abstention eu égard à la loyauté de l'agent, laquelle ne peut pas être totalement éludée. Mieux, les efforts fournis par l'un ne sauraient être ignorés par le Droit alors qu'il faut, au contraire, prôner la responsabilisation, ni être entachés par le comportement de celui qui en a profité. Ainsi, la patience est un motif d'abstention[1013], mais c'est aussi une circonstance à apprécier pour déterminer le terme du délai raisonnable parce qu'elle perdure dans le temps. De même, elle doit être prise en compte lorsqu'elle constitue un effort pour aboutir à un règlement amiable[1014]. Effectivement, toutes les marques de collaboration et toutes les interrogations exprimées sont des circonstances pertinentes. S'il faut mettre en exergue le comportement coopératif de l'agent, sont également à relever les comportements démontrant sa parfaite connaissance du problème et la facilité qu'était la sienne d'y mettre un terme plus tôt[1015], ou bien encore les comportements impulsifs. À ce titre, il a été jugé que des discussions familiales[1016] étaient indifférentes quant à la justification du terme de l'abstention parce que, bien que certainement houleuses, elles ne pouvaient raisonnablement aboutir sur la mise en difficulté d'un membre de la famille. Les efforts de chacun sont donc relevés par les juges. La Cour de cassation va jusqu'à invoquer ce genre de circonstances pour montrer que le moment où certaines diligences avaient été accomplies par autrui correspondait au moment opportun pour l'agent d'agir. La personne ayant alors connaissance de ces diligences, mais demeurant quand même dans une inaction procédurale, ne pouvait pas postérieurement à cette période rechercher la responsabilité de celui qui avait pourtant effectué les démarches requises et qui n'avait pas été en mesure, à cause de l'abstention, d'exercer le recours qui aurait alors été possible[1017]. En effet, ce laps de temps comportait les

[1013] *Cf Supra* n° 144 et 149.
[1014] CA Versailles, 13ème ch. 19 mai 2011, n° 10/03950.
[1015] Par exemple, sa présence régulière sur les lieux des travaux montrait qu'il pouvait manifester sa contestation lors de ces visites (CA Paris, 16ème ch. sect. A, 20 fév. 2002, n° 2000/11562).
[1016] Cass. 1ère civ. 16 avril 1996, n° 94-15600, JurisData n° 1996-001680.
[1017] Cass. 3ème civ. 3 déc. 2015, n° 14-23256, inédit, non publié au Bull.

éléments favorables à l'action et constituait le délai raisonnable. Les frais exposés ne sont pas neutres non plus pour connaître le terme du délai raisonnable.

417. **Frais exposés.** Ceux-ci peuvent avoir été supportés par le titulaire de la prérogative et rejoignent alors *a priori* les diligences et efforts antérieurs sur le plan financier. Néanmoins, ici sont davantage visés les frais engagés pour la bonne fin de l'opération mais pas nécessairement pour le bien d'autrui.

Par ailleurs, d'autres frais correspondant à ceux exposés du fait de l'abstention doivent être pris en considération. Il peut s'agir des frais subis par autrui ou de ceux incombant à l'agent. Tout d'abord, quant aux frais d'autrui, la somme globale est une circonstance présente qui tire son origine du passé. Ce dernier étant le support de l'accroissement des frais ou de l'aggravation des désordres. Ainsi, « en laissant, pendant une année, s'accroître la dette de loyers de son locataire, cessionnaire du droit au bail, sans prendre aucune initiative, ni agir, en temps utile, contre lui ou contre le codébiteur solidaire de celui-ci, comme le lui permettaient les stipulations du contrat de bail, la société a privé M. X des effets de la subrogation légale dont il pouvait bénéficier pour exercer l'action en résolution du bail et, ainsi, limiter le montant de la dette garantie »[1018]. Ensuite, en ce qui concerne l'agent, il ne faut pas sous-estimer les coûts qu'il doit lui aussi assumer. Par exemple, la persistance de l'abstention engendre l'aggravation des désordres nécessitant des travaux de réfection dans un futur proche à la charge des propriétaires s'étant abstenus trop longtemps d'agir contre le constructeur. Les juges retiennent que ceux-ci auraient pu agir « en temps voulu ». Le délai était raisonnable par lui-même, l'aggravation causée par l'abstention n'est alors pas « de nature à autoriser une action après l'expiration du délai décennal »[1019]. Les conséquences de l'abstention pour les intéressés ne sont donc pas indifférentes pour déterminer le terme du délai raisonnable et ce d'autant plus lorsque la situation ne présente pas qu'une seule abstention.

418. **Abstention antérieure.** Plusieurs abstentions quant à un même problème peuvent s'enchainer, ce qui accroît la portée de l'intention de ne pas jouir des avantages sous-jacents à la situation puisque les prérogatives en cause sont liées.

[1018] CA Versailles, 1er juillet 1999, n° 1996-6733.
[1019] Cass. 3ème civ. 29 sept. 2015, n° 13-15933, inédit, non publié au Bull.

Cela renforce l'idée selon laquelle le temps laissé au titulaire de la prérogative était suffisant s'il avait vraiment recherché à protéger ses intérêts. Par conséquent, c'est un critère qui peut être utilisé, notamment par le juge, pour montrer que les intérêts de l'agent étaient préservés et qu'il ne les ignore pas, mais qu'il constate pourtant que ces intérêts, aux yeux de leur propre titulaire, ne justifiaient apparemment pas une démonstration active de sa part. C'est ce qu'enseigne, par exemple, un arrêt de la Cour de cassation du 29 septembre 2015. En l'espèce, une société réalise un ensemble immobilier en copropriété. Les propriétaires, bien que connaissant les désordres de la construction n'ont pas agi contre le constructeur. Lorsqu'ils intentent enfin une action, celle-ci est prescrite. Pour le syndicat des copropriétaires, le syndic aurait dû agir. Cependant, tout copropriétaire insatisfait de cette inaction aurait pu saisir le Président du tribunal de grande instance, dès la fin du mandat du syndic provisoire, aux fins de désignation d'un syndic en cas d'inaction des organes initiaux conformément au règlement de copropriété. Cette abstention démontre que le temps pour agir était d'autant plus raisonnable qu'il permettait de comprendre également une solution à la première abstention. Les copropriétaires n'auraient donc pas eu à subir le temps s'ils n'étaient pas eux-mêmes restés inactifs et le syndicat bénéficiait d'un temps suffisant pour agir même s'il avait fallu attendre l'assemblée générale pour décider par la suite d'agir contre le syndic d'origine ce qui réduisait le délai imparti. Le « temps utile » ici n'a donc pas à être remis en cause puisque les intérêts de tous, au vu des circonstances, étaient protégés ce qui faisait de ce délai un délai raisonnable[1020]. D'ailleurs, les difficultés rencontrées ne sont pas étrangères au risque d'une atteinte aux intérêts présents, c'est pourquoi ce sont des circonstances à relever.

419. **Difficultés antérieures.** Il est bien connu qu'on apprend de ses erreurs passées. Aussi, est-il considéré que si les mêmes erreurs se répètent, elles ne seront pas appréciées de la même façon, et certainement pas avec la même indulgence. Par exemple, des débiteurs, qui avaient auparavant connu une situation financière largement obérée du fait de la souscription de nombreux crédits à la consommation et qui connaissaient donc la spirale du surendettement ne pouvaient être des débiteurs de bonne foi en arrivant à un endettement de plus de 125 000 euros.

[1020] Cass. 3ème civ. 29 sept. 2015, n° 13-15933.

Outre leur expérience du surendettement, ils avaient été informés par le notaire de la clause mentionnée dans l'acte, et habituelle dans ce type de prêt, leur interdisant de contracter de nouveaux engagements financiers sans en demander l'autorisation préalable au prêteur. Leur comportement ne pouvait que les conduire à leur insolvabilité[1021]. La durée des comportements sous-tendant un effort ou non n'est pas indifférente à la détermination plus globale du délai raisonnable. En effet, diverses durées peuvent avoir leur importance.

2) Importance des circonstances temporelles

420. **Durée des relations entre le titulaire de la prérogative et autrui.** Le passé commun entre le titulaire de la prérogative et autrui est ainsi à ne pas négliger. Il contribue notamment à déterminer quel degré de connaissance des problématiques de l'autre ont les protagonistes entre eux. Ceci est important pour apprécier la proximité de leurs rapports et leur facilité de communication afin d'en déduire les efforts qui pouvaient être attendus[1022], les habitudes prises[1023] ou l'absence de proportionnalité et *a fortiori* de pertinence entre le délai de préavis stipulé et la durée pendant laquelle les parties sont restées liées[1024]. Il s'agit en effet de s'assurer de la mise en place d'un délai suffisant[1025]. De plus, la prise en compte de la durée écoulée du délai d'exercice de la prérogative est une circonstance temporelle convergeant vers cette même fin.

[1021] CA Riom, com. 30 mai 2012, n° 11/02538, JurisData n° 2012-018516.
[1022] La patience est alors un effort objectif pour une bonne poursuite des relations commerciales. Cass. 3ème civ. 27 mars 2012, n° 11-13508, inédit, non publié au Bull.
[1023] La répétition et le temps sont en effet des « facteurs importants de la montée de la confiance dans une relation ». V. J.-C. WOOG, La stratégie du créancier, Dalloz, Préf. G. CANIVET, 1998 p. 33.
[1024] Cass. com. 22 oct. 2013, n° 12-19500, Bull. civ. 2013, n° 156, RTD com. 2014, p. 389, note B. BOULOC ; RTD civ. 2014, p. 118, note B. FAGES ; LEDC déc. 2013, obs. N. LEBLOND, « Liberté contractuelle et responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie », EDCO, 5 fév. 2013, n° 2, p. 1 : « l'exigence d'un délai de préavis raisonnable ne doit pas interdire un aménagement des relations des parties pendant son écoulement, que ce soit par l'adaptation du volume d'échanges ou par l'indemnisation de la partie délaissée. La solution est pragmatique et encore plus utile lorsque, comme en l'espèce, le fournisseur a pour seul client son cocontractant ». En revanche, un préavis de vingt-quatre mois, bien que contractuellement prévu, n'est pas adéquat eu égard à la brièveté des relations entre les parties à savoir vingt mois. Le délai de « préavis raisonnable » alors fixé par les juges est de six mois.
[1025] V. sur ce point M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, Institut de droit des affaires, Préf. J. MESTRE, t. 2, 2006, p. 670 et s.

421. **Durée écoulée pour l'exercice de la prérogative en cause.** En plus de la durée et de l'intensité des relations entre le titulaire de la prérogative et autrui, il n'est pas inutile de prendre en compte la durée qui s'est écoulée entre le point de départ du délai imparti et le moment où l'on apprécie où se situe le terme du délai raisonnable de manière spécifique. En effet, la durée ayant déjà été impartie au titulaire de la prérogative pour exprimer sa décision doit être prise en compte. Ainsi, puisque l'offre ne saurait être réputée toujours valable au-delà d'un délai raisonnable, la durée écoulée est mesurée pour voir si elle contient « le temps nécessaire pour que celui à qui elle a été adressée examine la proposition et y réponde »[1026]. En effet, la durée déjà écoulée du temps raisonnable n'est pas étrangère à l'avènement de son terme puisque le délai ne doit être ni trop long, ni trop court. La durée va pouvoir ou non se prolonger en fonction du temps déjà passé et des événements que ce temps a portés, notamment des échéances devenues exigibles[1027] ou des diligences et efforts effectués par les parties. Par ailleurs, une prérogative peut être transmise par son titulaire à quelqu'un d'autre. La question se pose alors de savoir, si cela emporte des conséquences sur l'appréciation du délai raisonnable.

422. **Cas de transmission de la prérogative et computation du délai.** Il convient de déterminer s'il existe un délai raisonnable par titulaire ou si la part de délai raisonnable déjà écoulée peut être opposée aux titulaires postérieurs en cas de transmission de la prérogative. Il a été jugé que lorsque les titulaires successifs d'une même prérogative s'abstiennent par la voie du silence pendant plusieurs années envers un même destinataire, les années écoulées profitent à ce dernier. Le silence de tous, ayant été continu, doit être comptabilisé en un seul trait de temps. Ainsi, le silence pouvait, ayant duré plusieurs années, être interprété en une acceptation[1028]. Le Droit considère donc qu'il y a un délai raisonnable par prérogative, ce qui est protecteur des intérêts d'autrui.

[1026] CA Paris, 12 juin 1869, DP 1870. 2. 6 ; Cass. 3ème civ. 20 mai 1992, Bull. civ. III, n° 164, p. 100, D. 1992, somm. 397, obs. J.-L. AUBERT, D. 1993. 493, note G. VIRASSAMY, RTD civ. 1993. 345, obs. J. MESTRE. V. également P. CHAUVEL, « consentement », Rép. dr. civ. 2007, actualisé en 2014, n° 106 à 114.

[1027] En effet, la situation est différente lorsque l'agent se prévaut d'une créance à exécution successive ou de différents titres exécutoires relatifs à des créances différentes (CA Bordeaux, 1ère civ. sect. B, 23 juin 2009, n° 06/03092).

[1028] Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 11-21616, RLDC juin 2013, p. 81, note V. PERRUCHOT-TRIBOULET ; JCP N. 2013, 1118, p. 23, note H. PÉRINET-MARQUET ; JCP G. 2013, p. 740,

423. **Synthèse.** En conséquence, le terme du délai raisonnable ne fait pas fi du passé. Le terme intervient donc sur la demande d'autrui ou sans manifestation d'autrui. Les éléments retenus pour apprécier le caractère raisonnable sont des éléments allant tantôt dans le sens des intérêts de l'un, tantôt dans le sens des intérêts de l'autre.

chron. H. PÉRINET-MARQUET. Inaction en pleine connaissance de l'ouvrage de propriétaires successifs de parcelles.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

424. **Une solution basée sur la chronométrie.** Le caractère temporaire de l'abstention constitue à la fois sa faiblesse et sa force. En effet, l'abstention dure suffisamment longtemps pour créer une apparence du point de vue de celui que cela pourrait arranger, mais son caractère temporaire évite la multiplication et l'aggravation des conséquences néfastes tout en laissant les protagonistes en retirer quelque avantage. Il convient donc bien de miser sur la force du caractère temporaire de l'abstention. Pour en amoindrir malgré tout la faiblesse, l'absence de durée prévisible, l'institution d'un délai raisonnable est toute désignée. La solution se trouve donc dans la chronométrie qui a vocation à organiser la durée d'une situation. La chronométrie juridique est en effet « une technique qui a pour objet de séquencer le temps »[1029].

425. **Définition du délai raisonnable.** Le délai raisonnable a alors pu être défini comme le temps adapté à la situation pendant lequel l'agent peut retenir et exercer librement sa prérogative mais au-delà duquel il n'est plus honnête et loyal d'agir aussi librement. Quelques lignes directrices pour fixer sa durée et son terme peuvent être proposées. En effet, le délai raisonnable correspond au :

- Laps de temps continu s'inscrivant dans un délai imparti ;
- Délai suffisant pour permettre à l'agent d'accomplir librement l'enchainement des modalités d'exercice de sa prérogative ;
- Délai permettant à l'agent de répondre à un besoin prédéfini, ni plus ni moins[1030], notamment pour la sauvegarde de ses intérêts ;
- Délai ne faisant pas subir un inconvénient anormal aux destinataires de l'abstention ;
- Délai ne résultant d'aucune manipulation frauduleuse ou abusive des circonstances ;
- Délai objet d'une maîtrise honnête et loyale.

Cette méthode de définition permet ainsi d'opérer par faisceaux d'indices pour qualifier un délai de raisonnable ou, au contraire, lui refuser cette qualification.

[1029] T. DELAHAYE, *Le facteur temps dans le droit des obligations*, t. 1, *La temporalité du contrat*, Larcier, 2013, p. 19.
[1030] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « suffisant ».

426. **Rôle du délai raisonnable.** Finalement, le délai raisonnable est le délai utile de temporisation entre accélération, rapidité, célérité et freinage, ralentissement, lenteur, réflexion. Mieux, l'existence d'un délai raisonnable au sein du temps imparti montre la force « du droit du laps de temps »[1031].

Mieux, c'est un outil apte « à faire plier la règle lorsque son application heurte trop violemment les faits »[1032]. « C'est dire que le temps juridique s'autorise décidément plus de souplesse que le temps extra-juridique »[1033].

427. **Conséquence sur la structure du délai imparti.** Ainsi, en démontrant comment positionner le terme du délai raisonnable au sein du délai imparti, il est par la même occasion affirmé la structure du délai imparti au titulaire d'une prérogative. Celui-ci se présente donc comme un délai comportant deux phases qui se succèdent en son sein. Il est en effet composé du délai raisonnable et du temps restant à s'écouler jusqu'au terme du délai imparti. Cette ultime phase est le temps du dénouement. Il sert à finir les formalités que nécessite la procédure.

Si le découpage en deux phases s'applique dans tous les cas, il s'agit d'une structure à géométrie variable quant à la durée des phases. Toutes les configurations sont possibles, un délai raisonnable plus long ou plus court que le reste, voire un temps restant égal à zéro si toute la durée du délai imparti est un délai raisonnable. Pèse alors sur le titulaire de la prérogative le choix du meilleur instant pour s'abstenir, agir ou renoncer. Il doit toutefois s'évertuer à ne pas oublier qu'à « être trop consommé, le temps se consume plus vite »[1034]. En effet, le délai raisonnable permet d'allier la liberté et l'ordre. Certes, il n'y a pas un seul délai pour tous selon les variables présentes, mais le mouvement peut être ordonné. Il remplit la dure mission d'avoir « un temps sur mesure », à la fois « subjectif (…) et concret »[1035].

428. **Conséquence pour l'agent.** Est-ce à dire que tous les titulaires de prérogatives sont forcés de faire les choses au fur et à mesure, dès que le délai imparti s'ouvre ?

[1031] E. PUTMAN, « Le temps et le droit », Droit et patrimoine, n° 78, 1er janv. 2000, p. 43.
[1032] P. PUIG, « L'excès de proportionnalité (à propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », RTD civ. 2016, p. 70.
[1033] J.-P. LABORDE, art. préc.
[1034] F. MECHRI, art. préc. p. 448.
[1035] S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Préf. L. CADIET, Dalloz, Nouvelle bibl. de thèses, vol. 11, 2002, p. 252, n° 264.

Ce n’est pas ce qui est avancé, dans le cas contraire la solution proposée comporterait encore des inconvénients parmi ceux critiqués ci-dessus, dont l’exigence d’immédiateté. En fait, la structuration du délai imparti en deux phases permet d’agir sur le comportement de l’agent après le délai raisonnable, et donc sans lui imposer la règle d’immédiateté. Effectivement, instaurer un délai raisonnable ne saurait à lui seul garantir la sécurité juridique d’une situation d’abstention. L’imprévisibilité ne serait alors, il est vrai, pas assez restreinte. Le terme du délai raisonnable marque ainsi le point de départ du respect par l’agent d’un certain comportement. À cette fin, il est proposé un standard, celui de l’agent raisonnable.

CHAPITRE II :

LA PROPOSITION DU STANDARD DE L'AGENT RAISONNABLE

429. **Contexte.** Du point de vue du titulaire de la prérogative, son abstention, dans les faits, ne lui apparaît pas être un problème puisque cela laisse plus de temps aux destinataires de l'abstention, par exemple un débiteur pour exécuter, ou à un adversaire pour préparer sa défense. Il ne voit pas toujours les côtés négatifs de son abstention pour autrui. La présente étude espère alors combler ce manque et sensibiliser l'agent sur l'importance de ses diligences suite à l'abstention qu'il a préféré tenir durant le délai raisonnable.

Il semble donc opportun d'établir un standard de comportement en adéquation avec les particularités de la situation du titulaire d'une prérogative. Ce standard complète le standard du délai raisonnable. Dès lors, une critique peut germer dans l'esprit du lecteur. Ce dernier peut en effet se demander pourquoi utiliser deux standards pour apporter une solution à la problématique d'imprévisibilité alors que cela risque de multiplier au contraire les incertitudes et le pouvoir du juge, éléments pourtant récriés précédemment. Cependant, cette complémentarité représente la force du compromis nécessaire en l'occurrence. D'ailleurs, en Droit, « toute notion est à contenu variable. C'est plus ou moins »[1036]. Le standard n'échappe pas à cela mais ne se marginalise pas non plus à cause de cela. Pour mieux comprendre pourquoi le standard est l'outil choisi, il est utile de rappeler sa définition.

430. **Définition du standard.** Le standard désigne « une notion juridique particulière dont la spécificité est d'avoir un contenu non seulement indéterminé mais indéterminable. Ce contenu est indéterminé de façon *a priori* et repose sur l'appréciation de sa moralité et de sa normalité »[1037]. Pour de nombreux auteurs, le standard permet d'apprécier la normalité d'un comportement dans différentes

[1036] J. VERHAEGEN, « Notions floues en droit pénal », *in* C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, Travaux du centre de recherche de logique, p. 7, spéc. p. 36.
[1037] M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé*, Préf. J. HAUSER, PUAM, 2013, p. 103, n° 100.

hypothèses[1038]. Pourtant, il serait plutôt un outil de création et de formulation d'une norme[1039] et non la création directe de l'anormalité qui marginalise. C'est pourquoi la définition du standard retenue pour la présente étude est empruntée à M. AL-SANHOURY qui affirme que « le standard donne une mesure moyenne de conduite sociale, susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée»[1040]. Madame Marie CRESP rappelle, quant à elle, et à juste titre, que « lorsque la normalité s'entend de l'appréciation d'un comportement conforme à la moyenne, le standard acquiert une dimension objective et mathématique »[1041].

Néanmoins, parler de « normalité » n'est pas toujours pertinent parce que ce qui est « normal » est très flou et subjectif. Ce qui est normal correspond notamment à « ce qui est fréquent » ou à la « majorité des cas »[1042]. Pourtant, ce qui devrait primer, ce n'est pas le nombre de fois où le comportement apprécié a été constaté dans la société, mais le bon sens de ce comportement. C'est pourquoi, Monsieur le Professeur ORIANNE préfère évoquer la normativité[1043] qui connote l'idée de norme, et en l'occurrence de norme comportementale. Cet auteur distingue d'ailleurs le standard matériel ou technique du standard comportemental. Pour lui, « si le standard technique renvoie à la matérialité des faits, le standard comportemental postule l'appréciation des actes de la personne en ce compris éventuellement les intentions qui ont été les siennes »[1044]. Ainsi, le standard comportemental « peut être considéré comme le lieu privilégié de l'humanisation du droit »[1045]. Le standard est en effet un outil juridique qui mise sur les capacités de jugement et de discernement des individus. Se référer à un standard comportemental a donc un intérêt certain compte tenu du caractère humain de toute abstention et du besoin d'adaptation aux circonstances.

[1038] C. ANDRÉ, *Le fait du créancier contractuel*, LGDJ, 2002, Bibl. dr. privé, t. 356, p. 205.
[1039] S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », *in* C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, Travaux du centre de recherche de logique, p. 39, spéc. p. 44.
[1040] Définition citée par B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats- Étude comparative de droit fr., all., et japonais*, Dalloz, Nouv. Bibl. de thèses, 2001, p. 69.
[1041] M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé*, Préf. J. HAUSER, PUAM, 2013, p. 103, n° 100. L'auteure ajoute qu'au contraire lorsque la normalité signifie être « conforme à la morale, le standard est purement et exclusivement subjectif ».
[1042] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « normal ».
[1043] P. ORIANNE, « Les standards et les pouvoirs du juge », RRJ, 1988, n° 4, p. 1037 et s. spéc. p. 1039.
[1044] P. ORIANNE, art. préc. p. 1045.
[1045] P. ORIANNE, art. préc. p. 1067.

431. **Avantages.** En effet, le standard est une grande ligne de conduite à respecter dont le contour dépend des circonstances particulières de chaque cas[1046]. C'est une technique de régulation qui représente à la fois un « élément de référence » et un « instrument de mesure »[1047]. Son but est de permettre au juge de trouver le point d'équilibre adéquat entre la flexibilité[1048] exigée par la situation et la sécurité nécessaire à son bon déroulement et à la préservation des intérêts en présence. Ainsi, « avec le standard, le juge peut prendre en considération les éléments particuliers à chaque affaire et leur donner l'importance qu'il estime appropriée, mais toujours dans les limites imparties par la loi écrite. »[1049]. En fait, « il guidera le juge dans son appréciation sans lui imposer une solution préalablement déterminée »[1050]. Sa force est rappelée par Monsieur le Professeur MAZEAUD dans une formule percutante, à savoir que le standard « permet de se placer opportunément dans le sens du vent »[1051]. Le magistrat est alors en mesure de juger de façon « pragmatique »[1052]. En revanche, cette méthode n'est pas parfaite.

432. **Inconvénients et réticence du Droit français.** La règle de droit qui inclut un standard est ouverte, c'est pourquoi elle est généralement complétée par le juge qui procède à une intégration évaluative à l'occasion de jugements concrets[1053]. « Sa mise en œuvre implique [donc] une part de subjectivité, celle du juge »[1054]. C'est une des raisons pour lesquelles le Droit français est réticent à l'égard des standards[1055], bien qu'il en abrite plusieurs. D'ailleurs, l'ordonnance de 2016 accueille celui de la « personne raisonnable » aux articles 1188 et 1197. Il s'agit

---

[1046] V. aussi M. STATI, *Le standard juridique*, thèse, Paris, 1927 pour qui « le standard se caractérise par l'appréciation moyenne de la conduite qui doit être, selon les circonstances, loyale, consciencieuse, raisonnable, prudente ou diligente », cité par Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 208, 1989, p. 78.
[1047] Y. PICOD, *op. cit.* p. 78.
[1048] La flexibilité n'est pas forcément une mauvaise chose. V. R. VERDIER, Jean CARBONNIER. L'homme et l'œuvre « En premier lieu, la flexibilité n'est pas le « flou ». La flexibilité se situe à l'intérieur d'une certaine rigidité conforme à la nature même du droit visant à rassurer les justiciables. ». *Adde* N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », RDC, juin 2016, n° 2, p. 394 : le caractère malléable du standard est une vertu. Le juge n'en « abusera pas » et, au contraire, « en usera raisonnablement ».
[1049] B. JALUZOT, *op. cit.* p. 69. *Adde* R. VOUIN, *La bonne foi. Notion et rôles actuels en Droit privé français*, LGDJ, 1939.
[1050] M. O. STATI, *Le standard juridique*, LGDJ, 1927, p. 166, n° 85.
[1051] D. MAZEAUD, RDC, 1er oct. 2007, n° 4, p. 1110.
[1052] D. CHOLET, *op. cit*. p. 425, n° 435.
[1053] C. ANDRÉ, *Le fait du créancier contractuel*, thèse, LGDJ, 2002, Bibl. dr. privé, t. 356, p. 205.
[1054] P. LEDOUX, préf. Ph. MERLE, *Le droit de vote des actionnaires*, LGDJ, 2002, Bibl. dr. privé, t. 379, p. 165.
[1055] V. sur ce point D. CHOLET, *op. cit.* p. 425 et s. n° 435. et s.

d'un standard de comportement comme celui qui va être proposé pour être appliqué à l'agent.

433. **Un standard de comportement pour l'agent.** L'abstention est un comportement équivoque qui est parfois suivi d'un exercice actif de sa prérogative par l'agent. Les difficultés posées ont été soulignées ci-dessus de même que les concepts juridiques utilisés par les juges dans ces cas-là. Il en ressort l'importance de prêter attention au comportement du titulaire d'une prérogative pendant toute la durée du délai imparti mais plus encore après le délai raisonnable lorsqu'a été constatée une abstention parce que ce comportement sera analysé, décortiqué et apprécié souverainement par le juge en cas de litige. Il convient alors de noter qu'« un même comportement peut être jugé de manière différente selon que l'on tient compte, soit des intérêts des personnes en cause, soit d'un idéal déterminé »[1056]. Le standard permet le jugement *in abstracto*, cependant l'appréciation *in concreto* n'est jamais loin. Il est en effet reconnu que « le juge doit tenir compte, pour déterminer la conduite qui devait être observée, de toutes les circonstances de fait extérieures à la personne »[1057]. Le standard de comportement est l'instrument juridique approprié parce que l'agent est titulaire d'une prérogative et que, de ce fait, il a droit à la préservation d'une certaine liberté qui doit être ajustée aux circonstances. En effet, le standard est un « instrument d'individualisation du droit »[1058]. Aussi le standard permet-il l'adaptabilité du Droit à la situation équivoque de l'abstention entre autres fonctions.

434. **Fonctions du standard du comportement du titulaire de la prérogative après une abstention.** La nécessité d'un comportement encadré, mais ajustable, n'est plus à démontrer. Il a pu être observé dans la présente étude que l'abstention touchait principalement deux types de personnes, les créanciers et les parties à une procédure. Il importe alors au standard de remplir deux missions. D'une part, il doit prévoir le comportement attendu dans ses grandes lignes en tenant compte des

[1056] Ph. GÉRARD, « Intérêts et justification des normes pratiques. À propos du raisonnement moral selon R.M. Hare », *in Droit et intérêt*, Vol. 1 : *approche interdisciplinaire*, facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 299, spéc. p. 306.
[1057] G. VINEY (dir.), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4ème éd. 2013, p. 482, n° 464.
[1058] S. NÉRON, « Le standard, un instrument juridique complexe », JCP G. 19 sept. 2011, 1003.

réalités de l'abstention pour inciter le titulaire de la prérogative à le respecter. Ainsi, il s'agit d'un standard déterminé pour un laps de temps seulement. Ce standard va permettre de donner des indications au titulaire de la prérogative pour qu'il ne franchisse pas la frontière du déraisonnable. En cela, il permet donc de limiter les cas de responsabilité civile du fait d'une abstention et de rendre toute sa légitimité à cette modalité d'exercice de la prérogative. Mieux, en protégeant ses intérêts, l'agent préservera ceux d'autrui par la même occasion. D'autre part, le standard confère un outil au juge pour apprécier un comportement une fois celui-ci commis. Il présente donc un double intérêt en ayant à la fois un rôle préventif et un rôle postérieur à l'acte. Il permet alors d'encadrer l'appréciation du juge tout en laissant une certaine souplesse pour son intervention dans la protection des deux protagonistes : le titulaire du droit et autrui.

Ainsi, afin de présenter la seconde phase de la solution apportée à l'équivocité de l'abstention, il convient de mettre au jour le standard de l'agent raisonnable (section I) et d'envisager son application (section II).

Section I/ Le standard de l'agent raisonnable

435. **L'agent raisonnable et l'homme raisonnable.** Évoquer « l'agent raisonnable » n'est pas sans rappeler « l'homme raisonnable », standard classique du Droit anglais. Ceci s'explique par le fait que la notion même de « raisonnable » est « un pilier de la Common Law »[1059]. Mieux, ce standard s'étend au niveau international[1060] et interne[1061]. En effet, la société est aujourd'hui davantage centrée sur l'individu et son intérêt. L'expression « personne raisonnable » tient compte de cela et permet une vision plus réaliste de la personne moderne, individualisée, voire un brin égoïste. Cependant, la raisonnabilité, caractère d'une personne raisonnable, reste un concept à géométrie variable. Aussi, pour que l'agent soit en mesure d'apparaître comme un agent raisonnable, encore faut-il lui permettre d'en saisir les caractéristiques (§1) pour qu'il puisse ensuite

[1059] G. KHAIRALLAH, art. préc. p. 460.

[1060] V. par ex. la Convention de Vienne, *adde* G. WEISZBERG, *Le raisonnable en Droit du commerce international*, 2003, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Reasonableness.html#_ftn53.

[1061] Art. 1188 et 1197 Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le législateur a de plus supprimé l'expression du « bon père de famille » au profit du raisonnable **(**Art. 26 loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes).

procéder à une certaine organisation du respect du standard (§2), afin de se retrouver dans de meilleures conditions pour ne pas être en contradiction avec le comportement de l'agent raisonnable.

§1) Caractéristiques de l'agent raisonnable

436. **Origines des caractéristiques.** Il existe différents dérivés de l'homme raisonnable[1062]. L'agent raisonnable en est un. Ainsi, les caractéristiques de l'agent raisonnable trouvent en grande partie leur origine dans différentes règles générales de comportement (A), mais ne se restreignent pas à celles-ci. Au contraire, certaines caractéristiques sont propres à la raisonnabilité (B).

A. Caractéristiques tirées des règles générales de comportement

437. **Intensification des règles générales de comportement.** Quelles que soient les caractéristiques auxquelles se retrouve soumis l'agent *in fine*, « on sait qu'il faut prendre pour type un homme droit et honnête, soucieux par conséquent de ne pas léser autrui et de faire honneur à ses engagements. »[1063]. Ce socle a donc vocation à s'appliquer à l'agent raisonnable. Pour mieux comprendre ce qu'il convient d'attendre d'un agent raisonnable, il est utile de rappeler le contexte. Suite au délai raisonnable où primait la liberté du titulaire de la prérogative, le temps est au soin et à la diligence envers autrui. En effet, une fois le terme du délai raisonnable arrivé, l'agent ne peut plus revenir sur le passé, donc sur le temps pendant lequel il s'est abstenu. Dès lors, quelle que soit sa décision, continuer à s'abstenir, accepter ou renoncer - il n'y a pas de raison de différencier -, il doit la prendre en fonction de ce passé. Il doit se rappeler qu'autrui a subi le temps de l'abstention et qu'il existe de fait un risque que ce dernier ait nourri quelques espoirs. L'agent peut alors souffrir d'une dualité de sentiments et ressentir le « danger de rester enfermé dans l'irréversibilité du déjà advenu » et « l'effroi inverse que suscite un avenir indéterminé »[1064]. Il n'en demeure pas moins qu'à partir du terme du délai raisonnable, l'agent doit se conformer à des lignes de conduite plus strictes,

[1062] G. VINEY (dir.), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4ème éd. 2013, p. 481, n° 464.
[1063] N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Préf. H. MAZEAUD, LGDJ, 1965, Bibl. dr. privé, t. LVII, p. 158, n° 189.
[1064] F. OST, « Conclusions générales : le temps, la justice et le droit », *in* S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, PU Limoges, 2004, p. 357, spéc. p. 362.

davantage tournées vers le destinataire de l'abstention. Il s'agit alors de faire preuve de bonne foi, de loyauté, d'être honnête et de témoigner du respect à autrui[1065].

438. **Bonne foi, loyauté et coopération.** À compter du terme du délai raisonnable, le devoir de bonne foi et, plus spécialement, les devoirs de loyauté et de coopération recouvrent leur force. Pendant le délai raisonnable, ces devoirs demeurent exigés de la part du destinataire de l'abstention, mais sont dans le même temps atténués pour l'agent. Par exemple, le droit à l'exécution forcée ne disparaît pas par le seul fait que pendant plusieurs mois, voire années, le créancier n'a pas réagi à l'inexécution de son débiteur[1066]. Mieux, dans un arrêt de la première chambre civile du 22 mai 1996, l'article 1134 alinéa 3 du Code civil a été appliqué par les magistrats dans une perspective assez inhabituelle. Les juges n'ont en effet pas invoqué la bonne foi dans le but de prévenir, de contrôler ou de sanctionner une quelconque déloyauté de la part du créancier, mais pour rappeler au débiteur qu'il s'est engagé à régler sa dette. D'après la Cour de cassation, exécuter le contrat de bonne foi exige que la partie qui se sait débitrice signale à son cocontractant le risque qu'il prend en ne réclamant pas le paiement. Il est donc d'autant plus important pour l'agent d'adapter son comportement pour ne pas éradiquer les bienfaits retirés de l'abstention et conserver la confiance d'autrui. Pour cela, loyauté et coopération sont essentielles. En conséquence, il convient de se rappeler qu'est contraire à la bonne foi, « un comportement rusé » ou « trop brusque »[1067], comme l'enseigne Monsieur le Professeur FAGES. En somme, il n'est plus possible pour le titulaire de la prérogative « de se contenter d'agir en prenant en considération ses seuls intérêts égoïstes »[1068]. Ainsi, conformément à l'idée de compromis recherché, il convient d'exercer sa faculté, sinon conformément[1069] aux intérêts d'autrui, au moins en ne se positionnant pas en totale contradiction avec ces derniers et en les préservant un maximum. Cela entraine plusieurs exigences.

[1065] V. les devoirs traduisant certains impératifs moraux, G. VINEY, *op. cit.* p. 492 et s. n° 474 et s.
[1066] Cass. com. 18 janv. 1984, Bull. civ. IV, n° 24, RTD civ 1985, 161, obs. J. MESTRE.
[1067] B. FAGES, *Le comportement du contractant,* PUAM, Institut de droit des affaires, Préf. J. MESTRE, 1997, p. 298.
[1068] Philippe DUPICHOT déduit cela de l'existence d'un devoir de bonne foi.
[1069] D. HOUTCIEFF, « Vers l'obligation du créancier d'exercer une faculté conformément aux intérêts de la caution », D. 2007, p. 1572.

439. **Absence d'abus et diligence.** Tout d'abord, il est évident, que l'agent ne saurait se rendre coupable d'un abus de droit[1070] en exerçant finalement sa prérogative ou en demeurant passif. Ensuite, le titulaire de la prérogative doit se montrer diligent afin d'assurer son rôle de préservation des intérêts en présence. Pour CORNU, la diligence est le « soin apporté, avec célérité et efficacité, à l'accomplissement d'une tâche ; qualité d'attention et d'application caractérisant une personne »[1071]. Cet auteur définit toutefois la célérité comme « l'urgence renforcée justifiant une promptitude particulière d'intervention »[1072]. Par conséquent, la définition de la célérité nuit à celle proposée de la diligence à appliquer à l'agent. Après le terme du délai raisonnable, ce dernier doit en effet prendre plus de précautions et ne pas repousser sa décision plus qu'il n'est nécessaire. Cela ne renvoie pas à une urgence. En revanche, une certaine promptitude de l'agent qui souhaiterait finalement jouir des effets attachés à sa prérogative est importante à ce stade du délai imparti. Par conséquent, la diligence de l'agent doit être entendue au sens de promptitude. En effet, ce vocable, plus mesuré que la célérité, renvoie à ce qui « se manifeste sans tarder »[1073]. C'est la raison pour laquelle, il sera préféré à la célérité. En conséquence, la diligence de l'agent raisonnable est le soin apporté, avec promptitude et efficacité, à l'accomplissement de sa prérogative tout en ménageant le destinataire de l'abstention. Cela suppose, entre autres précautions, d'émettre des réserves pour éviter, une fois le délai raisonnable achevé, qu'autrui ne se crée des croyances qui ne correspondent pas à la réalité.

440. **Les réserves.** En effet, une réserve permet de « ménager, pour l'avenir, la faculté d'exercer une action ou un droit pour soi-même ou au profit d'un tiers »[1074]. Mais, là où l'abstention est occulte, la réserve est exprimée à autrui. Elle prend par exemple la forme d'une restriction « par laquelle l'une des parties manifeste qu'elle entend, en cas de rebondissement imprévu, faire valoir ses droits, sans que puisse lui être opposée comme renonciation à le faire sa participation à

[1070] *Cf Supra* n° 153 et s.
[1071] G. CORNU (dir), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « diligence ».
[1072] G. CORNU (dir), *op. cit.* v. « célérité ».
[1073] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « promptitude ».
[1074] G. CORNU (dir.), *op. cit.* v. « réserve ».

l'acte »[1075]. Concernant leur forme, en Droit maritime, les réserves doivent être spéciales et motivées. Les réserves de style ne sont de surcroît pas admises en la matière[1076]. Sans aller jusque-là, il faut que l'agent raisonnable rende ses réserves claires et explicites. La communication alors opérée avec autrui met un terme à l'équivocité de l'abstention et *a fortiori* à l'abstention elle-même. Il appartient alors à l'agent de ne pas être trop impatient, mais d'être attentif afin de donner le temps au temps sans excès ni gaspillage. Il faut donc agir avec méthode, sans lenteur inutile et sans précipitation hasardeuse. La diligence imposée ici ne peut donc pas s'effectuer dans n'importe quelles conditions d'où l'intérêt de la complémentarité des caractéristiques propres à la raisonnabilité avec celles venant d'être décrites.

B. Caractéristiques propres à la raisonnabilité

441. **Définition de la personne raisonnable.** La personne raisonnable est, selon le sens courant, celle « dont la pensée, le comportement, les choix sont guidés par la raison, la sagesse, la mesure ; qui sait rester maître de ses impulsions, de ses passions, de son imagination »[1077]. Cette définition met en exergue le fait que le sens de la mesure requiert inévitablement la maîtrise de soi et la maîtrise de ce qui dépend de soi. L'agent raisonnable est ainsi celui qui a la maîtrise du motif et du but de son abstention et qui, s'il souhaite en sortir après le terme du délai raisonnable, saura le faire dans le respect des intérêts d'autrui.

442. **Maîtrise du motif de l'abstention.** Le titulaire de la prérogative doit savoir maîtriser le motif de son abstention. Par exemple, il doit être capable de réguler sa patience. Ainsi, après le délai raisonnable, il ne doit pas, notamment, laisser croire au destinataire de l'abstention qu'il sera relancé ou que d'autres avertissements suivront avant une mesure plus coercitive. À cette fin, il s'avère pertinent de montrer que sa patience est sincère mais pas sans limite. La rétention de l'action qui résulte alors de sa patience devra devenir transparente et explicite aux yeux d'autrui. Il convient alors de se montrer ferme et de préciser une ultime date dès le premier appel, et ne pas multiplier les mises en garde sans jamais intenter d'action

[1075] *Ibidem*.
[1076] A. MONTAS, *Droit maritime*, Vuibert droit, 2ème éd. 2015, p. 194.
[1077] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « raisonnable ».

en cas de permanence de l'inexécution. Il doit maîtriser dans le temps le motif qui l'a conduit à s'abstenir, pour mieux avoir la maîtrise du but de l'abstention.

443. **Maîtrise du but de l'abstention.** En fait, l'agent s'est abstenu pour gérer l'exercice de sa prérogative dans le temps en fonction de son intérêt et jouir ainsi des effets qui y sont attachés au moment qui lui semble le plus opportun pour atteindre un but particulier. Après le délai raisonnable, il faut qu'il continue à opérer cette gestion du temps, ce qui suppose toutefois une attention davantage soutenue de sa part que pendant le délai raisonnable. Les risques de sanction de son comportement sont en effet plus importants. En clair, il doit « se trouver en état d'alerte permanente, quant au respect des formes, quant à la prise en compte du temps »[1078]. Ensuite, lorsque l'agent est prêt à mettre un terme à l'abstention et à l'équivocité de celle-ci, il est nécessaire qu'il respecte un certain processus pour que sa décision sur l'exercice actif de sa prérogative ou sa renonciation quant à celle-ci apparaisse brutale aux destinataires de l'abstention.

444. **Maîtrise de la sortie de l'abstention et de son équivocité.** Lorsque la prérogative permet à son titulaire d'exiger quelque chose de quelqu'un pour bénéficier d'effets, tout comme il est important que le titulaire de la prérogative domine[1079] sa rigueur au début du délai, il est nécessaire qu'il réitère ce comportement de maîtrise de soi après l'abstention. Effectivement, au moment où l'abstention se termine, c'est le début d'un mouvement à l'encontre du destinataire de l'abstention qui a subi le délai raisonnable et est en droit d'attendre que l'agent se comporte en agent raisonnable, en particulier au moment délicat d'exercer sa prérogative après une abstention plus ou moins longue. La communication du fruit de sa décision d'exercer ou de renoncer à sa prérogative doit être contrôlée pour ne pas le heurter. Pour autant, respecter le destinataire de l'abstention, ne pas le léser, ne signifie pas mettre de côté ses propres intérêts, même après le terme du délai raisonnable.

[1078] J.-C. WOOG, *La stratégie du créancier*, Dalloz, Préf. G. CANIVET, 1998, p. 120. À « défaut de respect des formes ou méconnaissance du temps écoulé, ces manquements peuvent avoir pour effet de [lui] confisquer l'exercice de l'action et des voies d'exécution »

[1079] Cela renvoie à une sorte de « contrôle comportemental » (H. BARBIER, « Quand le jeu de la résolution unilatérale du contrat est enrayé par la tolérance antérieure du créancier », RTD civ. 2015, p. 877, obs. CA Montpellier, 2ème ch. 7 juill. 2015, n° 14/03085) sur soi.

445. **Une maîtrise dans le respect de ses propres intérêts.** Ce n'est pas parce qu'après le terme du délai raisonnable, l'exigence de comportement et de prise en considération des intérêts d'autrui augmente que l'agent doit pleinement renoncer à ses propres intérêts. Dans le cas contraire, cela rendrait vain les effets escomptés de l'abstention. En somme, « il ne résulte pas [du standard de l'agent raisonnable] que l'on puisse lui prêter un esprit de sacrifice illimité, ni cette « héroïcité des vertus » requise dans les procès en canonisation »[1080]. Le fait de devoir « dompter ses appétits égoïstes »[1081] est conditionné par une circonstance, le besoin que chacun obtienne la satisfaction à laquelle il a droit. Cela ne signifie donc pas effacer toute forme d'égoïsme. Mieux, l'égoïsme est la part de rationalité du raisonnable. Il est vecteur d'une rigueur constructive. En effet, cela pousse l'agent à se demander ce qui doit être fait, dans tel cas, hors émotion, et dans le respect de tel intérêt très particulier d'autrui s'il le connaît[1082], donc à être diligent[1083]. Mieux, comme le disait fort justement le Doyen CARBONNIER, en Angleterre, « [la] raisonnabilité, est (…) un bon sens pratique »[1084]. Les qualités requises par un tel sens pratique confronté à l'abstention peuvent en fait être comprises dans un seul mot : la prévenance.

446. **L'agent raisonnable, un agent prévenant.** La prévenance évite le caractère brutal d'un comportement, or c'est l'objectif recherché dans cette seconde phase du délai imparti tout en permettant à l'agent de trouver le juste milieu entre ses intérêts et ceux d'autrui. Le temps va à nouveau être utilisé par l'agent, cette fois-ci pour tempérer la brutalité des effets de sa décision.

La prévenance est connue du Droit au travers du délai de prévenance, lequel est, par exemple, utilisé en Droit du travail. En effet, la loi du 25 juin 2008 relative à la modernisation du marché du travail a introduit un délai de prévenance pour la rupture du contrat de travail durant la période d'essai. Cette exigence signifie que lorsque l'employeur met fin à la période d'essai, il doit respecter un délai de prévenance dont la durée varie selon le temps de présence du salarié dans

---

[1080] *Ibidem*.
[1081] F. DIESSE, art. préc. p. 296.
[1082] À noter : différence entre l'intérêt d'autrui (objectivement, que tout un chacun peut deviner) et l'intérêt très particulier qu'autrui espère poursuivre.
[1083] *Cf Supra* n° 439.
[1084] J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 21ème éd. 1998, n° 21, p. 61, cité par G. WEISZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, *op. cit.* n° 34.

l'entreprise[1085]. De plus, il existe un délai de prévenance en matière de changement des horaires de travail. Par ailleurs, dans un domaine radicalement différent, le Droit de la famille connaît le délai de prévenance appliqué au droit de visite et d'hébergement des parents. Ces derniers doivent en effet se prévenir mutuellement suffisamment en avance d'un empêchement à l'accueil de l'enfant lors de son tour de garde. La prévenance est ainsi le rôle attribué au délai de préavis[1086] et à l'interpellation ou mise en demeure[1087]. Il s'agit d'aller au-devant des besoins d'autrui, de communiquer quelque chose de manière obligeante et finalement de tenter d'éviter à autrui une chose fâcheuse en prenant certaines précautions pour en limiter les effets[1088].

447. **Exemples.** S'être abstenu demande, en effet, de la prévenance par la suite. C'est pourquoi, il n'est, par exemple, pas permis de mettre en œuvre la résolution unilatérale après une longue inertie sans mise en demeure préalable. L'article 1225 de l'ordonnance du 10 février 2016 va dans ce sens[1089]. De même, un contrôle judiciaire du comportement du créancier lors de la mise en œuvre de la résolution est contenu dans l'article 9 : 303 des principes du droit européen des contrats qui dispose que « le créancier est déchu du droit de résoudre le contrat s'il n'adresse pas la notification dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution ».

Ainsi, dans cette même lignée d'exemples, le créancier qui a toléré les défaillances du débiteur ne peut plus invoquer la clause résolutoire au gré de son bon plaisir. Mieux, il ne peut pas non plus demander la résolution unilatérale, option pourtant ouverte par l'article 1184 du Code civil au créancier, sans autre précaution. C'est ce qui découle de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour d'appel de Montpellier rendu le 7 juillet 2015[1090]. En l'espèce, le créancier

---

[1085] L. PERRIN, « Rupture d'une période d'essai : portée du respect du délai de prévenance », D. 2013, p. 313.
[1086] Ph. STOFFEL-MUNK, « La rupture du contrat. Rapport français », *in Le contrat*, Ass. Henri Capitant, Journées internat. 2005, Le Brésil, Société de législation comparée, p. 814.
[1087] *Cf Supra*.
[1088] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr, v. « prévenance » et « prévenir ».
[1089] Art. 1225 Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[1090] CA Montpellier, 2ème ch. 7 juill. 2015, n° 14/03085, JurisData n° 2015-017052, zoom R. VINET, « Rupture unilatérale anticipée du contrat à durée déterminée vs tolérance extra-contractuelle », JCP G. 27 juill. 2015, p. 875, obs. H. BARBIER, « Quand le jeu de la résolution

s'abstient de réagir aux défaillances contractuelles. L'intention caractéristique de l'abstention ressort de la « tolérance » du créancier face à des défaillances « répétées ». Il lui est reproché non de s'être abstenu mais de ne pas avoir, suite à « son inertie prolongée », au moins fait l'effort de mettre le débiteur en demeure de respecter le contrat. En conséquence, l'élaboration du standard de l'agent doit être en conformité avec la liberté de s'abstenir mais ne peut pas s'affranchir des règles générales de comportement et d'une certaine raisonnabilité. Cela peut d'ailleurs être confirmé par un arrêt du 6 septembre 2016 où la Cour de cassation affirme que la rupture d'une relation commerciale est brutale si elle ne résulte pas d'un acte du partenaire en faisant courir un délai de préavis et manifestant ainsi son intention de ne pas poursuivre la relation[1091]. Par conséquent, l'absence de prévenance est le critère objectif pour reconnaître une brutalité[1092].

La prévenance s'applique plus encore en cas de pluralité d'abstentions. Par exemple, si à la suite de la mise en demeure infructueuse l'agent s'est à nouveau abstenu, il a pu décupler les croyances du destinataire de la prérogative. Ce dernier en profite, certes, parfois de mauvaise foi, mais tout en n'arrêtant pas les intérêts qui s'accumulent avec le temps. La prévenance permet finalement de développer prudence et raison conformément à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil[1093], devenu l'article 1104 du Code civil. Mieux, « l'homme raisonnable, en tous domaines, proportionne sa diligence aux circonstances, à l'imminence et à la gravité des périls »[1094], ce qui le conduit à exercer sa prérogative avec ponctualité c'est-à-dire avec exactitude, attention et à l'heure[1095] ce qui suppose une certaine prévoyance.

448. **Une prévisibilité raisonnable.** Ainsi, le titulaire de la prérogative ne néglige pas les informations qui lui parviennent, ni celles qu'il est censé connaître. À cette

---

unilatérale du contrat est enrayé par la tolérance du antérieure du créancier », RTD civ. 2015, p. 877.

[1091] Cass. com. 6 sept. 2016, n° 14-25891, JurisData n° 2016-018036, JCP E. 2016, act. 721, D. 2203, note Cl. MOULY-GUILLEMAUD, Contrats, conc. consom. nov. 2016, comm. 233, note N. MATHEY. À noter, cette solution est cohérente avec la règle selon laquelle la renonciation ne peut se déduire d'un acte équivoque. Dès lors, il faut un acte non équivoque pou déduire la rupture qui finalement est le reflet d'une renonciation à la relation pour le futur.

[1092] Cl. MOULY-GUILLEMAUD, note préc. « la brutalité est objective ».

[1093] M. GENDRE-DEVOIVRE, *Collaboration et assistance entre parties au contrat*, Clermont 1, th. dir. J. STOUFFLET, 1981, p. 387.

[1094] N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.* p. 171, n° 204.

[1095] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « ponctualité ».

fin, il se renseigne, vérifie l'authenticité des informations. Il n'attend pas toujours que les choses se passent. En effet, pour avoir une certaine maîtrise de la situation, encore faut-il connaître les risques, ce qui nécessite parfois de faire en sorte d'en prendre connaissance. Il convient alors d'être acteur. Il est ainsi en mesure d'envisager les conséquences. Cette prévisibilité s'opère quant au Droit positif, règles juridiques posées et connues, mais concerne aussi les règles de bon sens, de vie en société ou les règles universelles d'humanité. L'agent est ainsi responsabilisé quant à la nécessité de maximiser la sécurité juridique dans un domaine empreint d'imprévisibilité. Mieux, l'agent prévoyant pour composer avec ces impératifs peut organiser son respect du standard proposé.

§2) Organisation du respect du standard par l'agent

449. **Présentation.** L'optimisation du respect du standard par l'agent représente l'apogée de sa responsabilisation. En effet, prévoir, c'est déjà être dans un processus de prise en compte des règles. Cela ne signifie pas pour autant qu'il va en profiter pour limiter au maximum les exigences du standard. Au contraire, il est de son intérêt, une fois le délai raisonnable écoulé, de communiquer pour mieux s'adapter. Il convient alors d'apporter des indications pour encourager sa responsabilisation et l'inciter à éviter la sanction d'un mauvais comportement. De cette façon, est aussi organisée la protection d'autrui contre des atteintes disproportionnées à ses intérêts, susceptibles d'être l'objet de recours de nature à engorger les tribunaux. Mieux, le souci de l'agent de prévoir, en insérant des clauses (A) apporte de la prévisibilité et *de facto* de la sécurité juridique. En effet, s'adapter à l'évolution des circonstances est un enjeu pour organiser sa prévenance (B), et *a fortiori* sa conduite d'agent raisonnable.

A. Insérer des clauses

450. **La nécessité d'un cadre contractuel.** Prévoir des stipulations contractuelles spécifiques sur le comportement que doit adopter celui qui s'est abstenu suppose *a fortiori* un cadre contractuel, de préférence avec un contrat écrit, ou oblige les protagonistes à en créer un ce qui, en tant que contrainte, constitue *a priori* une limite à l'optimisation du standard par l'agent. Le rôle de ces clauses suffit

toutefois à leur attractivité pour des parties prévoyantes. D'ailleurs, il est dans l'ère du temps de tout prévoir, du moins le plus possible. Les parties seront alors en mesure d'inciter le juge à appliquer le standard tout en encadrant ses pouvoirs ce qui permet de faire face aux doutes.

451. **Intérêt des clauses.** Cependant, il faut se demander si les agents potentiels vont accepter d'insérer ces clauses alors qu'ils risquent d'entacher leur liberté. En fait, il semble que cela n'emportera pas de difficultés particulières parce que toutes les parties sont susceptibles de s'abstenir[1096] et *a contrario* susceptibles de vouloir être protégées tant dans leur rôle d'agent que dans celui de destinataire de l'abstention. Mieux, leur intérêt est d'avoir du temps ; mais les parties savent aussi que le temps rime avec érosion. Elles peuvent donc tout à fait voir l'intérêt d'une telle clause, laquelle aura pour rôle de les inciter à agir rapidement. D'ailleurs, cette problématique est celle posée pour les clauses de prescription abrégée qui sont utilisées malgré tout, notamment parce qu'elles permettent de diminuer la durée pendant laquelle les responsabilités sont susceptibles d'être engagées, dans les conditions de l'article 2254 du Code civil et du Droit de la consommation. Les parties peuvent donc s'entendre sur des clauses prévoyant les conséquences d'une abstention trop longue ou les conséquences d'un comportement défini comme répréhensible par les parties lors du terme d'une abstention au profit d'un exercice plus actif de la prérogative. Cet aménagement, lorsqu'il revient à limiter la réparation éventuellement due, fait penser, en matière contractuelle, à la problématique liée à la validité des clauses limitant la réparation et à la fameuse « saga jurisprudentielle »[1097] Chronopost[1098]. Cependant, ces solutions s'imposent dans le cas d'une inexécution, or, la situation d'abstention du titulaire d'une prérogative se distingue de l'inexécution. Pour autant, le nouvel article 1170 du Code civil guidera la rédaction des clauses. En effet, consacrant la

[1096] *Cf Infra* n° 491, 493 et 591.
[1097] D. MAZEAUD, « Clause limitative de responsabilité, la fin de la saga ? », D. 2010, p. 1832.
[1098] Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18632, Chronopost, D. 1997, Jur. p. 121, note A. SÉRIAUX ; Dalloz Affaires 1997, p. 247 ; RJDA 1997-1, n° 6 ; Contrats conc. consom. févr. 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; JCP G. 1997, I, n° 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ; Ph. DELEBECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? », Dalloz Affaires 1997, p. 235 ; Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, n° 03-14112, Chronopost, Chr. PAULIN, JCP E. 6 oct. 2005, p. 1634 ; Cass. com. 13 février 2007, n° 05-17407, Faurecia 1, Fr. CHÉNEDÉ, RDC, 2011, n° 2, p. 709.

jurisprudence *Faurecia 2*[1099], il dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». *A contrario,* celles qui ne produisent pas un tel effet sont valables. Quant à la matière délictuelle, il est à noter que les clauses limitant la responsabilité sont interdites[1100]. Néanmoins, une évolution est prônée par le Sénat[1101] d'autant plus que, lorsque ces clauses portent sur une responsabilité sans faute ou pour faute présumée, elles sont validées. Ainsi, insérer des clauses spécifiques permet à l'agent d'avoir une vision plus concrète du standard à respecter et de se l'approprier. Il faut donc voir quelles clauses sont concernées.

452. **Les clauses à insérer.** Quatre types de clauses sont susceptibles d'intervenir pour optimiser le respect du standard de l'agent raisonnable, à savoir des clauses aménageant les conséquences de l'abstention, des clauses prévoyant la répartition du délai raisonnable et du reste au sein du délai imparti, les clauses adaptant le comportement de l'agent, et des clauses concernant les marques et le temps de prévenance à respecter par l'agent qui veut exercer sa prérogative une fois le terme du délai raisonnable dépassé.

453. **Clauses prévoyant les conséquences de l'abstention.** Concernant les clauses relatives aux conséquences de l'abstention pour l'agent, tout d'abord, il peut s'agir d'une clause de non renonciation[1102] ou son contraire, la clause de réclamation[1103]. Cette dernière confère au silence du créancier une valeur de renonciation au terme d'un délai imparti. Une telle stipulation est valide parce que la renonciation n'est pas équivoque une fois le délai écoulé. Elle est au contraire la conséquence d'une expression de volonté. Le délai prévu ne supporte ni suspension, ni interruption[1104]. Il s'agit en effet d'une clause de forclusion. Plus précisément, les clauses instituant une forclusion sont définies par Monsieur BALAT comme étant

[1099] Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11841, D. 2010, p. 1832, obs. D. MAZEAUD, « Clause limitative de responsabilité, la fin de la saga ? » ; Droit et patr. fév. 2011, p. 69, note L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK.
[1100] Cass. 2ème civ. 17 fév. 1955, D. 1956, p. 17.
[1101] Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE, du 15 juillet 2009, https://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-558.html
[1102] *Cf Supra* n° 190 et s.
[1103] W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 3ème éd. 2016, v. « réclamation ».
[1104] Cass. 3ème civ. 31 oct. 2001, n° 99-13004, D. 2002, somm. p. 2840, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 2002, p. 815, note J. MESTRE et B. FAGES.

celles « par lesquelles les parties créent de toutes pièces, hors de toute prévision législative ou règlementaire, un délai de forclusion pour limiter l'exercice de leurs droits »[1105]. Le fait que les parties s'entendent au préalable sur l'effet d'une abstention dans le temps permet d'optimiser leur connaissance et leur respect d'une situation d'abstention et des suites à lui donner. L'imprévisibilité est alors en partie maîtrisée. En outre, l'imprévisibilité au sein du délai imparti peut être contractuellement déjouée.

454. **Clauses organisant les phases du délai imparti.** La répartition du délai raisonnable et du reste peut être organisée par les parties. La durée du délai raisonnable dépend des circonstances, or il apparaît impossible de prévoir de manière exhaustive tous les cas pouvant se présenter. En revanche, les parties peuvent mettre en place une présomption de durée du délai raisonnable. Par exemple, elles peuvent stipuler que le délai raisonnable pour réclamer le paiement du prix ne peut pas être inférieur à un tiers de la durée du délai imparti au créancier pour recouvrer le paiement. De fait, dans l'hypothèse classique d'une prescription quinquennale, si le créancier assigne le débiteur au bout d'un an et demi alors qu'il s'était abstenu jusqu'alors, son action se situe dans le premier tiers du délai imparti, donc dans le délai raisonnable. Il n'y a alors pas lieu de vérifier si l'agent a parfaitement respecté le standard de l'agent raisonnable et la prévenance qui le caractérise. Les juges seront guidés par cette clause mais pourront toujours sanctionner une durée déraisonnable ou excessive. En conséquence, les parties auront tout intérêt à choisir une présomption sérieuse ménageant les intérêts en présence et respectant le découpage en deux phases du délai imparti. Par ailleurs, la seconde phase constituée du reste de délai imparti se caractérise par l'encadrement du comportement de l'agent. Une clause serait possible pour adapter le standard prévu.

455. **Clauses adaptant le standard.** En effet, il est tout à fait possible d'imaginer des clauses excluant certains motifs d'abstention parce qu'ils seraient considérés comme déraisonnables par les parties, ou des clauses rappelant et définissant les caractéristiques de l'agent raisonnable. En outre, pour que les parties puissent

[1105] N. BALAT, « Validité des clauses de forclusion », JCP G. 28 mars 2016, 365, note sous Cass. com. 26 janv. 2016, n° 14-23285.

anticiper, et pour qu'*a posteriori* le juge soit en mesure de se rendre compte de l'importance accordée au standard par les parties, une clause précisant le degré de prévenance attendue est opportune. Si les parties souhaitent être plus précises, elles peuvent aussi s'accorder sur des clauses spécifiant les marques et le temps de prévenance.

456. **Clauses précisant les marques et le temps de prévenance.** En effet, il a été démontré précédemment que le passage à l'action après une abstention plus ou moins longue pendant le laps de temps compris entre le terme du délai raisonnable et le terme du délai imparti doit se caractériser par une certaine prévenance. Cette qualité s'apprécie surtout envers le destinataire de l'abstention qui se retrouve en général en première ligne lorsque l'abstention prend fin ou continue. La prévenance reste malgré tout floue. Aussi est-il intéressant de prévoir plus concrètement comment sortir de l'abstention tout en ménageant autrui. Les marques de prévenance pourront être différentes selon l'objet de l'abstention. En effet, opposer sa prérogative à autrui ne revient pas au même lorsqu'il s'agit pour ce dernier d'exécuter une obligation ou de simplement prendre acte du fait que l'agent soulève une option par exemple. Ainsi, l'exigence d'une mise en demeure, dont le rôle a par ailleurs été renforcé à l'occasion de l'ordonnance du 10 février 2016 qui recourt à de nombreuses reprises à cet outil, pourra s'avérer utile. Ses modalités peuvent d'ailleurs être affinées par les parties. Elle évite de réclamer directement quelque chose en ce que ce caractère direct serait trop brusque. Il convient en outre de prévoir son contenu. Ceci permettra de communiquer de façon officielle sa volonté de recevoir le fruit de sa prérogative tout en laissant du temps à celui qui ne s'attendait peut-être plus à une telle demande. Mieux, il est de rigueur de préciser les modalités du délai de préavis prévu par la mise en demeure afin d'éviter les contestations. Il va sans dire que le délai de préavis doit être proportionnel à l'objet de la mise en demeure. Dans le cas où le besoin d'autrui se situerait davantage dans l'information, il pourra être prévu qu'une notification constituera la marque de prévenance attendue. Ainsi, le destinataire de l'abstention ne pourra pas utilement se plaindre si l'agent a respecté les prévisions contractuelles et que celles-ci ont été appliquées. En clair, l'agent doit faire au minimum ce qui est prévu, mais ne pourra pas être sanctionné d'avoir fait son maximum lorsque les circonstances l'exigeaient. C'est un peu la logique de la

minimisation des dommages. Celle-ci est d'ailleurs intégrée dans le projet de réforme de la responsabilité civile[1106].

457. **La clause de minimisation du dommage.** Autre possibilité en pratique afin de s'assurer de la responsabilisation de chacun, envisager une clause de minimisation du dommage[1107]. En effet, les parties peuvent prévoir de limiter le montant de la réparation, la règle de réparation intégrale n'étant pas d'ordre public. Cette clause a vocation à ne s'appliquer qu'en cas d'un certain comportement du créancier insatisfait. Si les mesures raisonnables ont été prises, la clause ne trouve pas à s'appliquer et l'indemnisation n'est pas limitée. En revanche, une telle clause serait probablement rejetée par le juge en cas de préjudice corporel ou si l'obligation de minimiser son dommage était de nature à créer un déséquilibre significatif à l'encontre d'un consommateur[1108]. Prendre une mesure raisonnable reviendra le plus souvent à avoir recours à un contrat de remplacement, or il ne faut pas non plus que le créancier le conclut trop tôt, d'où l'importance de prévoir le délai pendant lequel l'abstention du débiteur peut durer et au bout duquel le créancier peut lui trouver un remède parce que l'inexécution est avérée. Cette précaution prend d'ailleurs une importance particulière puisque l'ordonnance du 10 février 2016 ne soumet plus la faculté de remplacement à autorisation du juge mais protège le débiteur en requérant le respect d'un délai et d'un coût raisonnables[1109]. Il faut cependant relever le fait que cela limite la durée de la liberté totale d'abstention du débiteur. Malgré tout, l'avantage de cette clause est qu'elle peut être imposée à toutes les parties[1110]. Par ailleurs, en plus d'être opposable au partenaire contractuel, elle l'est aux tiers qui doivent respecter la situation juridique créée par le contrat même en l'absence de publicité du contrat.

Insérer des clauses revêt donc un intérêt pour optimiser le standard de l'agent raisonnable. Encore faut-il que ces clauses soient invoquées. En effet, même les clauses de résolution « de plein droit » doivent être invoquées par le créancier pour

[1106] *Cf Infra*.
[1107] S. REIFEGERSTE, *op. cit.* p. 232 et s.
[1108] J. MESTRE et Chr. RODA (dir.*), Les principales clauses des contrats d'affaire*, Lextenso, Les intégrales, 2011, v. « Clause de minimisation du dommage ».
[1109] Art. 1222 C. civ.
[1110] Pour des conseils rédactionnels v. J. MESTRE et Chr. RODA (dir), *op. cit.* p. 614.

jouer[1111], *a fortiori* les clauses qui n'intègrent pas le « plein droit » nécessitent une expression de volonté pour qu'elles produisent leurs effets, à défaut, elles restent uniquement sur le papier. Outre les clauses citées, le comportement préconisé par le standard de l'agent raisonnable, peut faire l'objet d'un respect optimisé par celui qui s'est abstenu, en soignant sa prévenance.

B. Optimiser la prévenance

458. **Optimiser sa prévenance, une question de preuve.** « Un contractant aura souvent du mal à se faire une véritable idée de l'appréciation qui sera finalement portée sur son comportement. C'est un risque judiciaire »[1112] à anticiper. Néanmoins, il est possible de s'interroger au préalable sur l'intérêt de l'agent de se donner les meilleures conditions de voir les marques de sa prévenance reconnues, alors que cela signifierait parfois lui demander d'accroître lui-même le degré d'exigence de sa prévenance envers autrui. En fait, c'est une question de preuve. En cas de litige, le destinataire de l'abstention qui recherche la responsabilité de l'agent va lui reprocher de ne pas avoir respecté le standard de comportement. Pour convaincre le juge qu'il a, au contraire, bien respecté le standard compte tenu des circonstances, il faudra que l'agent rapporte la preuve du fait que les efforts fournis sont ceux qui correspondaient à la situation. Il est donc de son intérêt d'optimiser ses efforts *post* abstention. En effet, avec l'abstention, il a démontré qu'il avait été à la recherche d'un moment opportun pour lui et/ou pour le destinataire. Cette démarche doit être poursuivie dans une logique de compromis. Prouver le fait qu'il a effectivement été à la recherche de ce compromis sera plus aisé s'il peut faire état de ses efforts.

459. **Reprendre contact avec prévenance et tempérance.** En effet, par la retenue dont il a fait preuve en s'abstenant, l'agent a prouvé qu'il savait se comporter avec tempérance. Cette qualité doit aussi s'exprimer après le terme du délai raisonnable. Ainsi, s'il ne veut pas subir l'effet attaché au terme du délai imparti, mais au contraire choisir d'exercer sa prérogative durant le laps de temps compris entre le

[1111] H. BARBIER « L'absence de portée de la mention « de plein droit » des clauses résolutoires », RTD civ 2015, p. 875.
[1112] Ph. STOFFEL-MUNCK, « Créancier déloyal dans l'exécution n'en est pas moins créancier », D. 2007, p. 2839.

terme du délai raisonnable et le terme du délai imparti, il est préférable, pour obtenir satisfaction sans se voir reprocher un mauvais comportement, qu'il renoue le contact rompu par l'abstention. Il doit procéder sans animosité ni brusquerie et en ayant l'humilité de reconnaître que l'abstention est son choix, même dans les cas où ce fait aurait profité à autrui. La communication est à ce stade essentielle. Il convient alors de savoir ce que cela recouvre. Il faut, tout d'abord, rechercher ce que signifie « communiquer » pour le Droit. CORNU définit une telle action comme celle d'entrer en relation avec quelqu'un[1113]. Il peut de fait s'agir d'une action spontanée ou intervenant suite à une sollicitation. Aussi, est-il important, ensuite, de déterminer comment doit s'organiser cette communication. Il est à recommander à l'agent de prendre l'initiative de l'échange avec le destinataire de l'abstention ou autrui, sans attendre un signe de ce dernier, voire avant d'envoyer une mise en demeure. Dès lors, la prise de contact peut s'opérer de différentes manières. Chaque mode de communication a ses avantages et inconvénients. Là où le courrier électronique[1114] et le sms sont écrits et instantanés mais laissent le choix au destinataire de répondre immédiatement ou non, le téléphone permet davantage de proximité, encore faut-il qu'autrui prenne l'appel. Le cas échéant, il est toujours possible de laisser un message vocal[1115]. Une complémentarité entre ces différents moyens est aussi possible. Mieux, au vu de la nécessité d'efforts des deux parties pour que la communication s'opère, il est essentiel d'être prudent et de conserver des preuves de sa prévenance. Puisque c'est un fait juridique qui doit être prouvée, la preuve est libre à condition qu'elle reste loyale. Certes, pour l'agent, cette précaution s'inscrit dans son intérêt propre mais dans celui d'autrui aussi, puisque pour prouver ces efforts, encore faut-il les avoir produits, d'où l'utilité de doubler son appel téléphonique par un écrit utile, telle la mise en demeure. Le problème majeur de la preuve est son coût, mais c'est le prix de la sécurité. La délicatesse dont l'agent aura fait preuve peut ainsi être révélée par le contenu de la mise en demeure, sa date d'envoi, le constat d'une entrée en matière progressive. En outre, puisque « le propre de l'homme raisonnable consiste précisément à ajuster son

[1113] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « diligence ».
[1114] Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884, RTD civ. 2014, p. 121, note H. BARBIER, « La libre preuve d'un fait juridique par courrier électronique » ; LPA, 9 janv. 2014, n° 7, obs. T. STEFANIA.
[1115] Lequel constitue une preuve admissible. Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738, Bull. civ. V, n° 31, D. 2013, p. 439, obs. J. SIRO ; Dr. Soc. 2013, p. 626, chron. R. SALOMON, RTD civ. 2013, p. 380, note H. BARBIER ; Les Cahiers sociaux, 1er mars 2013, n° 250, obs. Fr. CHIREZ.

comportement aux circonstances auxquelles il se trouve confronté à chaque instant »[1116], il lui est utile de rappeler les circonstances l'amenant à reprendre contact après un certain laps de temps, voire faire apparaître les circonstances et les motifs de son abstention. En somme, l'agent a tout intérêt à mettre en œuvre des moyens pour l'aider à atteindre cet objectif. L'éthique apparaît alors comme une source d'exemples à suivre.

460. **Optimisation par l'éthique.** Le bon comportement peut en effet trouver son origine dans l'éthique qui regroupe l'ensemble des principes et des valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques ou juridiques[1117]. *Ab initio*, l'éthique n'est donc pas le Droit. Toutefois, bien que « d'abord en dehors du droit, l'éthique ou certaines de ses règles seraient inéluctablement récupérées par lui »[1118], des auteurs reconnaissent que l'éthique « fait partie intégrante » du Droit[1119]. Mieux, l'éthique peut constituer un véritable atout[1120] devant le juge, mais aussi dans les rapports qu'entretiennent deux personnes, notamment pour le futur, parce qu'elle est vectrice de confiance. C'est la raison pour laquelle des codes de bonne conduite, des règles de déontologie se développent dans les entreprises. Ceux-ci sont volontaires et entrent dans une logique d'autorégulation. Pour autant, ils sont susceptibles de faire naître des obligations et leur caractère *a priori* non obligatoire n'atteint pas leur efficacité[1121]. L'éthique est donc une source que l'agent ne peut pas ignorer. Mieux, l'agent n'a pas toujours besoin d'écrits pour savoir comment il doit se comporter. En effet, il peut tout simplement faire appel à certaines qualités humaines. « Prudence, jugement et esprit sont des facultés intuitives par

[1116] G. VINEY dir.), *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4ème éd. 2013, p. 482, n° 364.
[1117] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « éthique ».
[1118] *Ibidem*.
[1119] P. DIENER, « Éthique et droit des affaires », D. 1993, p. 17.
[1120] L'éthique d'entreprise est un bon exemple de cette force. « Les acteurs du marché ont d'abord compris qu'un comportement éthique pouvait constituer une véritable force, à la fois, commerciale (les consommateurs étant de plus en plus exigeants) et concurrentielle (obtention de marchés, venue d'investisseurs). En se présentant sous leur meilleur jour, le cas échéant forts d'une évaluation sociale flatteuse réalisée par une agence de notation ou d'une crédibilité entretenue par le respect volontaire de certains standards ». F. BUY et J. THÉRON (dir.), « L'éthique de l'entreprise », JCP E. n° 25, 20 juin 2013, 1359.
[1121] P. NGUIHE KANTÉ, « À propos de l'effectivité des codes éthiques : contribution à un changement de perspectives des sources créatrices du droit privé », Rev. ERSUMA, Droit des affaires-pratiques professionnelles, n° 2, mars 2013, p 11.

excellence, capables de s'adapter aux circonstances du cas concret »[1122], or s'adapter nécessite parfois de moduler dans le présent des prévisions contractuelles issues du passé.

La prévenance permet, en effet, de ménager au destinataire de l'abstention « un tremplin pour l'avenir »[1123]. Il ne faut pas oublier que celui-ci a subi une période d'incertitude qui l'a en principe empêché de prévoir avec certitude et donc de mettre en place les prémices de certains projets. C'est pourquoi il peut être important pour les parties de recalculer le délai de préavis stipulé, lorsque ce dernier est trop rigide et non adapté aux circonstances qui se révèlent postérieurement à la formation du contrat. Pour cela, il leur est préconisé de prendre en compte la durée nécessaire à autrui pour trouver une solution à ses difficultés. « Laisser un temps » permettrait ainsi d'effacer le préjudice[1124]. Cela suppose toutefois que celui qui a besoin d'un délai de préavis différent de celui stipulé manifeste sa volonté d'en discuter. Ensuite, des valeurs éthiques incitent l'agent à accepter la discussion pour trouver un compromis. « L'éthique se place donc bien au premier rang des valeurs retenues par le droit privé ; fondé sur le développement du principe de bonne foi, il perd, pour le droit privé, son caractère polymorphe pour devenir, petit à petit, un référentiel compris de tous »[1125]. Par conséquent, optimiser sa prévenance revient à faire preuve de déférence et de respect. En revanche, si « l'homme avisé, l'homme honnête fait bien son possible pour observer les lois et les règlements ; il n'y arrive peut-être pas toujours (…) dans la mesure où les conséquences contiennent une part d'aléas »[1126] et que théorie et pratique ne se superposent jamais parfaitement.

Section II/ L'application du standard

461. **Dichotomie pour une application sécurisée.** S'il a pu être proposé un standard d'agent raisonnable, encore faut-il que celui-ci puisse s'appliquer dans le respect de l'objectif fixé, à savoir réduire l'imprévisibilité des situations

[1122] E. PANTARO, « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique, RRJ, 1988, n° 4, p. 813, spéc. p. 814.
[1123] C. GRIMALDI, « Rupture brutale d'une relation commerciale établie et influence de la reconversion du partenaire éconduit », JCP G. 14 mars 2016, p. 288, note CA Paris, pôle 5, ch. 5, 28 janv. 2016, n° 14/13036 et n° 14/22836.
[1124] *Ibidem*.
[1125] G. AMÉDÉE-MANESME, « Éthique et droit privé », Gaz. Pal. 22 déc. 2001, n° 356, p. 15.
[1126] A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, LGDJ, 1948, p. 124, n° 103.

d'abstention pour une meilleure sécurité juridique. Afin de remplir cet impératif, il est fondamental de considérer la forme sous laquelle le standard peut être imposé à l'agent (§1). Ensuite, il conviendra d'envisager la sanction de l'agent déraisonnable (§2) lors du délai restant, seconde phase du délai imparti.

§1) Forme d'application du standard à l'agent

462. **Organisation de l'opposabilité.** Le standard de l'agent raisonnable doit pouvoir être imposé à l'agent. Il est ainsi important de voir l'outil juridique (A) qui le permettrait et d'envisager l'appréciation du comportement par le juge (B) parce que c'est ainsi qu'un manquement pourra être caractérisé dans une certaine sécurité juridique.

A. L'outil juridique

463. **Un standard prévu par un texte légal.** Le titulaire du droit est le maître de la vie de sa prérogative et doit le rester, dès lors qu'un intérêt supérieur ne justifie pas l'inverse. Or, suite au terme du délai raisonnable, l'intérêt d'autrui prime et celui qui s'est abstenu jusqu'au terme du délai raisonnable doit adopter le comportement de l'agent raisonnable. S'il ne respecte pas ce standard, autrui sera en droit de demander réparation[1127]. Pour que cette demande ait une chance d'aboutir, il est nécessaire que le standard puisse être opposé à l'agent par le plaignant dans les conditions de la sécurité juridique en respectant ses deux sous-principes d'orientation et de réalisation dégagés par le droit romain. « La « *certitudo* » est ainsi la boussole du sujet de droit, son guide lui permettant de savoir à l'avance, face à des choix en univers incertain, quel comportement juridique est attendu de lui. La « *securitas* » c'est plus concrètement le respect de la règle et du contrat, leur effectivité [par le juge]. (…) Plus proche de nous la Cour constitutionnelle allemande a dégagé, à partir du concept constitutionnel d'État de droit, un principe de sécurité du droit ou encore de « prévisibilité » du droit. Ce principe gouverne avant tout la manière dont doit être édictée la règle de droit, avant même de guider

[1127] *Cf Infra* n° 472.

la pratique du juge. »[1128]. Par conséquent, le meilleur moyen d'imposer le standard de l'agent raisonnable est d'instaurer un texte spécifique prévoyant ce standard. En effet, une disposition écrite favorise clarté et sécurité. Les références du texte pourront être opposées à l'agent qui, lui, se voit garantir une certaine prévisibilité des règles à respecter.

464. **Un texte s'appliquant à tout titulaire de prérogative.** Prévoir un ensemble de dispositions en matière d'abstention permet l'accès du titulaire d'une prérogative aux règles applicables pour que sa connaissance du délai raisonnable et du standard de l'agent raisonnable soit facilitée. L'enjeu serait donc de rédiger un texte entérinant l'existence et l'exigence de respect des standards envisagés qui soit, dans le même temps, explicite sur l'articulation des standards entre eux afin que l'agent en comprenne l'intérêt et soit incité à se soumettre à la solution apportée. Il convient en effet de souligner qu'une norme n'a d'utilité que si elle est appliquée, or, pour qu'elle le soit, il faut qu'elle puisse être comprise tant dans sa rédaction que dans ses objectifs. Par ailleurs, dans un souci d'uniformisation et de clarté chère à la sécurité juridique, un seul texte s'appliquant à tous les titulaires de prérogatives doit être envisagé.

465. **Contenu du texte.** Pour présenter aux titulaires de prérogatives la solution dégagée sur les situations d'abstention, il conviendrait d'en faire apparaître le principe dans son ensemble pour ensuite détailler son organisation en l'appuyant par des définitions. Le contenu du texte devrait ainsi formuler le fait que

« Tout titulaire d'une prérogative qui s'abstient doit se comporter en agent raisonnable conformément aux deux phases du délai imparti.

Un délai imparti est composé du délai raisonnable et du délai restant.

Le délai raisonnable s'entend du temps adapté aux circonstances pendant lequel l'agent peut retenir et exercer librement sa prérogative mais au-delà duquel il n'est plus honnête et loyal d'agir aussi librement.

Le délai restant s'entend de la durée du délai imparti qui subsiste une fois le délai raisonnable écoulé.

[1128] M. BORGETTO, A. GARAPON, V. HEUZÉ, H. MUIR-WATT, M. PINAULT (dir.), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2008, p. 11.

L'agent raisonnable est celui qui témoigne d'une certaine maîtrise de son abstention et qui se montre prévenant lorsqu'après le terme du délai raisonnable la certitude qui succède à l'abstention risque de heurter autrui ».

Ce texte aurait alors vocation à servir de fondement lorsque le juge est face à une situation d'abstention qu'il doit apprécier.

B. L'appréciation du comportement de l'agent par le juge

466. **Pouvoir d'appréciation.** Le pouvoir d'appréciation du juge n'est pas à négliger puisqu'il déterminera les éventuels manquements et, s'il s'avère qu'ils existent bien, il participera à l'évaluation des préjudices. Ainsi, le pouvoir d'appréciation du juge porte ici sur deux choses, d'une part le moment du terme du délai raisonnable qui correspond au point de départ de l'exigence du respect du standard de l'agent raisonnable, et, d'autre part, sur le comportement de l'agent pendant cette dernière phase du délai imparti. Comme cette appréciation découle de l'examen des circonstances, donc de faits, elle renvoie à l'appréciation souveraine des juges du fond.

467. **Contexte de l'appréciation du juge.** Le juge intervient pour apprécier le comportement de l'agent quant au standard de l'agent raisonnable après le délai raisonnable et alors que le délai imparti n'est pas totalement écoulé, ou après le délai imparti. Ceci n'est pas neutre. En effet, dans la première situation, il est nécessaire de distinguer deux cas. Tout d'abord, celui où l'agent a agi pour jouir des avantages attachés à sa prérogative ou y a renoncé après le délai raisonnable, mais sans faire preuve de la prévenance qui convenait et, ensuite, celui où l'agent a poursuivi son abstention et se voit reprocher par autrui son comportement volontairement passif et les effets de ce dernier. Le fait que le délai imparti ne soit pas écoulé et n'ait pas encore emporté les conséquences juridiques attachées au terme influencera sans doute la solution du juge. Ce dernier rappellera à la fois celles-ci et le standard de l'agent raisonnable, ce qui a vocation à faire cesser le comportement déraisonnable s'il est avéré.

La seconde situation intervient lorsque le terme du délai imparti est passé, un décompte assez précis des conséquences de l'abstention et d'un éventuel

manquement au respect du comportement peut être fait, ce qui est à double tranchant pour l'agent. D'un côté, cela crée de la sécurité juridique quant à ce qu'il a effectivement causé par son comportement, mais peut alourdir les dommages-intérêts mis à sa charge. D'un autre côté, l'agent est alors, *a priori,* déjà contraint par le fait que la limite attachée au terme du délai imparti aura pris effet. Cependant, si le trouble a cessé par la fin du délai imparti, il n'en demeure pas moins qu'un préjudice lié à une violation du standard raisonnable puisse subsister, notamment lorsque ce manquement s'est poursuivi jusqu'au terme du délai imparti, élément qui entre dans la balance du juge pour sanctionner l'agent déraisonnable.

468. **Méthode.** Il revient au juge de comparer les faits rapportés au standard proposé. Pour que cette comparaison soit la plus pertinente possible, il paraît utile que le juge se fasse, dans un premier temps, une idée globale du comportement de l'agent. Dans un deuxième temps, il lui incombe d'apprécier les circonstances dans lesquelles le litige est né et celles dans lesquelles l'agent a agi comme il a agi, les deux ne se recoupant pas toujours parfaitement. D'ailleurs, il faut analyser le comportement de l'agent sans oublier son intention et le motif de l'abstention qui n'est pas étranger à la façon de se comporter du titulaire de la prérogative. Ainsi, le juge disposera des éléments nécessaires pour affiner et pondérer sa première comparaison du comportement de l'agent eu égard aux circonstances avec le standard de l'agent raisonnable. Il se trouvera alors en mesure de motiver sa décision.

469. **Motivation.** La décision du juge doit être motivée. Cela se justifie d'autant plus que sa marge d'appréciation est conséquente. Il s'agit ainsi d'un rempart contre l'arbitraire. Différents critères sont à mettre en avant pour motiver son appréciation du comportement de l'agent. À ce titre, l'effort de l'agent est à apprécier. Mieux, son effort utile est à souligner. En outre, les risques qu'il prend doivent être analysés de même que sa gestion du temps. Enfin, la motivation peut s'appuyer sur les stipulations prévues entre les parties en la matière[1129]. Si le juge doit apprécier la prévenance de l'agent, il ne peut pas attendre la perfection, aussi

[1129] *Cf Supra* n° 451 et s.

est-il question d'une prévenance réaliste[1130]. Le non-respect du standard par l'agent fait toutefois encourir à ce dernier une sanction.

§2) Sanction de l'agent déraisonnable

470. **Plan.** Le choix de la sanction (A) mérite réflexion avant de procéder à l'analyse de la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'agent déraisonnable (B).

A. Le choix de la sanction

471. **Cas de sanction.** L'articulation temporelle du délai imparti retenue permet de recenser trois cas où l'agent s'expose à une sanction. Cela se produit donc :

- Lorsque l'agent n'a pas daigné respecter le standard de l'agent raisonnable après le terme du délai raisonnable ;
- Lorsque l'agent n'a pas su positionner le terme du délai raisonnable et qu'il n'a donc pas respecté le standard de l'agent raisonnable suffisamment tôt dans le délai imparti ;
- Lorsque le standard n'a pas été respecté jusqu'au terme du délai imparti.

La différence de cas[1131], entrera dans les éléments soumis à l'appréciation du juge jusqu'à pouvoir justifier une disparité de traitement. En effet, le cas du manquement sera plus ou moins grave en fonction des circonstances.

472. **Sanction à prononcer.** Il semble opportun, dans un souci de sécurité juridique, de ne prévoir qu'une sorte de sanction du non-respect du standard de l'agent raisonnable. Le choix de la sanction est conditionné par l'objectif à atteindre. En matière d'abstention et en présence d'une équivocité se prolongeant au-delà du terme du délai raisonnable, sont recherchées une certaine sécurité juridique, l'incitation pour les agents et les destinataires directs ou indirects d'une abstention à se responsabiliser et la protection de ceux qui ont subi l'abstention et qui subiraient de surcroît un comportement déraisonnable de l'agent. Les deux sortes

[1130] S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Préf. L. CADIET, Dalloz, Nouv. Bibl. de thèses, vol. 11, 2002, p. 511, n° 525 : « Le juge adapte le cadre temporel aux situations concrètes ».
[1131] *Cf Infra* n° 475.

de sanctions envisageables sont la privation de sa prérogative pour l'agent déraisonnable ou l'allocation d'une indemnité. Néanmoins, créer une déchéance particulière en privant l'agent déraisonnable de sa prérogative apparaît excessif et peu conciliable avec la responsabilisation du destinataire de l'abstention[1132]. De plus, priver l'agent de sa prérogative une fois que le délai imparti pour l'exercer a expiré est inutile[1133], et l'en priver alors que le délai n'est pas écoulé ferait perdre aux limites temporelles, telle la prescription, leur utilité. En conséquence, la sanction la plus pertinente est le versement de dommages-intérêts compensatoires en se plaçant sur le terrain de « l'instrument incontournable de régulation des comportements »[1134], la responsabilité civile. Mieux, c'est une sanction commune qui a l'avantage de pouvoir être modulée eu égard aux circonstances, lesquelles comprennent les éventuels manquements d'autrui à sa responsabilisation[1135].

473. **Nature de la responsabilité de l'agent déraisonnable.** La responsabilité civile vise à rétablir un certain équilibre[1136]. En l'occurrence, il s'agit de sanctionner le titulaire d'une prérogative qui s'est abstenu pendant le délai raisonnable et au-delà de son terme et qui a manqué au respect du standard de l'agent raisonnable après le terme du délai raisonnable. Puisqu'il est envisagé de prévoir le standard de l'agent raisonnable par un texte, les agents déraisonnables sont soumis à la responsabilité extracontractuelle[1137]. Par exemple, l'héritier qui s'abstient et qui opte après le délai raisonnable sans adopter le comportement d'un agent raisonnable engagera sa responsabilité délictuelle.

De même, le contractant qui adopte un comportement contraire à celui de l'agent raisonnable ne commet pas une inexécution contractuelle. L'inexécution ne peut résulter que du débiteur d'une obligation dans le cadre d'une convention entre les parties, or si l'agent s'abstient d'exercer une faculté, il ne refuse pas d'exécuter

---

[1132] *Cf Infra* Titre II Partie II.

[1133] Or avec le temps de réaction des destinataires de l'abstention et la durée des procédures, c'est ce qui risquerait d'arriver le plus souvent.

[1134] T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD civ. 2007, p. 227.

[1135] *Cf Infra* n° 580 et s. et n° 600.

[1136] P. JOURDAIN, *op. cit.* p. 3.

[1137] Sans possibilité pour les victimes de cumuler les responsabilités contractuelle et extracontractuelle si l'occasion se présentait. V. sur le principe de non-cumul M. BACACHE-GEIBLI, *op. cit.* p. 123 et s. L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile soumet toutefois les deux formes de responsabilités à un socle commun de règles (Zoom lexisnexis, « Responsabilité civile : Une réforme probablement historique », JCP G. 20 mars 2017, p. 300).

une obligation contractuelle. Cependant, une hypothèse pourrait nuancer un principe de rejet de la responsabilité contractuelle en la matière, et le cas d'un débiteur qui serait qualifié d'agent déraisonnable suscite une interrogation sur la nature de la responsabilité à envisager.

474. **Hypothèse de responsabilité contractuelle de l'agent déraisonnable.** La responsabilité contractuelle est généralement définie comme celle dont le dommage doit résulter de l'inexécution d'une obligation née du contrat[1138]. Parce que la volonté caractérise le contrat, elle imprègne la responsabilité contractuelle[1139]. L'hypothèse rejoint ainsi le cas où les parties ont prévu des clauses organisant l'abstention et le comportement de l'agent[1140], et qu'un manquement à ces stipulations est constaté. La responsabilité de l'agent déraisonnable est alors contractuelle.

475. **Hypothèse confuse des abstentions du débiteur.** Un débiteur peut s'abstenir d'exécuter son obligation parce qu'il dispose d'un délai pour satisfaire le créancier. En l'occurrence, il n'est pas obligé d'exécuter son obligation dès le point de départ du délai. S'il diffère quelque peu l'exécution dans le temps en s'abstenant, tant que le délai qui lui a été imparti par le contrat n'est pas écoulé, il n'est pas dans l'inexécution puisqu'il n'est pas en retard. Mieux, le débiteur qui a un délai pour exécuter et qui s'abstient au-delà de ce qui était raisonnable - étant donné que l'exécution ne présentait pas, par exemple, de difficulté particulière, ni de risque avéré pour lui et parce que le moment choisi pour l'exécution a causé un inconvénient extraordinaire au cocontractant destinataire de l'abstention - ne commet pas une inexécution mais un manquement au standard légal[1141] de l'agent raisonnable. Il engage donc sa responsabilité extracontractuelle.

Cependant un doute peut intervenir parfois, comme face au débiteur d'une obligation alternative qui diffère sa décision. Un débiteur peut en effet avoir le choix de la prestation à exécuter. Il s'agit des obligations alternatives, lesquelles sont consacrées par l'article 1307-1 du Code civil. Ce dernier dispose toutefois que le choix est encadré par un délai imparti. Ainsi, si le débiteur d'une obligation

[1138] P. JOURDAIN, *op. cit.* p. 33.
[1139] P. JOURDAIN, *op. cit.* p. 32.
[1140] *Cf Supra*.
[1141] Si un tel standard était entériné par la loi.

alternative diffère le choix de la prestation qu'il préfère exécuter au-delà du terme du délai raisonnable et qu'il opte, il doit notamment le faire en prévenant le créancier du choix opéré pour garantir la bonne fin de l'opération. À défaut, sa responsabilité pour manquement au standard de l'agent raisonnable peut être engagée. Cette responsabilité ne résulte pas d'une inexécution, elle est *a priori* extracontractuelle. Néanmoins, en application du nouvel article 1217 du Code civil, l'inexécution s'entend de l'engagement qui n'a pas été exécuté ou de celui qui l'a été imparfaitement. L'hypothèse de l'exécution imparfaite mérite donc quelques précisions. En effet, se pose alors la question de savoir si la tardiveté du choix de l'obligation à exécuter, entrainant la tardiveté de l'exécution, est à l'origine d'une exécution imparfaite susceptible d'engager la responsabilité contractuelle de l'agent. Le moment de l'exécution n'est pas toujours neutre au sein du délai prévu, notamment en considération du cours des matières premières et des titres ou de la saison[1142]. Cependant, le débiteur n'a pas dépassé le délai imparti. Il a respecté le contrat. Il doit d'ailleurs avoir le temps de faire un choix éclairé. L'agent a *a priori* satisfait le créancier. Par conséquent, le débiteur d'une obligation alternative ou d'une obligation enfermée dans un délai, a le choix de la prestation exécutée et du moment d'exécution au sein du délai. Si au-delà du délai raisonnable, il n'adopte pas le comportement de l'agent prévenant, c'est sa responsabilité extracontractuelle qui est encourue. Il convient enfin de préciser comment la responsabilité civile de l'agent déraisonnable sera mise en œuvre.

B. La mise en œuvre de la responsabilité civile de l'agent déraisonnable

476. **Conditions.** La mise en œuvre de la responsabilité civile, contractuelle ou extracontractuelle, nécessite la réunion de plusieurs éléments. En effet, il revient à la victime, ici un destinataire direct ou indirect de l'abstention, d'apporter la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux.

477. **La faute.** La faute est le fait générateur de la responsabilité[1143]. En l'occurrence, il s'agit d'un fait personnel, le manquement au standard de l'agent

[1142] CA Paris, 5ème ch. A, 22 sept. 1992, Mme Bourg c/ SA Gérard, D. 1992, I.R. 282.
[1143] M. BACACHE-GEIBLI, *op. cit.* p. 145 et s. *Adde* Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4ème éd. 2016, p. 195 et s. et N. DISSAUX, « Quelles réformes pour

raisonnable. Pour rappel, la faute peut intervenir dans trois situations[1144]. Premièrement, elle peut être le fait pour l'agent de ne pas avoir commencé à se comporter de manière raisonnable dès l'instant où le délai raisonnable a pris fin. En effet, il n'a pas su en déterminer le terme. Ainsi, un fournisseur qui commencerait à exercer par une mise en demeure son droit de créance, puis qui s'abstiendrait face à l'inexécution récurrente du débiteur pour finalement intenter une action en justice, sans entamer un dialogue avec celui-ci, serait susceptible d'engager sa responsabilité. En effet, à ne pas tenir compte des circonstances passées, une relation ancienne, et présentes, des difficultés financières pour son contractant et une trésorerie suffisante de son côté, le fournisseur n'a pas pris conscience que le terme du délai raisonnable s'était déjà produit. Il n'a pas anticipé le fait que les circonstances influaient sur la durée du délai raisonnable. Ce faisant, le standard de l'agent raisonnable lui imposait de s'abstenir un peu plus ou du moins de négocier.

Deuxièmement, la faute peut recouvrer le fait de s'être abstenu et d'être sorti de l'abstention après le terme du délai raisonnable sans prévenance, de manière déraisonnable eu égard aux circonstances. Par exemple, engage sa responsabilité, le créancier qui s'est abstenu de réclamer le paiement et envoie un huissier au débiteur sans relance préalable deux mois avant la prescription, alors que, compte tenu de leur relation commerciale établie, de l'amitié qui s'était installée entre les deux contractants et de l'accroissement de la somme par les intérêts, le terme du délai raisonnable marquant le point de départ de l'exigence d'un comportement raisonnable pour l'agent était dépassé. L'agent aurait donc dû respecter le standard de l'agent raisonnable.

Troisièmement, il peut s'agir du fait de continuer à s'abstenir après le délai raisonnable alors que les circonstances exigent que l'agent fasse part de sa décision. L'agent n'est pas raisonnable s'il continue de s'abstenir dans l'indifférence des inquiétudes dont lui ont fait part les destinataires. Le manquement doit de plus pouvoir lui être imputé.

---

la responsabilité civile ? », AJ Contrat 2017, p. 169, la faute est au centre de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile aboutissant à une véritable « moralisation » de la matière.

[1144] *Cf Supra* n° 471.

478. **Un préjudice et un lien de causalité.** En outre, un préjudice doit être démontré[1145]. Celui-ci doit être direct actuel et certain[1146]. Enfin, un lien de causalité[1147] est nécessaire entre le manquement de l'agent au comportement raisonnable et le dommage constaté. Ceci suppose une abstention avec un destinataire qui en a subi les inconvénients ordinaires, mais qui n'a pas à supporter les inconvénients extraordinaires résultant d'un comportement répréhensible de l'agent après le délai raisonnable. De fait, le préjudice peut être un préjudice patrimonial ou extrapatrimonial, mais seuls les inconvénients extraordinaires pourront être réparés[1148]. L'appréciation devra se concentrer sur ces derniers.

479. **Conséquences.** Lorsque les conditions sont réunies, la victime obtient réparation, laquelle prend la forme de dommages-intérêts compensatoires. Cette indemnisation a pour objet le préjudice subi du fait du manquement au standard de l'agent raisonnable. Le montant des dommages-intérêts est déterminé par le juge qui peut toutefois le minorer en considération d'une cause d'exonération de responsabilité, tel le manque de responsabilisation du destinataire qui se plaint[1149].

Cela amène toutefois à s'arrêter un instant sur le créancier cautionné. Le comportement de ce dernier est particulièrement encadré et le juge n'est pas toujours tolérant. Il n'hésite pas en la matière à remplacer une faculté du créancier par une obligation[1150]. Il convient plutôt de lui appliquer l'encadrement comportemental de l'agent avec le délai raisonnable et le standard de l'agent raisonnable. Cependant, est-ce à dire que les sanctions spécifiques prévues ne s'appliquent plus ? Cette problématique concerne le problème d'articulation des sanctions entre elles.

480. **Articulation des sanctions.** L'article 2314 du Code civil prévoit la déchéance du cautionnement lorsque le créancier cautionné a, par son fait, privé la caution d'une subrogation utile dans ses droits préférentiels. S'il s'avère que le fait du

[1145] Ph. BRUN, *op. cit.* p. 119 et s. *Adde* art. 1245 avant-projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017.
[1146] Cass. civ. 24 nov. 1942, Gaz. Pal. 1943, I, 50. *Adde* Art. 1235 et 1236 avant-projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017. À noter qu'en matière contractuelle seul le dommage prévisible est susceptible d'être réparé.
[1147] Ph. BRUN, *op. cit.* p. 157 et s.
[1148] *Cf Supra*.
[1149] *Cf Infra*.
[1150] *Cf Supra* n° 326 et s.

créancier est une abstention, il convient de s'interroger afin de savoir si la caution pourrait demander au juge la déchéance du cautionnement et des dommages-intérêts sur le fondement d'un manquement au standard de l'agent raisonnable. L'hypothèse renvoie à un créancier qui actionne la caution mais qui, par exemple, s'était abstenu de renouveler l'inscription du nantissement qu'il avait pourtant pris soin de prendre en complément du cautionnement. Suite à la défaillance du débiteur principal, il met la caution en demeure de payer et l'assigne. En défense, la caution invoque alors la privation du bénéfice de subrogation du fait du créancier pour se libérer à proportion du préjudice subi et un manquement du créancier au standard de l'agent raisonnable. L'abstention porte ici sur le renouvellement de l'inscription du nantissement consenti par le débiteur principal au créancier. L'inscription initiale dure cinq ans à l'issue desquels, elle doit être renouvelée dans les mêmes formes que l'inscription provisoire, sans quoi le greffier du tribunal de commerce procède à sa radiation d'office. L'agent qui s'est abstenu jusqu'au terme du délai imparti ne peut plus bénéficier de son droit préférentiel. De fait, à partir du terme du délai raisonnable du délai imparti pour renouveler l'inscription, était-il conforme au standard de l'agent raisonnable de poursuivre l'abstention ? S'abstenir d'inscrire à nouveau le nantissement peut notamment résulter d'une volonté de ne pas engager des coûts supplémentaires de garantie. Cette absence de renouvellement est bénéfique pour le débiteur dans le sens où son crédit est rehaussé. En outre, l'agent, en ayant poursuivi son abstention jusqu'à la radiation, a conservé un comportement stable à l'égard du débiteur principal, destinataire direct de l'abstention. Toutefois, cette économie se produit au détriment d'autrui, la caution en l'occurrence. Ce qui est déraisonnable, ce n'est pas la poursuite de l'abstention, c'est l'activation de la caution dans des conditions qui lui sont défavorables. Néanmoins, le cumul de sanction entre la déchéance de l'article 2314 du Code civil et la responsabilité civile de l'agent ne se justifie pas parce que la déchéance à proportion du préjudice subi répare déjà ce dernier. En effet, permettre à la caution d'obtenir la déchéance du cautionnement à proportion du préjudice subi et des dommages-intérêts correspondrait à une double peine pour le créancier qui se détournerait de cette sûreté. La caution bénéficierait en effet dans la plupart des cas d'une libération totale, voire du paiement d'une somme allouée en guise de dommages-intérêts renversant complètement le rapport créancier-débiteur de départ. La caution bénéficie de suffisamment de moyens de

défense efficaces sans ajouter une lourdeur au système, laquelle amoindrirait de surcroît l'encadrement de l'abstention. Seul l'article 2314 du Code civil s'applique donc à ce genre d'hypothèse. Il faut par conséquent en déduire que, lorsqu'une règle particulière est prévue et permet une solution adéquate, il n'est pas utile de déclencher la responsabilité civile de l'agent.

De même, les manquements postérieurs au délai imparti ne sont pas à relever parce que ce terme engendre un effet définitif qui absout l'abstention antérieure. La solution inverse créerait de l'insécurité juridique et priverait d'effet les limites temporelles à l'abstention qui ont vocation à mettre un point final à la situation. Il peut être utile de clarifier cela par un exemple. Un fournisseur qui demande le paiement de marchandises au-delà du délai imparti se verra certainement opposer la prescription rendant l'invocation d'un manquement à l'agent raisonnable superfétatoire pour être libéré. Pire, ce serait un moyen de s'enrichir et d'inciter à la spéculation sur l'abstention du créancier. L'appel à la responsabilisation des destinataires de l'abstention serait donc vain. L'action de l'agent n'est pas tardive, elle est constitutive d'un retard qui est accueilli par une fin de non-recevoir préconisant l'oubli et le pardon. Cela s'applique aussi à la maladresse de celui qui agit trop tard et qui en subit déjà les conséquences. L'application du standard reste donc cantonnée à la deuxième phase du délai imparti, le délai restant.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

481. **Un standard spécifique.** Le titulaire de la prérogative « a un pouvoir d'appréciation quant à la manière dont il l'exerce. Mais (…) il ne peut [l]'exercer d'une façon déraisonnable, car ce qui est déraisonnable n'est pas de droit »[1151]. Il faut l'admettre et sanctionner l'agent déraisonnable par la mise en œuvre de sa responsabilité civile.

Le standard de l'agent raisonnable a ainsi été élaboré dans le respect d'une recherche d'un équilibre entre la sécurité juridique nécessaire et la flexibilité indispensable à la liberté. Cela a conduit à un standard associant passé, présent et futur et dont le cœur se compose de trois grandes règles :

- S'efforcer d'avoir une analyse raisonnée des circonstances pour déterminer le terme du délai raisonnable ;
- Ne pas être trop impatient mais être diligent ;
- Agir avec méthode sans lenteur inutile ni précipitation hasardeuse jusqu'au terme du délai imparti.

482. **Des standards pouvant être contractualisés.** Les parties peuvent prévoir les conséquences de leur abstention et préciser leurs attentes quant aux standards du délai raisonnable et de l'agent raisonnable. Cela leur permet de gagner en sécurité juridique en guidant le juge dans son appréciation en cas de litige, et de surcroît à rendre prévisibles les attentes des cocontractants entre eux dans leur qualité d'agent et de destinataire de l'abstention.

483. **Cas du créancier.** En pratique, ce standard s'applique à tous les titulaires de prérogatives. En conséquence, proposer un outil unique, malgré la diversité des prérogatives, s'inscrit dans un mouvement de simplification de l'accès à la loi, sans nier la particularité de chaque cas. En effet, le juge appréciera les circonstances et la nature de la prérogative et la complexité de son exercice seront pris en compte. Deux cadres d'appréciation se sont toutefois dessinés, le cadre procédural et le cadre contractuel, précision faite que ces deux cadres se

[1151] C. PERELMAN, *op. cit.* p. 19.

rencontrent parfois dans une même situation. C'est notamment le cas d'un créancier contractuel qui agit en justice après s'être abstenu. Le créancier a la double qualité de contractant et de demandeur.

Ce cas est particulièrement intéressant par toutes les possibilités qu'il recouvre et compte tenu du rôle du créancier dans la société. Est-ce pour autant un agent si différent ? Il ne le semble pas. Mieux, la proposition présentée s'est appuyée sur l'analyse de nombreux cas où l'agent était un créancier. Il ne faut donc pas accentuer la sévérité de l'appréciation sur cet unique critère.

CONCLUSION DU TITRE I

484. **Un dispositif uniformisé et flexible.** L'étude a ainsi pu apporter une réponse à la question de savoir quelles règles l'agent devait respecter pour réduire l'impact de son abstention sur autrui. Certes le dispositif proposé lui est imposé, mais il est uniformisé et prévisible. Cela garantit le plus de sécurité juridique possible, même s'il faut reconnaître que, paradoxalement, pour cela, ont été utilisés des standards, outils juridiques pourtant reconnus pour leur flexibilité et leur largesse d'interprétation pas toujours sécurisantes[1152]. Cela permet malgré tout d'être au plus près de l'abstention en cause, compte tenu de son équivocité. La casuistique générée a alors pour but de déterminer la juste mesure et non, seulement, une juste mesure[1153]. Elle s'oppose à la généralisation, image abstraite que l'on modélise selon le cas concret.

485. **Des standards complémentaires.** Mieux, la complémentarité des deux standards, l'un temporel, l'autre de comportement, permet un encadrement clair de leur finalité limitant le risque d'une interprétation trop sévère ou trop extensive. De surcroît, leur définition et leur possible organisation par les protagonistes permettent une visibilité certaine, réduisant ainsi l'insécurité juridique. Cette solution est efficace, malgré le paradoxe soulevé, parce que la règle floue tend davantage à un résultat qu'à une application rigoureuse et immédiate[1154].

486. **Une responsabilisation spécifique à l'agent.** L'agent n'a, il est vrai, pas toujours conscience de tous les risques qu'il prend en s'abstenant, notamment en ce qui concerne le risque d'agir ensuite en retard. L'intention porte plus sur le fait de guetter le moment le plus opportun, donc le fait d'attendre que les événements soient plus visibles, pour prendre la décision qui ménagera au mieux ses intérêts. Toutefois, en n'attendant pas pour accomplir leurs diligences, les parties au procès

[1152] Cela est en effet critiqué parce qu'il s'agit « de contrôler les ressorts internes » de l'agent mais pour Fr. CHÉNEDÉ ces critiques ne sont pas légitimes. V. Fr. CHÉNEDÉ, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles 1 », RDC, 2011, n° 2, p. 709.

[1153] J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », *in* Chr. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99.

[1154] D. PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », Les Cahiers de droit, vol. 30, n° 1, 1989, p. 137-187. http://id.erudit.org/iderudit/042939ar.

peuvent accélérer l'instance[1155]. Elles ont néanmoins, aussi la faculté « de la ralentir ou au moins de ne pas lui imprimer un rythme rapide »[1156].

Finalement, que le titulaire de la prérogative agisse vite ou s'abstienne pour mieux agir ensuite ou renoncer sans regret, il anticipe les effets à venir dans le but de préserver ses intérêts. Il semble alors raisonnable qu'il anticipe les conséquences communément prévisibles sur autrui afin de les limiter. L'anticipation est en effet le procédé le plus sûr de « se dresser contre le temps », ou du moins d'en « minimiser l'étendue »[1157]. Elle représente un élément essentiel de la responsabilisation. Cette dernière met le titulaire de la prérogative en mesure de se protéger en grande partie par lui-même. Cela s'inscrit de manière cohérente avec la part d'égoïsme dont il est libre de faire preuve. Les règles proposées à l'égard de l'agent sont bien celles de l'abstention et non de l'oubli, puisqu'il serait difficile de demander à quelqu'un de mettre un terme à son oubli. En effet, celui qui oublie ne sait pas encore qu'il oublie.

487. **Importance des circonstances.** Les circonstances sont d'une importance capitale. Elles représentent les particularités, éléments secondaires qui accompagnent, entourent, conditionnent ou déterminent un fait principal[1158]. En conséquence, l'agent doit prendre en considération ce qui l'entoure pour être en mesure d'adapter son comportement.

488. **Conséquence sur la bonne foi.** Mieux, la bonne foi a une intensité qui évolue en fonction des circonstances. Le moment examiné en est une et non des moindres. C'est pourquoi elle est appréciée différemment pendant le délai raisonnable et pendant le laps de temps compris entre le terme du délai raisonnable et le terme du délai imparti. Un doute peut germer quant à ce qui justifie le fait de laisser aux circonstances autant de poids. Il convient toutefois de se rappeler que le Droit

[1155] D. CHOLET, *op. cit.* p. 161, n° 180.
[1156] D. CHOLET, *op. cit.* p. 166, n° 187.
[1157] F. PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Préf. Chr. ATIAS, PUAM, Institut de Droit des Affaires, 2011, 245, n° 378.
[1158] Cnrtl, http://www.cnrtl.fr/, v. « circonstance ».

jaillit des faits, selon l'adage *ius ex facto oritur*[1159], et que le réalisme ainsi exercé permet de s'opposer à l'utopisme[1160].

489. **Le recours au raisonnable.** Aussi, le raisonnable a-t-il été choisi parce qu'il s'agit d'une méthode pertinente et réaliste pour apprécier un comportement dans le temps.

Effectivement, le titulaire du droit, pour mettre en œuvre utilement son pouvoir de contrainte à l'égard d'autrui, doit se résoudre à respecter le délai imparti qui lui est imposé. Cela suppose donc de connaître sa durée et ses frontières, soit son point de départ et le moment de son extinction, ce qui, on l'a vu avec le délai de prescription, n'est pas si évident. L'outil juridique qui lui est offert à cette fin est la loi codifiée, accessible sur Internet. Les personnes concernées peuvent doubler leur lecture de la tenue rigoureuse d'un agenda qui facilite l'application pratique des textes théoriques. Il n'en demeure pas moins que la gestion du temps juridique est un exercice complexe. Néanmoins, selon le célèbre adage, « nul n'est censé ignorer la loi ». Mieux, il apparaît possible de lui adjoindre le précepte selon lequel « nul n'est censé ignorer le laps de temps adéquat pour exercer raisonnablement sa prérogative ».

De plus, le recours au « raisonnable » est « une passerelle entre le système romaniste et la Common Law »[1161], favorisant son attractivité voire sa longévité. Enfin, le « raisonnable » permet de ne pas faire supporter à l'agent le poids de l'irresponsabilité des destinataires, ce qui serait déraisonnable. Mieux, la recherche d'un compromis aboutit *a fortiori*, et concomitamment à la responsabilisation de l'auteur de l'abstention, à la responsabilisation d'autrui. Cette responsabilisation est possible et proportionnée parce que l'auteur de l'abstention doit respecter la liberté qui lui est offerte dans sa finalité et sa durée en adoptant le comportement de l'agent raisonnable, et qu'à défaut sa responsabilité est susceptible d'être engagée. Aussi la responsabilité du destinataire de l'abstention est la principale cause exonératoire de la responsabilité de l'agent déraisonnable.

[1159] V. par ex J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », *in* Chr. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99.

[1160] Tendance au réalisme D. MAZEAUD, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », LPA, 6 mai 1998, n° 54, p. 8.

[1161] Commissions pour le droit européen du contrat, *Principes du droit européen du contrat*, version fr. G. ROUHETTE (dir.), Société de Législation Comparée, 2003, p. 22.

TITRE II :

LA RESPONSABILISATION DES DESTINATAIRES DE L'ABSTENTION

TITRE II : LA RESPONSABILISATION DES DESTINATAIRES DE L'ABSTENTION

490. **Questionnement sur l'impuissance du destinataire de l'abstention.** Il importe à présent de s'interroger sur le rôle du destinataire de l'abstention dans l'avènement des conséquences qu'il subit et sur l'encadrement de celles-ci. Effectivement, à croire le destinataire de l'abstention, il serait réduit à l'impuissance en attendant la prise de position du titulaire de la prérogative. Il justifie alors ses croyances, voire son anticipation malicieuse, par son impuissance. Les fondements de cette défense méritent d'être vérifiés. Apporter un éclairage sur ce point demande alors de répondre principalement à deux questions, à savoir « le destinataire de l'abstention est-il toujours impuissant face aux conséquences de l'abstention ? » et, que la réponse à cette première interrogation soit positive ou négative, « n'existerait-il pas des moyens pour rendre son impuissance moins forte et pour mesurer ses croyances ? ».

491. **Questionnement sur la bonne foi du destinataire de l'abstention.** Il est vrai qu'en général, le destinataire de l'abstention spécule sur une éventuelle lassitude de l'agent pour ensuite se plaindre des conséquences de l'abstention au moment même où l'agent fait part de la décision finalement prise, et sort *ipso facto* de l'abstention. Aussi, peut-on vraiment dire que le destinataire de l'abstention est de bonne foi parce qu'il serait incapable de déceler l'inconvénient, pour lui, de l'absence de mise en œuvre, dans la durée, d'une action du titulaire de la prérogative pour jouir de cette dernière ou pour mettre un terme à la situation ? En effet, il semble essentiel de savoir jusqu'où les destinataires directs et indirects de l'abstention sont de bonne foi en se reposant sur la passivité du titulaire du droit pour justifier la leur.

492. **Le rôle d'autrui sur la durée de l'abstention.** Il est certain que l'abstention a des effets pervers pour lui mais il faut se demander s'il ne pourrait pas s'en prémunir en faisant preuve de spontanéité. En matière contractuelle, par exemple, l'obligation de bonne foi oblige le débiteur à avoir un comportement actif afin que

son partenaire obtienne ce qu'il attendait du contrat[1162]. Cela sécurise le principe de la force obligatoire du contrat. Certes, le débiteur, en tant que partie défaillante, profite de l'abstention du créancier, mais sa conscience devrait lui imposer de satisfaire tôt ou tard son engagement. Il ne peut dès lors pas faire valoir la tolérance des créanciers pour s'estimer de bonne foi[1163]. Mieux, dans l'hypothèse où le créancier fait preuve de patience, certains auteurs mettent en avant que cette attitude aurait pour but l'exécution spontanée du débiteur sans besoin pour le créancier d'agir ou de solliciter une sanction[1164]. Ceci vise à démontrer le caractère bilatéral de la bonne foi et en particulier du devoir de coopération qui la compose. Un auteur rend clairement compte du caractère logique de la responsabilisation du destinataire de l'abstention, en l'occurrence un débiteur, en des termes qui n'appellent pas de contestation « si le débiteur souffre de la passivité du créancier, il n'a qu'à le payer »[1165]. Ceci est d'autant plus important qu'il existe un risque d'aggravation des conséquences de l'abstention dans le temps. Se plaindre est beaucoup moins efficace qu'exécuter, faire, ou que rechercher une solution spontanément. Dès lors, le destinataire de l'abstention ne peut s'en prendre qu'à lui-même si cette situation dure. Certains juges l'ont compris.

493. **Le rôle d'autrui retenu par les juges.** Quelques décisions soulèvent le fait que le destinataire de l'abstention confronté à une passivité équivoque et à l'évolution incertaine de l'abstention du titulaire de la prérogative, profite parfois de cette dernière pour rester lui aussi passif durant un certain temps. Deux décisions peuvent ainsi être analysées à titre d'exemple, à savoir un arrêt du 17 décembre 2003 de la Cour de cassation[1166] et un arrêt du 18 novembre 2008 de la Cour d'appel de Nîmes[1167]. Concernant, tout d'abord, l'arrêt de 2003 de la Haute juridiction, il est intéressant de noter que si le pourvoi s'appuie sur un manquement du titulaire de la prérogative quant au temps utile, les juges retiennent que l'abstention du créancier n'est pas l'unique cause de l'augmentation du montant de la dette. En l'espèce, le débiteur et l'administrateur ont poursuivi le contrat de

[1162] V.- D. DO, *op. cit*. p. 191.
[1163] CA Rennes, 7ème ch. 14 janv. 2009, n° 07/03317.
[1164] L. GAUDIN, *op. cit*. p. 296.
[1165] M. MIGNOT, « La proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile : une nouvelle application du droit de ne pas payer ses dettes ? », LPA, 26 février 2008 n° 41, p. 6.
[1166] Cass. 3ème civ. 17 déc. 2003, n° 00-12140, inédit.
[1167] CA Nîmes, 1ère civ. 18 nov. 2008, n° 06/03066.

crédit-bail en se gardant bien d'évoquer l'hypothèse souhaitable de sa fin. L'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes, ensuite, marque une petite évolution en ce qu'il est plus direct dans la mise en cause du destinataire de l'abstention. En l'espèce, il était reproché à une banque d'avoir engagé l'action en recouvrement de la dette six ans après la mise en demeure sans aucune démarche auprès du gérant de la SCI débitrice. L'abstention de la banque s'est suivie d'une attitude intransigeante de celle-ci en refusant toute remise des intérêts contractuels. Pour la Cour d'appel, qui confirme la décision du tribunal, la banque a rempli ses obligations de délivrance des fonds empruntés et a régulièrement notifié la déchéance du prêt au titre duquel aucune somme n'a été réglée, ni par la société emprunteuse, ni par la caution, et ce même en cours de procédure. Les juges rappellent que pendant six années après la déchéance du terme, aucune proposition de paiement, ni aucune offre, n'ont été présentées à la banque alors que le principal de la dette n'était pas contesté et qu'aucune faute ou abus de droit de la banque, à l'origine de l'absence du règlement de la dette, n'est démontré. Aussi, la Cour souligne-t-elle le fait que « les débiteurs étant responsables de leur carence de paiement ; (…) ils n'ont pas été empêchés de solder leur dette par la banque qui a fait connaître le montant des sommes dues dès la déchéance du terme ». Les tournures employées sont claires. Les juges dénoncent la passivité comme réponse à l'inaction. La décision démontre la reconnaissance du rôle des destinataires de l'abstention dans l'avènement des conséquences subies et l'affirmation de leur part de responsabilité dans une volonté de responsabilisation d'autrui.

494. **Une responsabilisation à affirmer.** Cependant, les décisions en la matière ne sont pas uniformes. C'est la raison pour laquelle un auteur dénonce « la déficience de la responsabilisation »[1168]. Pourtant, la responsabilisation d'autrui protègerait ce dernier efficacement. C'est un enjeu majeur pour résoudre la problématique de l'abstention. Ainsi, faire de la responsabilisation des destinataires de l'abstention une cause d'exonération partielle de la responsabilité de l'agent est nécessaire afin de ne pas limiter inutilement la liberté d'abstention et de montrer à celui qui se plaint qu'il n'a lui non plus pris aucune initiative.

[1168] V. not. sur la déficience de la responsabilisation de l'emprunteur, V. LEGRAND, « La nouvelle philosophie du crédit renouvelable », Gaz. Pal. 25 juin 2011, n° 176, p. 12.

495. **Doctrines subjectiviste et objectiviste.** L'agent, même déraisonnable, n'a pas à supporter toute la responsabilité du préjudice des destinataires de l'abstention lorsque ces derniers avaient les moyens de limiter leur préjudice. La répartition de la charge définitive de la réparation ne doit peser que sur les fautifs, mais sur tous les fautifs. Voilà comment peut être présentée la doctrine subjectiviste adoptée par l'avant-projet de réforme[1169]. Cette thèse s'oppose à la doctrine objectiviste, moins moraliste[1170], qui pose le critère de l'intensité causale des différents faits générateurs de responsabilité pour définir la charge définitive du dommage de chaque responsable. C'est à ce dernier courant qu'il convient de se rallier. En effet, donner trop d'importance à la faute risque d'avoir pour conséquence de limiter excessivement la liberté d'abstention du destinataire ou de réduire de manière drastique les hypothèses où le destinataire d'une abstention ayant contribué au dommage est responsabilisé. Des outils juridiques visent en effet à lui donner les moyens de se prémunir contre les conséquences de l'abstention et contre les effets d'une abstention se soldant par une action. S'il est vrai que la prise de décision après une abstention est libre, il paraît toutefois évident qu'autrui puisse défendre ses intérêts. La question est moindre lorsque l'abstention prend fin par une renonciation du titulaire de la prérogative parce qu'en principe, cette décision va dans le sens de ce qu'autrui voulait : que l'agent ne revendique plus les avantages de sa prérogative. Il convient ainsi d'identifier les fondements d'une telle responsabilisation (Chapitre I), pour être, ensuite, en mesure de voir comment, et par quels moyens, cette responsabilisation s'organise. Il existe effectivement des outils (Chapitre II) à opposer au destinataire de l'abstention qui sont spécifiques et à sa libre disposition.

[1169] Avant-projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 par le Garde des sceaux J.-J. URVOAS.
[1170] J. LAGOUTTE, « La faute dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », Resp. civ. et assur. fév. 2017, n° 2, étude 2.

CHAPITRE I :

LES FONDEMENTS

496. **Une responsabilisation à revendiquer.** Le destinataire de l'abstention doit se responsabiliser. Il doit effectivement prendre conscience de « la dynamique du système dans lequel il [s'] insère »[1171]. Par exemple, il en va de sa propre vigilance de s'assurer qu'il ne s'endette pas inutilement[1172]. De plus, suite aux questions précédemment posées, il faut comprendre que si le destinataire de l'abstention ne réagit pas aux conséquences de celle-ci intentionnellement alors qu'il en a les moyens, il commet lui aussi une abstention. Il répondrait donc parfois à l'abstention par l'abstention, cercle *a priori* stérile en solution. Cela revient finalement à préconiser aux destinataires de l'abstention un certain comportement. Il reste alors à déterminer sur quel fondement il serait possible d'appuyer cette responsabilisation.

497. **Classification des fondements.** Différents fondements ont pu être recensés. Ils pourraient être classés selon leur nature. Certains relèvent ainsi plus de la morale, comme le bon sens et le sens de l'honneur, tandis que d'autres sont véritablement juridiques. Néanmoins, et bien que le bon sens et l'honneur ne doivent pas être négligés quant à leurs incidences économiques et juridiques[1173], seuls les fondements juridiques seront développés ci-après. Ces derniers sont à scinder en deux en fonction de leur origine. Ainsi, certains fondements à la responsabilisation du destinataire de l'abstention proviennent au Droit positif interne (Section I) tandis que d'autres sont d'origine étrangère (Section II) et n'ont pas forcément tous été encore adoptés par le Droit positif.

[1171] D. BOURCIER, G. KOUBI, « Responsabilisation des décideurs et système d'information : un nouveau critère de performance ? », AJDA 1999, p. 3.
[1172] S. TISSEYRE, *op. cit.* p. 126, n° 148.
[1173] B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, Préf. J. FOYER, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 234, 1995.

Section I/ Les fondements internes

498. **Une responsabilisation conforme aux mouvances actuelles du Droit.** Le Droit prévoit des mécanismes de protection et une responsabilité renforcée du fort, du professionnel, de l'averti face à celui qu'il considère plus faible, tel un consommateur ou un profane, parce qu'il existe entre eux un déséquilibre qu'il s'efforce constamment de rétablir[1174]. La responsabilisation se produit à un degré moins fort et davantage dans un souci de prévention tandis que la responsabilité intervient, elle, suite à une faute avérée. La responsabilisation s'inscrit ainsi dans une démarche éthique de limitation des conséquences nuisibles pouvant être évitées. Est-ce à dire qu'il faut aller jusqu'à engager la responsabilité de celui qui ne s'est pas suffisamment responsabilisé ? La réponse ne peut qu'être affirmative pour garantir l'efficacité des systèmes de responsabilisation. Ainsi, le destinataire d'une abstention, bien que subissant le temps et demeurant dans l'incertitude, a les moyens juridiques de contrebalancer le déséquilibre créé par l'abstention du titulaire de la prérogative. Sa responsabilisation est donc importante pour que ces moyens produisent leurs effets. D'ailleurs, la responsabilisation est de rigueur aujourd'hui. Pour preuve, le rôle du débiteur dans la déclaration de créance a été encouragé et accru avec l'ordonnance du 12 mars 2014[1175]. En effet, le débiteur a dorénavant le pouvoir de déclarer une créance au nom et pour le compte du créancier grâce à la présomption intégrée à l'article L. 622-24 du Code de commerce. Il est donc responsabilisé, d'autant plus que l'article R. 622-25 du même Code dispose que si en principe « les frais de l'instance en relevé de forclusion sont supportés par le créancier défaillant », le juge peut toutefois décider que « les frais seront supportés par le débiteur qui n'a pas mentionné la créance sur la liste prévue par l'article L. 622-6 ou n'a pas porté utilement cette créance à la connaissance du mandataire judiciaire dans le délai prévu par l'article R. 622-24 ».

[1174] V. not. Devoir de mise en garde du banquier face à l'emprunteur et la caution profanes ; Art. 1171 C. civ. sur les clauses abusives d'un contrat d'adhésion ; règles protectrices du Droit de la consommation.

[1175] Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives prise en vertu de l'article 2 de la loi n° 2014-1 du 2 janv. 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, *J.O.* 14 mars 2014, application à compter du 1er juill. 2014.

499. **Des fondements issus du Droit des obligations et du Droit des contrats.** Un des fondements à une telle responsabilisation est sans doute à trouver dans le contrat unissant le débiteur à son créancier. Les règles contractuelles s'imposent donc comme terre privilégiée de la base juridique sur laquelle appuyer la responsabilisation. Cependant, il importe de noter que trouver les fondements de la responsabilisation d'autrui dans la sphère contractuelle ne signifie pas que cette responsabilisation ne s'opère que lorsque l'abstention se produit dans un environnement contractuel. C'est pourquoi la recherche des fondements a porté ses fruits. En effet, la philosophie des principes de la force obligatoire du contrat (§1) et de la bonne foi (§2) est étendue.

§1) La force obligatoire du contrat

500. **Un fondement en deux temps.** Une personne ne peut pas se prévaloir de n'importe quelle excuse pour échapper à ses obligations. En cela, le Droit veut marquer le poids de sa responsabilité. Principe universel[1176], la force obligatoire du contrat est ainsi contenue dans l'article 1103 du Code civil - ancien article 1134 alinéa premier - mais est aussi développée dans une sous-section du Code civil[1177] liée aux effets du contrat intitulée « force obligatoire ». Elle montre la volonté du législateur de responsabiliser les parties au contrat et, plus globalement, de tous les individus. Le rôle du juge est ensuite de déterminer la partie responsable ou de répartir les torts. En conséquence, chaque partie a tout intérêt à être irréprochable sous peine de voir son propre préjudice lui être en partie imputé. La force obligatoire tend d'ailleurs à faire de l'exécution de ses obligations un principe prioritaire (A). La violation de la force obligatoire ne signifie pas pour autant que le responsable ne puisse jamais bénéficier de causes exonératoires (B), mais, elle s'oppose à ce que la victime invoque son statut comme un bouclier contre toute forme de critique.

[1176] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, lextenso, Defrénois, Droit civil, 8ème éd. 2016, p. 249, n° 451.
[1177] Art. 1193 à 1195 C. civ.

A. L'exécution de ses obligations, un principe prioritaire

501. **Un fondement attaché à la dignité de l'Homme.** La responsabilisation est inhérente à la force obligatoire du contrat. D'éminents auteurs tels que Messieurs les Professeurs MALAURIE, AYNÈS et STOFFEL-MUNK expliquent en effet que « la dignité de l'homme tient précisément à l'exercice de sa volonté dans l'engagement envers autrui »[1178]. Aussi le contractant doit-il s'exécuter. Il en va de sa dignité. Mieux, pour que cette dignité soit parfaitement préservée et reconnue sans ambiguïté, le débiteur a tout intérêt à s'acquitter de ses obligations au plus tôt. Sa responsabilisation intervient donc aussi sur le moment du paiement. L'article 1342 alinéa 2 du nouveau Code civil dispose ainsi que le paiement « doit être fait sitôt que la dette devient exigible ».

502. **Un fondement basé sur l'honneur.** En fait, la force obligatoire découle originellement du sens de l'honneur qui devrait appartenir à chaque individu[1179]. Il s'agit du sentiment de devoir, du sentiment de responsabilité du fait d'être responsable, quant à l'exécution de ses engagements quels qu'ils soient. C'est une loi entre soi et soi, qui concerne le regard porté sur soi-même et celui souhaité sur soi par les autres. Ceci n'est pas sans intérêt et l'éthique et la déontologie[1180] se nourrissent de ce sentiment. L'expression « honorer ses engagements » n'est donc pas neutre. Le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations propose alors de renverser le principe de quérabilité du paiement lorsque l'obligation porte sur une somme d'argent. L'article 1321-4 du projet dispose effectivement qu' « à défaut d'une autre désignation par la loi, le juge ou le contrat, le lieu du paiement de l'obligation de somme d'argent est le domicile du créancier ». L'ordonnance du 10 février 2016 a entériné cela à l'article 1343-4 du Code civil. La portabilité devient la règle en la matière et la quérabilité l'exception. Poser un tel principe participe sans conteste à responsabiliser le débiteur. Néanmoins, cela ne signifie pas que tous les débiteurs s'exécuteront. Aussi la nécessité pour le créancier de demander, de réclamer, de mettre en demeure dans les faits n'est-elle pas remise en

[1178] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *op. cit.* p. 252, n° 456.
[1179] « dès lors que le droit reprend la place éminente que les juristes romains lui accordaient en transcendance de la loi, l'accord [entre le droit et l'honneur] est possible car c'est aux mêmes sources qu'ils s'abreuvent » B. BEIGNIER, *op. cit.* p. 618.
[1180] L. AYNÈS, « Vers une déontologie du contrat », Conférence Cass. 11 mai 2006, https://www.courdecassation.fr/IMG/File/deontologie_contrat_11_05_06_aynes.pdf.

cause, d'autant qu'il ne s'agit pas d'une règle d'ordre public et que la quérabilité du paiement demeure pour les obligations autres que celles de sommes d'argent. La réflexion sur l'abstention conserve donc toute sa place.

Mieux, la portabilité du paiement incitera le créancier à s'abstenir puisque son attente est légalement prévue. Être trop intempestif s'avèrerait même plus fautif qu'auparavant. Le créancier doit par conséquent laisser au débiteur le temps d'arriver jusqu'à son domicile pour honorer sa dette, mais sans faire preuve d'un trop grand laxisme.

503. **Le caractère inexcusable de la quérabilité pour le débiteur destinataire d'une abstention.** Certes, il existe une distinction entre la force obligatoire du contrat et son contenu obligationnel[1181], mais parce qu'en principe l'Homme digne est un Homme à qui est reconnu son caractère responsable, il doit faire son maximum pour honorer ses engagements et ses devoirs tels qu'ils ont été définis. En conséquence, un contractant ne saurait se reposer, par exemple, sur le caractère quérable d'une créance pour éviter de procéder au paiement. La Cour de cassation a pourtant dû l'affirmer dans une décision du 24 novembre 2004[1182] où elle décide que « s'il n'est pas contestable que les loyers sont quérables et non portables, il n'en demeure pas moins que le locataire, auquel un commandement de payer a été délivré, ne peut arguer d'une éventuelle absence de réclamation antérieure du bailleur pour échapper à son obligation essentielle de s'acquitter effectivement du paiement des loyers ». Mieux, le débiteur ne peut pas échapper au paiement d'une dette même si celle-ci est quérable. En effet, le caractère quérable ne saurait effacer l'obligation du débiteur. Penser que l'on n'est plus tenu de remplir ses obligations lorsque le titulaire du pouvoir de contrainte reste inactif est donc une croyance illégitime. L'abstention n'éradique en effet pas le droit. Autrui est, dès lors, en tort lorsqu'il adresse des reproches fondés sur une croyance illégitime au titulaire du droit.

[1181] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p.771.
[1182] Cass. 3ème civ. 24 nov. 2004, nº 03-15087, Bull. civ. nº 208, p. 187, D. 2005, 12, obs. Y. ROUQUET ; JCP G. 2004, Act. nº 644 ; ibid. 2005, II, 10048, note G. KESSLER ; L.P.A. 2005, nº 52, p. 13, obs. S. RABY ; RTD civ. 2005, p. 779, note J. MESTRE et B. FAGES ; Contrats conc. consom. 2005, n° 3, p. 16, note L. LEVENEUR.

504. **Un fondement favorable au créancier, titulaire de la prérogative.** Le créancier est le bénéficiaire du pouvoir de la force obligatoire. Le projet TERRÉ rappelle cet axiome en ouvrant le titre « du régime des obligations » sur un chapitre intitulé « des droits du créancier ». Le principe de la force obligatoire comprend toutefois des atténuations notamment lorsque ce qui a été stipulé par les parties est contraire à l'ordre public, et le contrat peut subir le pouvoir modérateur du juge en application de l'article 1194 du Code civil, ancien article 1135[1183], en vue de sanctionner les clauses excessives voire abusives. Cela dit, n'importe quelle cause d'exonération ne saurait être acceptée. Le principe de la force obligatoire du contrat est un fondement d'autant plus sérieux que la Cour de cassation a reconnu la primauté de l'alinéa premier de l'ancien article 1134 sur le troisième alinéa abritant la bonne foi[1184]. Appliquée à la réforme du Code civil, cette solution signifie que l'article 1103 du Code civil nouveau prime sur l'article 1104 lequel a toutefois un caractère d'ordre public. Il n'est ainsi pas admis qu'il soit possible de se soustraire trop facilement à ses obligations. Que penser alors du surendettement et des procédures collectives qui organisent une certaine diminution du passif du débiteur voire son effacement complet. Un auteur invitait déjà en 1988 à « déculpabiliser l'inexécution » « parce qu'il ne faut pas y voir le signe d'une quelconque faute d'un débiteur négligent ou récalcitrant mais un risque dont il faut organiser le traitement »[1185].

En revanche, la possibilité pour l'auteur du dommage d'invoquer des causes exonératoires à sa responsabilité demeure, et a vocation à responsabiliser les différents camps.

B. Le fait de la victime et l'acceptation des risques

505. **Le fait de la victime.** Les parties ont tout intérêt à ce que les choses se passent bien, les effets attendus par chacune en dépendent. Le cas échéant, elles savent qu'il peut notamment être reproché certains des faits à la victime, par le concept du

[1183] Art. 1194 ord. 10 fév. 2016.
[1184] Cass. com. 10 juill. 2007, arrêt préc. V. aussi Cass. 3ème civ. 26 mars 2013, n° 12-14870, JurisData n° 2013-005806, Contrats conc. consom. 2013, n° 6, p 20, comm. 128, comm. L. LEVENEUR, « Limites du rôle correcteur de la bonne foi dans l'exécution du contrat » ; AJDI 2013, n° 11, p. 755, note Fr. PLANCKEEL ; Gaz. Pal. juill. 2013, p. 15, note D. HOUTCIEFF ; RTD civ. 2013, p. 606, note H. BARBIER ; RDC 2013, n° 3, p. 888, note Y.-M. LAITHIER.
[1185] J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », RTD civ. 1988, p. 481, spéc. p. 488.

« fait de la victime ». Le responsable a alors la charge de réparer le dommage occasionné.

La faute avérée de la victime est de nature à constituer une des causes du dommage. Le lien de causalité étant une condition de reconnaissance de la responsabilité[1186], le fait que la victime puisse être à l'origine du dommage ne peut pas rester neutre. Sa responsabilité peut donc être recherchée que la victime ait conscience ou non de la portée de ses actes[1187]. L'acceptation des risques est une des fautes pouvant se rencontrer en la matière.

506. **Le cas de l'acceptation des risques.** Le fait que la victime accepte certains risques emporte des conséquences. Cela signifie en effet que la victime a conscience de l'événement dommageable dont la survenance était certes incertaine, mais dont elle ne s'est pas prémunie. En spéculant ou en ne s'inquiétant pas de la passivité de l'agent, le destinataire de l'abstention prend un risque qu'il connaît. En effet, le débiteur dont le créancier ne s'est pas encore manifesté, mais dont la créance n'est pas prescrite, sait que la créance est due et que les intérêts continuent de courir jusqu'à complet paiement. De même, il a conscience des répercussions que pourrait avoir le fait de dépenser la somme due à une autre fin, en particulier si son créancier finit par intenter une action en justice. En revanche, la difficulté de la théorie de l'acceptation des risques réside dans le fait que connaître un risque n'équivaut pas *ipso facto* à l'accepter, d'où la délicatesse de détermination des risques effectivement acceptés[1188].

507. **Responsabilisation par la prévoyance.** Aussi, la prévoyance est-elle de mise. Les croyances fondées sur des probabilités ne sont pas le miroir de la certitude. La prévoyance consiste alors dans la gestion de l'incertitude qui est une « donnée fondamentale de l'activité humaine »[1189]. Au contraire de la prévoyance, les croyances adviennent de l'incertitude. « Prudence est mère de sûreté ! ». En effet, l'abstention n'a généralement pas pour but d'entrainer une réaction d'autrui. Mais, si celui-ci se manifeste, il pourra permettre la sauvegarde de ses intérêts. En

[1186] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *op. cit.* p. 55 et s. n° 88 et s.
[1187] Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Lexisnexis, manuel, 12ème éd. 2012, p. 555, n° 723.
[1188] S. REIFEGERSTE, *op. cit.* p. 161, n° 280.
[1189] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *op. cit.* p. 253, n° 457.

conséquence, si l'abstention ne sera pas sanctionnée en tant que telle, l'absence de prise en compte par l'agent des inquiétudes exprimées par le destinataire de l'abstention le sera, puisque cela est contraire à la bonne foi[1190]. Autrui a donc tout intérêt à se responsabiliser et à avoir le sens de l'honneur. Certes le degré du besoin de prévoyance, donc de sécurité, diffère selon les individus, mais exiger un minimum de chacun est raisonnable.

Ainsi, l'incertitude crée le risque auquel la prévoyance peut parer en tout ou partie, ou à défaut, autrui conserve tout le risque, mais l'agent n'a alors pas à couvrir les conséquences du risque pris par le destinataire de l'abstention. Est alors à rechercher la volonté d'autrui à régulariser sa situation. Il serait donc préférable, pour le responsabiliser, que ce dernier ne soit pas admis à se plaindre de toutes les conséquences de l'abstention lorsque lui-même est resté passif. Ceci se rapproche de la théorie des mains propres[1191]. Par conséquent, l'interprétation du juge et son appréciation[1192] des attentes du destinataire de l'abstention doivent s'appuyer sur un individu prévoyant qui pense loyalement. En effet, aux côtés de la force obligatoire[1193], et en tant que norme comportementale[1194], la bonne foi s'impose aussi comme fondement à la responsabilisation.

§2) La bonne foi

508. **Un fondement essentiel.** Recourir à la notion fondamentale qu'est la bonne foi est d'autant plus évident qu'elle s'impose de plus en plus quantitativement en Droit interne et dans les législations étrangères[1195]. Par conséquent, « d'inspiration morale, le principe de bonne foi est aujourd'hui de droit positif »[1196]. La bonne foi

[1190] Cass. civ. 3ème, 21 mars 2012, n° 11-14174, JurisData n° 2012-004884, Loyers et Copr. n° 6, juin 2012, comm. 163, comm. B. VIAL-PEDROLETTI, « Sanction de l'absence de régularisation annuelle des charges : l'article 1134 alinéa 3 du Code civil au secours du locataire » ; AJDI 2012, p. 153, note S. LE GAC-PECH « Le retour en grâce de la bonne foi : la régularisation déloyale et brutale équivaut au droit de ne pas payer ses charges » ; Gaz. Pal. juill. 2012, p. 18, note D. HOUTCIEFF ; RDC 2012, n° 3, p. 806, note O. DESHAYES ; Ibid. p. 763, chron. M.-Y. LAITHIER.

[1191] *Cf Infra* n° 531.

[1192] *Cf Infra* not. n° 600.

[1193] La bonne foi est le prolongement de la force obligatoire du contrat, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *op. cit.* p. 254, n° 458.

[1194] S. TISSEYRE, *op. cit.* p. 74, n° 62.

[1195] Elle est d'ailleurs reconnue en Droit du commerce international et dans les principes du Droit européen des contrats.

[1196] Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, fasc. « Bonne foi », Rép. dr. civ. janv. 2009, mis à j. sept. 2012, spéc. n ° 12.

suppose, en outre, un comportement loyal et coopératif[1197], il n'est donc pas surprenant qu'elle soit un fondement de la responsabilisation du destinataire de l'abstention.

509. **Une norme générale.** La responsabilisation d'autrui sur la base de l'article 1104 du Code civil n'est possible que lorsque l'abstention advient à l'occasion d'un contrat. La Cour de cassation a en effet refusé d'étendre la bonne foi de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil à une autre sphère que celle contractuelle[1198]. L'acception du principe de bonne foi dépasse toutefois le seul domaine contractuel. D'ailleurs, elle est apparue avant la notion de contrat[1199] et s'entend pour CORNU du « comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une obligation »[1200]. En employant l'adverbe « notamment » et en ne précisant pas la nature de l'obligation concernée, l'illustre auteur montre que la bonne foi n'est pas nécessairement relative à une obligation, contractuelle de surcroît. Cette vision est partagée notamment[1201] par Monsieur le Professeur MEKKI qui déclare que « la bonne foi se présente davantage comme un devoir général de comportement qui prend une coloration particulière en droit des contrats »[1202]. Mieux, le devoir de bonne foi se voyait élevé au rang de principe général par le projet de réforme du droit des obligations[1203].

[1197] *Cf Supra*.
[1198] *Cf Supra* n° 45.
[1199] B. JALUZOT, *op. cit.* p. 23, n° 57.
[1200] G. CORNU (dir), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « bonne foi ».
[1201] D'autres auteurs acquiesçaient déjà en faveur de cette thèse. D. MAZEAUD, « La bonne foi : en arrière toute ? », D. 2006, p. 761, spéc. n° 8 : « la bonne foi n'est pas une obligation, mais un devoir moral, une règle de conduite sociale, dont la nature contractuelle est, elle-même, sujette à caution » ; Ph. STOFFEL-MUNK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 337, Préf. R. BOUT, 2000, n° 126 : « la bonne foi manifeste une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extracontractuel ».
[1202] M. MEKKI, « La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 », http://www.mekki.fr/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mekki.pdf. *Adde* M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015, p. 816 La bonne foi est « une norme générale de conduite intensifiée par l'existence d'une relation contractuelle ».
[1203] M. MEKKI, art. préc. *Adde* D. MAZEAUD, « Doucement les basses! », JCP G. 6 avril 2015, édito, 389. L'ordonnance du 10 fév. 2016 ne donne pas une telle place à la bonne foi mais introduit le devoir de bonne foi dans des dispositions liminaires et lui confère expressément un statut d'ordre public.

510. **Un fondement à décomposer.** Les juges s'appuient également sur le devoir de loyauté qui doit animer tout un chacun dès lors qu'il a un rapport à autrui[1204] ou sur le devoir de collaboration[1205], et ce indépendamment de la bonne foi contractuelle. Le domaine de la loyauté a l'avantage d'être vaste puisqu'il est possible de relever la loyauté familiale, la loyauté entre concurrents, qui ne sont pas nécessairement cocontractants, ou la loyauté de la preuve[1206]. De plus, le rapport à autrui s'effectue en revêtant une certaine qualité, voire en considération d'une fonction[1207] ce qui emporte des conséquences notamment sur le degré de loyauté attendue.

Cependant, une épineuse question émerge alors. Est-ce la bonne foi qui est le fondement de la responsabilisation ou le devoir de loyauté et le devoir de coopération, pris indépendamment de la notion de bonne foi[1208], qui constituent les fondements à la responsabilisation ? Afin d'essayer de donner une réponse, il convient d'étudier le devoir de loyauté (A) et le devoir de coopération (B) séparément pour déterminer le fondement pertinent.

A. Le devoir de loyauté

511. **Définition.** « La loyauté est une qualité morale »[1209]. Voilà comment débute le dossier consacré à la loyauté par la revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Ainsi, le devoir de loyauté est *a fortiori* une notion

[1204] Construction prétorienne du devoir de loyauté du dirigeant social par les juges : arrêt *Vilgrain*, Cass. com. 27 fév. 1996, n° 94-11241, JurisData n° 1996-003972, D. 1996, p. 518, note Ph. MALAURIE ; JCP, 1996, II, n° 22665, comm. J. GHESTIN, et élargissement du devoir de loyauté du dirigeant de société envers l'entreprise : Cass. com. 24 fév. 1998, n° 96-12638, Ch. CORDIER-VASSEUR et C. DECOUX-LAROUDIE, « Le devoir de loyauté du dirigeant », JCP G. 10 juin 2013, 693 ; H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com. 1999, p. 273 ; Journ. Sociétés, 1er oct. 2013, n° 112, p. 39, note J.-L. NAVARRO ; D. 1999, p. 100, comm. Y. PICOD ; Rev. des sociétés 1998, p. 546, note M.-L. COQUELET. Dans cet arrêt, la Haute juridiction a créé un principe général en ne s'appuyant sur aucun texte pour affirmer le devoir de loyauté du dirigeant.

[1205] Cass. 3ème civ. 4 nov. 2010, n° 09-72673, non publié au Bull.

[1206] P. LEMOINE, « « La loyauté de la preuve », Rapport Cass. 2003, https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_diverses_179/travers_quelques_6401.html, *Adde* D. GARREAU « La loyauté dans la preuve- Un principe résiduel, voire inutile ? », Justice et Cassation, 2014, p. 41.

[1207] Cass. com. 12 mai 2004, *Beley c/ SA Former*, L. GODON, « Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés. Il s'agit d'un devoir autonome, puisant sa source, non dans le droit commun des contrats, mais dans la « fonction » de direction elle-même », Rev. sociétés 2005, p. 140.

[1208] Pour Madame Rita JABBOUR, il est clair que « la loyauté se distingue de la bonne foi » (R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Préf. L. AYNÈS, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 573, 2016, p. 128, n° 151).

[1209] G. THOUVENIN, éditorial, Justice et Cassation, Dalloz, 2014, p. 5.

« imprégnée de morale » sous-tendue par les valeurs de sincérité et d'honnêteté[1210]. Elle est « droiture, honnêteté, fidélité »[1211] et s'oppose au mensonge et à la tromperie. Reconnaître le devoir de loyauté comme fondement à la responsabilisation du destinataire de l'abstention a alors pour effet de donner à la morale un rôle certain en la matière. Toutefois, ceci n'est pas un problème puisque morale et Droit se retrouvent souvent liés[1212].

512. **Une loyauté susceptible de variations.** Les juges vont parfois jusqu'à parler d'une « loyauté sans faille »[1213]. La loyauté comporte donc différents degrés en plus de pouvoir se décliner selon son domaine d'application, comme il l'a été souligné ci-dessus. Ainsi, loyauté procédurale, loyauté des concurrents, loyauté dans l'enquête, loyauté en droit des contrats, en droit de la consommation[1214], en droit administratif peuvent être relevés, et la liste n'est pas exhaustive. De plus, elle apparaît sous différentes formes. Soit la loyauté est exigée en tant que telle par un texte, tel l'article 1464 du Code de procédure civile qui dispose que « les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure », mais ce cas est rare, soit la loyauté est rattachée à d'autres concepts comme, par exemple, la bonne foi, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, les manœuvres dilatoires ou l'abus de droit. Elle trouve à s'appliquer par les professionnels entre eux parce qu'elle constitue une règle essentielle de déontologie. C'est le cas pour les avocats[1215]. Elle concerne, toutefois, tout autant les non professionnels. De fait, l'exigence de loyauté est très vaste et n'est pas uniforme[1216]. La loyauté apparaît alors comme un fondement large et accepté par la communauté des juristes. La réussite de la règle de responsabilisation du

[1210] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 208, 1989, p. 13, n° 6.
[1211] H. LE NABASQUE, art. préc.
[1212] R. JABBOUR, *op. cit.* p. 37, n° 34 : Le Droit a une « racine morale », *adde* G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1949 ; D. FENOUILLET, D. BUREAU, F. DRUMMOND (dir.), *Droit et morale. Aspects contemporains*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011 ; M.-Y. LAITHIER, « La distinction entre morale et droit ou l'incertitude parmi les sources de l'obligation », RDC, 1er juill. 2007, n°3, p. 697, obs. Cass. com. 23 janv. 2007, n° 05-13189, Bull. civ. IV, n° 12, p. 13.
[1213] Cass. soc. 22 oct. 2015, n° 14-15768, Non publié au Bull.
[1214] A. OUTIN-ADAM, « La loyauté dans le droit de la consommation », Gaz. Pal. 5 déc. 2000, n° 340, p. 36.
[1215] Art. 3 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.
[1216] D'où la critique de l'utilisation de la loyauté par certains auteurs. V. not. L. MINIAO, « L'introuvable principe de loyauté », D. 2007, 1035 et sur son caractère « superfétatoire » E. ALT, « La loyauté de la procédure en droit civil », Justice et Cassation, 2014, p. 13, spéc. p. 17.

destinataire de l'abstention, en s'appuyant sur la loyauté, pourrait ainsi être garantie.

513. **La loyauté, fondement à la responsabilisation du destinataire.** Le devoir de loyauté s'applique, de plus, parfaitement à la responsabilisation d'autrui. En premier lieu, être loyal exclut le fait de laisser l'autre endosser sa propre part de responsabilité. La loyauté implique en effet d'avoir l'honnêteté de reconnaître et d'accepter ses torts afin que les conséquences liées à ceux-ci ne pèsent pas sur quelqu'un d'autre. Le destinataire de l'abstention ne saurait laisser l'agent responsable de toutes les conséquences causées par l'abstention du titulaire de la prérogative et par sa propre passivité. Certes, certaines se recoupent, mais ce n'est pas une raison suffisante pour faire peser tout le poids de la responsabilité uniquement sur l'auteur de la première inaction. Ceci est d'autant plus important en matière d'abstention puisqu'il faut protéger, dans une certaine mesure, la volonté de l'agent animée par un motif.

514. **Un fondement pertinent.** Autrui n'est pas exempté de son devoir de loyauté du fait de l'abstention. Par exemple, le débiteur, en tant que partie défaillante, profite de l'abstention du créancier, mais sa conscience devrait lui imposer de satisfaire tôt ou tard son engagement. Il ne peut pas se reposer sur la tolérance des créanciers pour s'estimer de bonne foi[1217]. Mieux, dans l'hypothèse où le créancier fait preuve de patience, cette attitude aurait pour but l'exécution spontanée du débiteur sans besoin pour le créancier d'agir ou de solliciter une sanction[1218]. La loyauté, en interdisant de profiter de manière sournoise du comportement d'une autre personne pour le détourner dans le sens de son intérêt exclusif, est donc un fondement idéal à la responsabilisation d'autrui. Mieux, le titulaire de la prérogative n'a pas à être plus loyal qu'autrui sur le simple fait qu'il a une prérogative et qu'il décide d'user de sa liberté d'abstention. La responsabilisation découle de la loyauté jusqu'à être parfois un véritable gage de loyauté tout comme le devoir de coopération.

[1217] CA Rennes, 7ème ch. 14 janv. 2009, RG n° 07/03317.
[1218] L. GAUDIN, *op. cit.* p. 296.

B. Le devoir de coopération

515. **Définition en matière contractuelle.** Le devoir de coopération est le devoir d'œuvrer ensemble pour arriver au résultat prévu. Il est particulièrement prégnant dans certains contrats tels le mandat ou les contrats de distribution[1219]. Ceci s'explique notamment par la durée des relations ou de la force du rapport de confiance qui s'est instaurée[1220]. Dans tous les contrats, la bonne foi contraint le débiteur à avoir un comportement actif afin que son partenaire obtienne ce qu'il attendait du contrat[1221]. Le juge appelle alors les parties à adopter « une attitude active et positive »[1222]. Certains auteurs ont, de plus, étendu le devoir de coopération à un véritable solidarisme contractuel[1223]. Pour les partisans de cette théorie, chaque partie au contrat est tenue à une obligation de privilégier les intérêts de l'autre partie. Pourtant, ab *initio*, un contractant A s'engage par le contrat dans son intérêt. Dire que l'autre contractant, B, doit veiller aux intérêts de A revient à protéger l'intérêt de A. Pourquoi mettre à la charge de B l'intérêt de A alors que ce dernier est, de son côté, censé privilégier son cocontractant B, - et de fait ne pas mettre à la charge de ce dernier son propre intérêt - ? Il convient de noter ce manque de cohérence pour le corriger.

516. **Un domaine étendu.** Hors du domaine contractuel, le devoir de coopération est présent en Droit judiciaire privé. En effet, l'instance répond à un principe de coopération[1224] afin d'assurer la sécurité juridique et le principe du contradictoire. La coopération doit alors s'opérer dans les rapports entre les parties et avoir lieu entre les parties et le juge. Aussi, les parties doivent-elles veiller à l'accomplissement des actes de procédure dans le respect des formes et des délais impartis[1225].

[1219] Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, fasc. « Bonne foi », Rép. dr. civ. janv. 2009, mis à j. sept. 2012, v. « le devoir de coopération ».
[1220] Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *in Le juge et l'exécution du contrat*, actes du colloque IDA du 28 mai 1993, PUAM, IDA, 1993, p. 57, spéc. p. 65, n° 11.
[1221] V.- D. DO, *op. cit*. p. 191.
[1222] F. DIESSE, art. préc. p. 292. Néanmoins, cela a parfois amené certains auteurs à s'interroger sur les risques alors encourus. « Se dirige-t-on vers un devoir d'ingérence dans les affaires d'autrui ? » : D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in* Mélanges F. TERRÉ, 1990, p. 603.
[1223] *Cf Supra* n° 134 et 163.
[1224] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Manuel, 8ème éd. 2013, p. 405 et s. n° 524 et s.
[1225] Cela n'empêche toutefois pas de s'abstenir. *Cf Supra*.

Le devoir de coopération semble donc interdire toute forme d'inaction. Il a en effet pour rôle de mettre de l'ordre dans les rapports qu'entretiennent des personnes entre elles selon la nature de leur relation et les circonstances. Le contrôle du devoir de coopération - mais cela est vrai aussi quant au devoir de loyauté et de bonne foi - est d'autant plus important que l'Homme peut « très facilement osciller entre l'égoïsme et la générosité, la cupidité et l'altruisme »[1226].

517. **Influence des devoirs du titulaire de la prérogative sur le destinataire de l'abstention.** Le titulaire d'une prérogative est soumis aux devoirs de bonne foi, de loyauté et de coopération même si, lorsqu'il s'abstient pendant le délai raisonnable, le degré d'exigence diminue temporairement[1227]. Malgré tout, la bonne foi suppose une réciprocité[1228]. En conséquence, parce que le contractant a des obligations et qu'il les remplit, le partenaire se doit de faire suite à celles-ci en prenant les mesures nécessaires, afin que leur finalité soit réalisée. De même, le titulaire de la prérogative a des obligations ou du moins des devoirs, ce qui entraine pour le destinataire de l'abstention le devoir corrélatif de communiquer ses inquiétudes et de ne pas spéculer dans son coin, auquel cas il participe tout autant que l'agent à l'immobilisme et à la dégradation de sa situation. Par exemple, le devoir d'information s'impose et est généralisé par l'ordonnance de réforme du droit des contrats. L'article 1129 dispose ainsi que « celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. ». Parce qu'il est informé, le créancier de l'information peut légitimement être responsabilisé. Il existe donc une corrélation entre les devoirs des parties. Outre le bon sens et le sens de l'honneur, la bonne foi et le devoir de coopération commandent que le récepteur de l'information en tienne compte dans ses décisions et actions à venir. Cette réciprocité est en effet nécessaire pour garantir l'efficacité d'une opération.

[1226] F. DIESSE, art. préc. p. 294. *Adde* M. GENDRE-DEVOIVRE, *Collaboration et assistance entre parties au contrat*, Clermont 1, th. dir. J. STOUFFLET, 1981, p. 5 et s.
[1227] *Cf Supra*.
[1228] V. sur la réciprocité du devoir de coopération : F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », Arch. Phil. dr. 43, 1999, p. 259, spéc. p. 277 et s.

De surcroît, le devoir de coopération crée un corollaire à l'obligation d'information, le devoir de s'informer soi-même[1229]. Il est donc bien à l'origine d'une certaine responsabilisation. Ce dernier devoir recouvre deux réalités. Tout d'abord, le devoir de s'informer soi-même pèse sur le débiteur de l'information qui doit se renseigner[1230] afin d'informer le créancier de l'information. Ensuite, il est primordial de s'informer soi-même pour ses intérêts, puisque la Cour de cassation reconnaît parfois le droit de se taire pour celui qui sait. Dans ces cas-là, les juges reprochent au plaignant de ne pas avoir été assez rigoureux et de ne pas s'être responsabilisé en faisant preuve de précaution[1231].

518. **Trois fondements distincts.** Autrui se plaint de l'abstention du titulaire de la prérogative. Toutefois, lui non plus n'a rien fait pour limiter plus tôt ses gênes, ses préjudices. La situation qu'il déplore est donc aussi le résultat de son attentisme. Le principe de bonne foi ne lui offre pas d'excuse pour se déresponsabiliser[1232], bien au contraire. Il ne peut pas non plus se reposer sur le devoir de coopération de son partenaire, pour attendre que ce dernier finisse par agir ou non, et se plaindre au juge. *A contrario*, les devoirs de loyauté et de coopération lui sont appliqués. En effet, il appartient plutôt au destinataire de l'abstention qui se sent dans une situation inconfortable de se rapprocher du titulaire de la prérogative qui s'abstient que l'inverse.

La responsabilisation d'autrui vise à éviter les conséquences pouvant lui être néfastes. Ainsi, il lui est demandé de ne pas se servir frauduleusement de l'abstention du titulaire de la prérogative et de prendre les initiatives nécessaires à les limiter. En conséquence, ces deux devoirs fondent la responsabilisation de même que la bonne foi dès lors qu'un texte la prévoit. Trois fondements expliqueraient donc la responsabilisation. D'ailleurs, Madame le Professeur ROCHFIELD juxtapose ces trois devoirs démontrant ainsi leur existence

[1229] F. DIESSE, art. préc. spéc. p. 290.
[1230] *Contra* vendeur non professionnel Cass. com. 27 janv. 2009, n° 08-10052, JCP E. 2009, p. 35, note M.-L. COQUELET ; RTD com. 2009, p. 371, note Cl. CHAMPAUD et D. DANET.
[1231] V. not. Cass. 3ème civ. 17 janv. 2007, n° 06-10442, Bull. civ. 2007, III, n° 5, note D. MAZEAUD, « Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite ! », D. 2007, p. 1051. L'acquéreur n'a pas à informer le vendeur sur la valeur de la chose vendue ; *adde* Chr. WILLMANN, « Obligation d'information et responsabilité civile de l'employeur », D. 2001, p. 507, note sous Cass. soc. 15 déc. 1999, n° 98-41549 « l'attitude passive des salariés exonérait partiellement l'employeur de sa responsabilité ».
[1232] *Cf Infra*.

autonome[1233]. Si la bonne foi se divise en deux branches : le devoir de loyauté et le devoir de coopération, il semble que c'est plutôt la logique inverse qu'il faudrait adopter à savoir que rassemblés et exigés en même temps, les devoirs de loyauté et de coopération forment le devoir de bonne foi.

519. **Paradoxe du fondement de la bonne foi.** La bonne foi renvoie aussi à « l'état d'esprit d'une personne qui croit en une certaine apparence des choses ». La bonne foi pourrait donc parallèlement excuser le destinataire de l'abstention. Néanmoins, la bonne foi ne saurait empêcher complètement une personne de se responsabiliser et légitimer une confiance basée sur un fait équivoque. En effet, la confiance pour être protégée doit être « effective et légitime »[1234]. Par conséquent, la perception par autrui d'une abstention doit être une perception loyale et responsable. Les trois fondements se complètent donc.

520. **Atténuation des fondements.** S'ils fondent la responsabilisation d'autrui, les devoirs de loyauté et de coopération doivent cependant s'appliquer de manière adaptée à la situation pour considérer l'abstention d'autrui. Il n'est pas opportun - même si des différences sont nécessaires[1235] - de sanctionner l'abstention d'autrui plus que l'abstention du titulaire de la prérogative, or les définitions classiquement entendues ne sont pas toujours compatibles avec l'abstention, d'où le besoin de les redéfinir afin que cette prise en compte soit clairement exprimée[1236]. Il est alors très intéressant de se tourner vers les Droits étrangers afin de voir s'ils connaissent des fondements à la responsabilisation d'autrui dont le Droit français pourrait s'inspirer.

Section II/ Les fondements d'origine étrangère

521. **Choix de deux règles adaptées.** Pour justifier la responsabilisation des destinataires de l'abstention, certaines règles internationales peuvent être invoquées parce qu'elles s'opposent au laisser-aller et à la mauvaise foi du plaignant. Elles représentent alors des sources d'inspiration non négligeables dans

[1233] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 1ère éd. 2011, notion n° 3, p. 446, n° 7.12.
[1234] S. TISSEYRE, *op. cit.* p. 155 et s. n° 196 et s.
[1235] *Cf Infra* n° 584 et 591.
[1236] *Cf Infra* n° 535 et s.

un contexte marqué par l'harmonisation des législations. Seront ainsi étudiées la minimisation des pertes (§1) et la règle des mains propres (§2).

§1) La minimisation des pertes

522. **Plan.** La définition (A) de la minimisation des pertes doit être rappelée afin de pouvoir évaluer sa pertinence en tant que fondement (B).

A. Définition

523. **Objectif de la *mitigation*.** La minimisation des pertes, issue de la *mitigation*[1237], est définie par CORNU comme « l'obligation pour le créancier de prendre toute mesure propre à limiter le dommage résultant de l'inexécution du contrat, dont l'inobservation l'expose à une réduction des dommages-intérêts si la perte avait pu être évitée »[1238]. Dès lors, la minimisation en cas d'inexécution du contrat impose au créancier contractuel de « prendre toutes les mesures raisonnables pour limiter le préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution partielle ou totale du contrat »[1239]. En effet, la *mitigation* vise l'atténuation des conséquences néfastes.

524. **Origine.** L'existence de ce type d'obligation est présente dans certains systèmes juridiques tels le droit anglais, dont est originaire la *mitigation,* et le droit américain, mais aussi dans les droits écossais et irlandais. En droit anglais ou américain, cela n'a pour finalité ni de récompenser le débiteur ni d'alléger le poids des dommages et intérêts, ni de faire prévaloir les intérêts du débiteur ou de contraindre le créancier à méconnaître ses propres intérêts. La *mitigation* repose simplement sur l'idée de bon sens selon laquelle il ne faut pas laisser en l'état ou laisser s'accroître le dommage qui aurait pu être raisonnablement évité.

525. **Extension du champ d'application.** La *mitigation of damages* est devenue un principe général du droit du commerce international. L'article 77 de la Convention

---

[1237] *Cf Infra*.
[1238] G. CORNU (dir), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « minimisation des pertes ».
[1239] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, Institut de droit des affaires, Préf. J. MESTRE, 1997, p. 306, n° 566.

de Vienne prévoit en effet que « la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention ». Elle traduit l'obligation de ne pas augmenter le dommage et parfois l'obligation de tout mettre en œuvre pour le réduire, le but étant d'éviter un certain gaspillage. Elle s'applique donc dans l'intérêt des parties mais aussi dans l'intérêt général[1240]. Il s'agit toutefois d'une obligation de moyen. Ainsi, lorsque certains actes ont été effectués dans le but de réduire les pertes mais qu'ils n'ont pas porté leurs fruits, le montant de la réparation ne sera pas réduit. Le mécanisme incite donc à la responsabilisation. Candidate sérieuse, la pertinence de l'obligation de minimiser son dommage comme fondement à la responsabilisation du destinataire de l'abstention doit être éprouvée.

B. Pertinence du fondement

526. **Mitigation et abstention.** Appliquée à l'abstention, la minimisation des pertes imposerait au titulaire de la prérogative d'agir, de prendre des initiatives pour restreindre son propre dommage. Néanmoins, en matière d'abstention, il a pu être remarqué que c'est bien davantage le destinataire de l'abstention qui déplore des pertes dues au gaspillage ou à des excès qu'il attribue à la responsabilité de l'agent. De fait, la minimisation des pertes s'appliquerait plutôt au destinataire de l'abstention. Cependant, il a été remarqué que celui-ci, qui subit pourtant ce genre d'effets, est en général resté, lui aussi, inactif et ce parfois volontairement malgré les prérogatives qui étaient les siennes[1241]. Cette abstention, libre, doit alors être respectée. Néanmoins, la finalité de la *mitigation* réside davantage dans la limitation des pertes, tel que le prône l'effectivité économique du droit[1242], que dans l'imputation d'une responsabilité. Par conséquent, il serait tout à fait cohérent d'imposer aussi à autrui de se prémunir un minimum contre les conséquences de l'abstention et, à cette fin, de prendre des initiatives au lieu de se reposer sur ses croyances pendant toute la durée de l'abstention et de rester autant passif que

[1240] S. TISSEYRE, *op. cit.* p. 121, n° 137.
[1241] *Cf Infra* les outils juridiques spécifiques à sa disposition.
[1242] « Le devoir de limiter son propre dommage permet une réduction des coûts » S. TISSEYRE, *op. cit.* p. 21, n° 137.

l'agent[1243]. Il semble en effet que dans une telle situation, où l'abstention répond à l'abstention, ses conséquences ne peuvent qu'être démultipliées, sans compter le temps qui continue de s'écouler. La mitigation apparaît ainsi comme un fondement solide à la responsabilisation d'autrui et vecteur d'amélioration de la situation d'abstention.

527. **Un fondement pertinent.** Il permettrait de diminuer l'incertitude et sa durée. Le destinataire de l'abstention couperait en effet cours à l'équivocité caractéristique de l'abstention. De plus, si des intérêts de retard étaient en train de courir, ces derniers s'arrêteraient. Le destinataire de l'abstention minimiserait ainsi ses pertes. Il s'agit ici bien plus de pertes que d'un dommage car, en l'occurrence, les intérêts de retard sont la preuve d'une inexécution. Le dommage est l'altération subie par une personne et généralement causée par un tiers alors qu'ici l'inexécution ne peut être reprochée qu'au débiteur, destinataire de l'abstention, lui-même. La minimisation pourrait donc être étendue et servir de fondement à la responsabilisation de tout un chacun[1244] quelle que soit sa qualité. Une question demeure toutefois. En effet, si la minimisation des pertes est un fondement intéressant en la matière encore faut-il que ce dernier ait une validité en Droit interne pour pouvoir être utilisé.

528. **Réception en Droit français.** Une montée en puissance de la *mitigation*, ou *duty to mitigate*, avait pu être remarquée. L'article 1373 de l'avant-projet CATALA qui dispose qu'« il sera tenu compte de l'abstention de la victime par une réduction de son indemnisation lorsque cette victime avait la possibilité par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation » envisageait qu'autrui, gêné par une abstention, puisse mettre en cause celle-ci par le mécanisme de minimisation. De même, l'article 7.4.8 alinéa 1 des principes UNIDROIT indique que « le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables ». En outre, l'article 9.505 des Principes de Droit

[1243] Le devoir de minimiser son préjudice est une « limite à l'abstention de la victime » : S. TISSEYRE, « Le devoir de minimiser son préjudice. L'hostilité du droit français est-elle toujours opportune ? », Resp. civ. et assur. janv. 2016, étude 1.

[1244] C'est d'ailleurs ce à quoi conclut Monsieur REIFEGERSTE dans sa thèse. V. S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Préf. H. MUIR-WATT, PUAM, Institut de droit des affaires, 2002.

européen des contrats précise que « le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables ». *La mitigation* est également présente dans le projet de loi portant réforme de la responsabilité civile du 9 juillet 2010 de Laurent BÉTEILLE. Enfin, la Cour de cassation avait paru sensible à ce mouvement favorable à l'inscription dans notre Droit interne de la mitigation au travers notamment de deux décisions. Tout d'abord, dans celle du 22 janvier 2009[1245], la Cour souligne la « mesure de gestion raisonnable » prise par la victime et dans l'arrêt du 24 novembre 2011[1246], la Haute Juridiction met en exergue la faute de la victime qui n'a pas limité son dommage matériel pour justifier la recherche de sa responsabilité[1247].

Cependant, la Cour de cassation refuse, dans des décisions ultérieures, d'appliquer une éventuelle obligation de minimiser le dommage, et ce dans « l'intérêt du responsable »[1248], au nom du principe de réparation intégrale[1249]. Dans les espèces concernées, les juges considèrent que la passivité des victimes n'est pas susceptible de sanction et n'ont pas voulu réduire leur indemnisation. Néanmoins, en arguant du fait que « l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »[1250], la Cour de cassation protège l'indifférence de la victime quant au coût de la réparation due par le responsable. Elle déresponsabilise la victime sur la protection par elle-même de ses intérêts une fois le dommage

[1245] Cass. 2ème civ. 22 janv. 2009, n° 07-20878, JurisData n° 2009-046634, D. 2009, 1114, note R. LOIR ; RTD civ. 2009, p. 334, obs. P. JOURDAIN ; Gaz. Pal. mars 2009, note S. SALEH et J. SPINELLI.

[1246] Cass. 2ème civ. 24 nov. 2011, n° 10-25635, JurisData n° 2011-025881, JCP G. 2011, 170, obs. V. REBEYROL ; Gaz. Pal. avril 2012, p. 11, note M. MEKKI ; RDC 2013, n° 2, p. 701, note L. USURIER ; RTD civ. 2012, p. 324, note P. JOURDAIN.

[1247] Le dommage matériel est à opposer au dommage corporel pour lequel il ne semble pas opportun de reconnaître l'obligation pour la victime de le limiter, ce que la Cour de cassation refuse d'ailleurs catégoriquement de faire. V. not. Cass. 2ème civ. 19 mars 1997, n° 93-10914, Bull. civ. n° 86, p. 48 ; D. 1997, p. 106 ; Cass 1ère civ. 15 janv. 2015, n° 13-21180, JurisData n° 2015-000234, JCP G. 2015, p. 436, note J. HOUSSIER ; RDC 2015, n° 3, p. 461, note J.-S. BORGHETTI ; D. 2015, p. 1075, note T. GISCLARD ; Gaz. Pal. avril 2015, p. 18, note A. GUÉGAN-LÉCUYER.

[1248] Cass. 3ème civ. 10 juill. 2013, n° 12-13851, Gaz. Pal. oct. 2013, p. 282, note D. HOUTCIEFF ; Gaz. Pal. 14 nov. 2013, n° 318, p. 16, obs. M. MEKKI ; RDC 2014, n° 1, p. 27, chron. O. DESHAYES ; Cass. 2ème civ. 2 juill. 2014, n° 13-17599, JurisData n° 2014-014857, JCP G. 2014, 1034, obs. Y. DAGORNE-LABBE ; JCP G. 15 déc. 2014, doctr. 1323, obs. M. BACACHE ; RDC 2015, n° 1, p. 24, note G. VINEY ; D. 2014, p. 124, chron. Ph. BRUN et O. GOUT ; RTD civ. 2014, p. 893, obs. P. JOURDAIN.

[1249] Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, manuel, 12ème éd. 2012, p. 558, n° 729.

[1250] Cass. 3ème civ. 10 juill. 2013, n° 12-13851, arrêt préc.

advenu. Pour autant, quelques mois après la décision dont l'attendu est reproduit précédemment, une autre chambre de la Haute juridiction, alors même que le pourvoi reprenait mot pour mot l'attendu en question, les juges ont mis en cause la victime en ce que son inertie avait accru son préjudice[1251]. En l'espèce, une dame contracte avec une entreprise pour installer une chaudière. Suite aux dysfonctionnements, elle assigne l'entrepreneur. Toutefois, la chaudière en cause avait été acquise précédemment et stockée par la victime créancière de la bonne installation de la chaudière, or, cette dernière connaissait la nécessité d'effectuer un rinçage du circuit mais s'est abstenue de communiquer cette information à l'entrepreneur. La demande de dommages-intérêts a ainsi été partiellement écartée par les juges.

Cette frilosité de la Cour de cassation à intégrer l'obligation de minimisation du dommage économique semble préjudiciable aux acteurs économiques, à la société et au Droit lui-même. La victime d'un gaspillage devient en effet elle aussi source d'une aggravation du gaspillage pourtant dénoncé par elle. Le Sénat affirme d'ailleurs qu'il peut être souhaitable, « du point de vue de l'intérêt général, que le coût de la responsabilité - qui pèse en définitive sur l'ensemble du corps social - soit réduit lorsque la victime est à même d'y contribuer par un comportement proportionné » [1252]. Le projet de réforme de la responsabilité civile de 2016 comporte d'ailleurs la minimisation en matière contractuelle en accordant au juge la faculté de diminuer les dommages-intérêts alloués à la victime lorsque celle-ci n'a pas pris « les mesures sûres et raisonnables » de nature à « éviter l'aggravation de son préjudice »[1253].

529. **Application à l'abstention.** Autrui se plaint des conséquences de l'abstention du titulaire de la prérogative. Il se sert de l'intention pour aggraver le cas de ce dernier. Toutefois, lui non plus n'a rien fait pour limiter plus tôt ses gênes, ses préjudices. C'est le résultat de son attentisme basé sur de simples espoirs. Mieux**,** sa passivité est tout autant la cause de certaines conséquences pourtant attribuées à

[1251] Cass. 1ère civ. 2 oct. 2013, n° 12-19887, RDC 2014, n° 2, p. 171, obs. T. GÉNICON ; RDC 2014, n° 1, p. 27, obs. O. DESHAYES.
[1252] Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009, http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-55817.html
[1253] Art. 1263 Avant-projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 par le Garde des sceaux J.-J. URVOAS.

l'abstention du titulaire de la prérogative. De plus, il ne serait pas juste de penser que l'abstention du titulaire de la prérogative cause l'abstention de son destinataire. En effet, bien que l'abstention du titulaire de la prérogative intervienne en premier, la volonté du destinataire entache la force du lien de causalité. C'est bien lui qui décide de rester passif, voire de jouer là-dessus et non le premier agent. L'obligation de minimiser son dommage sanctionnant celui qui ne fait rien pour modérer ses pertes pourrait donc s'appliquer au destinataire de l'abstention. Elle est en effet basée sur les conséquences évitables par sa promptitude à intervenir. Ne pas augmenter son propre dommage revient à veiller sur ses propres intérêts, ce que devrait faire le destinataire de l'abstention, celui-là même qui reproche à l'agent d'avoir protégé les siens. La minimisation des pertes responsabilise finalement autrui sur la cause de sa plainte. Une autre règle d'origine étrangère est intéressante en ce qu'elle responsabiliserait autrui sur l'opportunité même de dénoncer l'abstention subie. La responsabilisation est alors peut-être à fonder sur la règle des mains propres.

§2) La règle des mains propres

530. **Plan.** Ce second fondement d'origine étrangère mérite d'être l'objet d'une définition (A) avant de voir s'il s'agit d'un fondement pertinent (B) à la responsabilisation d'autrui.

A. Définition

531. **Origine.** La règle des mains propres est appliquée par le Droit international. C'est une condition de recevabilité des demandes. La règle des mains propres a en effet pour objet d'imposer à celui qui se plaint d'un manquement à la bonne foi d'être lui-même irréprochable. Cette règle est appliquée par la jurisprudence allemande qui exige par exemple que le contractant qui se plaint soit resté « fidèle au contrat »[1254].

[1254] B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit fr. all. et japonais*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibl. de thèses, 2001, p. 91, n° 330.

En outre, la nécessité d'avoir les mains propres est fortement présente en Droit anglo-saxon où les remèdes d'*equity* sont subordonnés à celle-ci selon l'application de l'adage « *He who comes to Equity must come with clean hands* ».

532. **Règle approchante en Droit français.** Cette règle se rapproche, en Droit français, de l'adage selon lequel « Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude »[1255] qui exprime la défense d'invoquer devant les juges un acte immoral pour s'en faire un principe d'action[1256]. Il n'en est toutefois pas le miroir parfait. L'adage français repose sur l'immoralité et a pour but de faire régner la morale dans la société et ne s'applique pas en matière de responsabilité civile. De manière différente, si la règle des *clean hands* tend au comportement irréprochable, la morale est moins présente au profit de l'équité.

B. Pertinence du fondement

533. **Application à l'abstention.** La règle des mains propres aboutirait à imposer au destinataire d'une abstention de ne pas reprocher à l'agent les conséquences, résultant certes *ab initio* de l'abstention, mais qu'il n'a lui non plus pas pris soin d'endiguer parce qu'il spéculait sur l'abstention. Il devrait alors voir sa prétention rejetée. Cette vision est toutefois excessive lorsque les conséquences de l'abstention sont lourdes et que l'agent a été particulièrement indifférent. Dans une telle hypothèse, les torts sont partagés. Il est alors souhaitable de le reconnaître et d'appliquer une solution tenant compte de ces différents paramètres pour permettre un équilibre satisfaisant.

En revanche, lorsque la passivité du destinataire de l'abstention porte sur des conséquences directement liées à l'obligation qu'il n'a pas remplie, la règle des mains propres est appropriée et de nature à fonder la responsabilisation. En effet, l'inexécution ou le manquement fautif d'autrui a entrainé l'abstention du titulaire de la prérogative qui aurait dû être satisfait et qui, sans cette inexécution, n'aurait pas eu à s'interroger sur d'éventuelles poursuites judiciaires par exemple. Dès lors, en matière contractuelle, il apparaît que le débiteur, destinataire de l'abstention, ne puisse pas se plaindre de l'augmentation de la somme des intérêts dus alors que

[1255] Ph. LE TOURNEAU, « Exception d'indignité ; Règles « Nemo auditur » et « In pari causa » », Fasc. unique : CONTRATS ET OBLIGATIONS, J.-Cl. civ. App. Art. 1131 à 1133, 2013.
[1256] H. ROLAND et L. BOYER *Adages du droit français*, Litec, 4ème éd. 1999, p. 489, n° 246.

lui-même, pourtant en situation de celui qui doit, n'a rien tenté pour remédier à la situation. La solution inverse est pourtant retenue[1257]. Il est donc loin d'être irréprochable. La difficulté est alors de déterminer le seuil d'irréprochabilité pour pouvoir ensuite refuser la demande du plaignant. La philosophie de la minimisation des pertes et de la doctrine des mains propres peut malgré tout être source de questionnements et d'inspiration dans la recherche de l'encadrement de l'abstention. En effet, il paraît évident que celui qui reproche une abstention ne fasse pas de même en laissant l'auteur de la première abstention responsable de toutes les conséquences.

534. **Synthèse.** L'analyse des fondements à la responsabilisation d'autrui, commencée par ceux d'origine interne et complétée par les fondements d'origine étrangère montre que la responsabilisation s'inscrit dans l'ère du temps et qu'elle est effectivement utile. L'analyse menée a également permis de souligner la nécessité d'opérer une réévaluation du principe de coopération pour une meilleure compatibilité avec la liberté d'abstention, ce qui rend plus essentiel encore la responsabilisation d'autrui dans l'optique de trouver un équilibre entre la protection du destinataire de l'abstention et celle de l'agent.

535. **Le devoir de coopération, un fondement particulier.** Coopérer, selon le dictionnaire Littré, est le fait d'opérer conjointement avec quelqu'un. L'abstention est *a fortiori* contraire à la coopération puisqu'elle vise à garder pour soi et à retenir son droit. Monsieur le doyen Yves PICOD allait jusqu'à affirmer qu' « à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur se substitue une certaine union, une obligation de coopération ou collaboration entre les parties ». Il ajoute que la coopération induit « une attitude positive du contractant et non une abstention »[1258]. Pourtant, il reconnaît que le devoir de coopération connaît des limites. Le but recherché ici, prouver que le devoir de coopération n'est pas, au contraire des idées reçues, totalement exclusif de passivité, ne semble donc pas si surprenant. Mieux, de cette manière, la nécessité de protéger l'éventail de

[1257] Il semble en effet interdit pour le créancier d'aggraver la situation du débiteur. V. not. CA Paris, 22 juin 2001, obs. C. COULON, « L'obligation de limiter le montant de la dette du débiteur défaillant », D. 2002, p. 843, *adde* J. MESTRE, « Le droit pour le créancier de recouvrer son dû … et ses limites », RTD civ. 1990, p. 477.
[1258] Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP G. 1988, 3318.

comportements des titulaires de prérogatives et des modalités d'exercice de celles-ci sera enfin justifiée.

536. **Coopération et abstention.** Le devoir de coopération peut induire l'abstention. Différents éléments le démontrent en effet. Tout d'abord, le devoir de coopération vise une collaboration des parties en présence, or cette dernière désigne plus le processus d'une entraide et de la prise en compte des intérêts de l'autre que celui d'une action nécessairement en mouvement. L'abstention a de plus un élément actif, l'intention, ce qui prouve la dynamique de la collaboration demandée, même si effectivement il ne faut pas confondre la collaboration avec la simple intention bienveillante[1259]. D'ailleurs, lorsque le créancier patiente, il fait preuve de collaboration. En effet, il ne procède pas au recouvrement et ce volontairement afin de laisser le temps au débiteur de pouvoir payer. Pour François DIESSE, le devoir de coopération a alors « un effet restrictif de droits du créancier pour tenir compte de la situation particulière de son débiteur »[1260]. En fait, la patience est ici l'application du devoir de coopération recouvrant la règle selon laquelle « le créancier ne doit pas exiger de son débiteur l'exécution de ses obligations lorsque les circonstances rendent très difficiles cette exécution »[1261]. Mieux, l'abstention serait donc parfois « imposée par les règles générales de loyauté »[1262]. Et coopérer, c'est coopérer avec loyauté.

537. **Moment d'intervention du devoir de coopération.** Le devoir de coopération n'est cependant pas systématique. Il ne s'applique que lorsqu'un besoin est présent. En effet, dans le cas contraire cela reviendrait à faire faire des efforts inutiles à celui qui n'est pas tenu. De plus, les textes eux-mêmes évoquent cette condition. Ainsi, si l'article 1 : 202 des Principes du droit européen du contrat affirme que « chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet », l'article 0 : 303 des Principes directeurs du droit européen du contrat dispose que « les parties sont tenues de collaborer lorsque cela est nécessaire à l'exécution de leur contrat ». De même, l'article 5.1.3 des

[1259] M. GENDRE-DEVOIVRE, *Collaboration et assistance entre parties au contrat*, Université de Clermont I, th. dir. J. STOUFFLET, 1981, p. 358.
[1260] F. DIESSE, art. préc.
[1261] V. not. CA Paris, 19 juin 1990, obs. Y. PICOD, « Obligation de faciliter à son débiteur l'exécution de ses engagements et clause résolutoire », D. 1991, p. 515.
[1262] M. GENDRE-DEVOIVRE, *op. cit.* p. 348.

Principes UNIDROIT prévoit que le devoir de coopération a lieu entre les parties « lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations ». Par conséquent, le devoir de coopération n'est pas rigide et se meut au gré des circonstances et des intérêts. Son analyse démontre que protéger son intérêt ne veut pas forcément dire ne pas se soucier d'autrui. Les deux sont compatibles.

538. **Un devoir au service de l'équilibre.** Coopérer, dans l'idéal, c'est agir ensemble, excepté lorsque l'abstention est choisie et que *de facto* la collaboration est discrète. Ceci ne contrevient pas au devoir de coopération bien au contraire, surtout lorsque celui qui subit les effets de l'abstention ne se plaint de rien. En somme, le devoir de coopération est le devoir de chaque partie d'adopter, consciemment, un comportement actif ou passif dans l'intérêt de l'autre, sans obligatoirement renier son propre intérêt, afin d'éviter un déséquilibre et de rendre l'opération économiquement viable *in fine*.

L'important est d'avoir un comportement qui ne nuise pas à long terme au résultat attendu. Par ailleurs, la responsabilisation est également une garantie de préservation des excès. Aussi, ce n'est pas parce que le destinataire de l'abstention doit adopter un comportement responsable qu'il doit tomber dans le travers inverse et se précipiter. La responsabilisation conduit à agir en temps utile sans impulsivité ni laxisme. Par exemple, le débiteur qui a un délai conventionnellement déterminé peut s'abstenir d'exécuter son obligation au début du délai et l'exécuter plus tard dès lors que le créancier obtient satisfaction au terme du délai imparti. Il faut donc se rendre compte que si le créancier exerce sa faculté de remplacement[1263] trop tôt, cela pose problème. Il est nécessaire pour l'agent et autrui de faire preuve de discernement. Le mieux est de provoquer la communication[1264].

[1263] Faculté prévue par l'article 1144 du Code civil. Une autorisation préalable du juge garantit cependant que cette faculté ne prenne effet à contretemps. V. not. Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *op. cit.* p. 666, n° 855.
[1264] *Cf Infra* Chapitre 2 Les outils juridiques.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

539. **Des fondements imbriqués.** La responsabilisation est donc justifiée parce qu'elle s'appuie sur des fondements existants, lesquels peuvent être opposés à autrui pour lui demander d'adopter un comportement responsable pour éviter certaines aggravations.

Les fondements les plus adéquats sont le devoir de coopération et le devoir de loyauté à condition de préciser la définition de la coopération. La responsabilisation intègre de plus le souci de minimiser ses pertes pour ne pas les reporter sur l'autre. Stephan REIFEGERSTE l'avait d'ailleurs suggéré dans la conclusion de sa thèse en affirmant que la loyauté justifie la minimisation de son dommage[1265]. Il n'y aurait donc pas *a priori* besoin de l'affirmer en tant que telle pour l'exiger. Néanmoins, en raison d'une application fragile de ce concept en jurisprudence, le législateur pourrait profiter de la réforme du droit de la responsabilité civile pour l'introduire clairement en Droit positif. De même, la bonne foi, en reconnaissant un lien spécial entre deux personnes, exige qu'elles soient honnêtes et loyales l'une envers l'autre. Cela permet d'admettre que serait de mauvaise foi celui qui reprocherait à son partenaire quelque chose alors que lui-même a commis un certain nombre d'erreurs. Le fondement de la bonne foi intègre ainsi la règle des mains propres.

540. **Des fondements appuyés par des outils.** La responsabilisation n'est pourtant pas assez affirmée, peut-être parce qu'elle tombe sous le sens. Néanmoins, en pratique elle fait parfois défaut, d'où l'intérêt de la réaffirmer. Ainsi, l'abstention, entrainant de l'incertitude, devrait déclencher des inquiétudes chez autrui. Ce sentiment se rapportant au futur[1266], devrait le pousser à questionner le titulaire de la prérogative ou à s'exécuter directement. Mieux, l'incertitude ici entendue se distingue de l'aléa contractuellement accepté. Elle intervient au contraire de manière inattendue, mais s'inscrit dans une durée. Elle ne survient toutefois pas comme un couperet. Ainsi, le débiteur qui, au bout de quelques mois, interroge son créancier pour connaître la date ou du moins la période à laquelle il réclamera son dû démontre que l'abstention peut provoquer une réaction des destinataires.

[1265] S. REIFEGERSTE, *op. cit.* p. 317, n° 608.

[1266] « futur dont l'essence est d'être indivisible, cette imprévision étant source d'angoisses et d'incertitudes infinies », M. CRESP, *op. cit.* p. 63, n° 59.

Se poser en tant que victime n'est donc pas la solution. Mieux, il semble judicieux d'encourager autrui à utiliser les outils juridiques palliant l'abstention qui sont à sa disposition. C'est pourquoi, pour encadrer l'abstention sans la faire disparaître, il convient d'apprendre à autrui à s'en protéger, avant de s'en plaindre une fois les conséquences ayant pris trop d'ampleur ; surtout que, *in fine*, il ne s'agit que d'une application du principe de précaution et que des outils juridiques efficaces sont présents en Droit positif. À défaut, le destinataire engage sa responsabilité, diminuant de fait la réparation qui lui est éventuellement due par l'agent[1267].

[1267] *Cf Supra*.

CHAPITRE II :

LES OUTILS JURIDIQUES

541. **Des outils contre l'équivocité de l'abstention.** Le destinataire de l'abstention doit ainsi se prémunir contre l'imprévisible et démontrer son intérêt avant de se plaindre. Il a les moyens d'affirmer son opposition, son dérangement face à l'abstention, il n'est donc pas totalement démuni. Pour que les moyens offerts aient une efficacité pratique, autrui doit les exercer s'il est gêné par l'abstention, et ne pas lui-même s'abstenir sans motif valable pour ensuite se retourner contre l'agent. Il ne ferait alors que reproduire à l'identique le comportement qui le dérange et se contredirait donc. Le rôle du Droit est de l'inciter à les utiliser[1268]. Il remplit déjà ce rôle et aide autrui à se responsabiliser lorsqu'il prévoit ce que ce dernier doit déduire du comportement de l'agent au terme d'un certain délai. Tel est le cas lorsque la loi prévoit l'interprétation à donner à un silence[1269]. De même, les juges ne laissent pas autrui se reposer sur l'agent jusqu'à lui faire endosser la responsabilité de sa propre imprudence. Par exemple, l'artiste-peintre, qui se dit très attaché à ses toiles, ne peut valablement voir la responsabilité de la société exploitante des locaux où le vol prétendu des toiles s'est produit être engagée, dès lors que cette dernière n'avait pas l'obligation de faire vidéo-surveiller le parking et que le peintre avait repris possession des œuvres. Il « incombait » au contraire à ce dernier de veiller sur ses toiles[1270]. Cette incitation fait appel à la bonne conscience du destinataire de l'abstention et permet sa responsabilisation.

Ainsi, la responsabilisation du destinataire de l'abstention doit s'opérer quant au choix du bon outil et quant à la bonne utilisation des outils. Dès lors, des outils juridiques protecteurs (section I) sont effectivement à la disposition du destinataire de l'abstention, mais ce dernier ne devrait pas les détourner. Ce sont pourtant des outils parfois instrumentalisés (section II).

[1268] « Par sa force performative, [le Droit] fait advenir certains comportements et en prévient d'autres » : A.-B. CAIRE, « La magie du verbe juridique. Réflexions sur la force du langage du droit », RTD civ. 2017, p. 321.

[1269] *Cf Supra* n° 305 et s. *Adde* Art. 111 du Rapport TERRÉ.

[1270] CA Riom, 3ème civ. et com. réunies, 25 nov. 2015, n° 14/01440, JurisData n° 2015-027138.

Section I/ Des outils juridiques protecteurs

542. **Deux catégories d'outils.** Les outils existants permettent en effet à autrui de se protéger par lui-même. Ils ont pu être classés en deux catégories, à savoir les outils juridiques de prévention (§1) pour se prémunir des conséquences de l'abstention et ceux de réaction (§2) pour réagir contre l'abstention du titulaire du droit.

§1) Les outils juridiques de prévention

543. **Une prévention en deux temps.** Il s'agit des instruments juridiques dont les effets permettent de se protéger des conséquences de l'abstention, notamment si celle-ci venait à durer. En fait, autrui peut même se prémunir contre le risque d'abstention (A) et continuer à recourir à des outils de prévention une fois l'abstention née (B).

A. Se prémunir contre le risque d'abstention

544. **Deux situations différentes.** Pour se prémunir, il faut prévoir. Les clauses contractuelles, instrument de prévoyance par excellence, semblent toutes indiquées. Néanmoins, elles supposent un contrat[1271]. De fait, les parties au contrat peuvent se servir de l'*instrumentum* existant entre elles pour ajouter des clauses sur l'abstention[1272]. Cependant, toutes les abstentions ne se produisent pas en matière contractuelle[1273]. Dans ce cas, il est difficile en pratique de se prémunir d'une abstention par un contrat puisqu'aucune relation contractuelle n'est envisagée et que l'événement ou la situation ne seront pas propices à la réflexion sur l'opportunité d'une clause encadrant l'abstention[1274]. En amont de l'abstention, une clause ne sera un outil utile au destinataire de l'abstention qu'en matière

[1271] V. sur le lien causal entre les clauses et le contrat et le fait que la clause ne peut être « autosuffisante » N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Clermont, 2014, p. 5, n° 6, *adde* G. ARBANT-MICHEL, *Les relations entre les clauses et le contrat*, thèse microfiche Montpellier I, 2001, n° 113, p. 46. *Contra* théorie de la clause autonome. D. CHENU, *Les clauses contractuelles autonomes : Un droit en création*, Omniscriptum, Presses Académies, 2014, *adde* Ph. FRANCESCAKIS, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de la clause compromissoire », Rev. arb. 1974, p. 67.

[1272] Sur une clause protégeant la liberté d'abstention, *Cf Supra*.

[1273] V. par ex. l'abstention d'opter en matière successorale et l'abstention d'une victime d'un dommage délictuel d'intenter une action en réparation.

[1274] Il est difficile d'imaginer l'auteur d'un dommage aller voir la victime pour encadrer l'abstention dont cette dernière pourrait faire preuve.

contractuelle (1). Il faut donc également étudier les possibilités de prévention en dehors du cadre contractuel (2).

1) En matière contractuelle

545. **Clause interdisant l'abstention.** Les contractants peuvent encadrer l'abstention par des clauses. La question des frontières de cet encadrement se pose. Est-ce à dire qu'ils peuvent interdire l'abstention ? Dans un premier temps, il s'agirait d'une clause attentatoire à la liberté du titulaire de la prérogative, voire dans certains cas attentatoire à la liberté procédurale[1275] puisque la partie engagée se verrait interdire de ne pas agir et serait donc obligée d'agir ou de renoncer tout de suite. Obliger un consommateur à agir en justice contre un professionnel semble être une clause abusive[1276]. En effet, cela crée un déséquilibre significatif. Le consommateur en tant que demandeur devra apporter des preuves de ses dires et aura besoin d'un avocat ce qui est coûteux. En outre, cela viole sa liberté procédurale. Cette hypothèse est finalement assez théorique. Dans un second temps, d'un point de vue plus pragmatique, ce genre de situation semble compliquée à rencontrer puisque cela suppose de ne tolérer aucun délai entre la naissance d'une prérogative et son exercice. Mieux, interdire l'abstention ne serait pas une bonne stratégie puisqu'elle peut aussi arranger les parties. Il est difficile d'imaginer un professionnel imposant une clause qui interdirait au consommateur de s'abstenir d'agir. En effet, il perd alors la chance de voir ce consommateur abandonner les poursuites et l'obligerait à agir ou à renoncer immédiatement ce qui semble abusif et pousserait en fait le consommateur à agir au moindre doute.

546. **Clause de réclamation.** En revanche, une clause encadrant l'action en justice est plus probable et viable. Les parties peuvent alors prévoir un délai conventionnel pour déterminer la durée dans laquelle doit s'inscrire l'action. Insérer une clause de réclamation est alors à envisager. Cette dernière conditionne l'action en justice. Elle prévoit que la réclamation du créancier doit être formulée dans les limites du délai stipulé. Elle limite donc le délai pour agir. « La clause de

[1275] *Cf Supra* n° 177.
[1276] C.-M. PÉGLION-ZIKA, « Les clauses abusives et la recodification du Code de la consommation », D. 2016, p. 1208. D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », RDC, n° 2, juin 2016, p. 358.

réclamation accorde au silence du créancier une valeur de renonciation tacite à l'action »[1277].

547. **Clause prévoyant une modalité automatique faisant obstacle à l'abstention.** En outre, pour éviter tout risque de chèque non encaissé de suite ou de réclamation aléatoire de la créance d'un contrat à exécution successive comme le bail, il est parfois pratique de mettre en place un virement automatique. Il s'agit d'un moyen de paiement de plus en plus utilisé et réclamé par des créanciers titulaires de créances successives. C'est une mesure protectrice contre l'abstention du créancier de demander le paiement et contre l'abstention du débiteur de payer dans le délai conventionnellement imparti voire contre son inexécution. En ce qui concerne les situations non contractuelles, il semble plus difficile de prévoir, le temps étant celui du présent et non celui de la prévision pour un futur plus ou moins proche.

2) En dehors d'un cadre contractuel

548. **Hypothèse.** L'hypothèse rencontrée est celle où l'abstention est immédiate et concomitante à la naissance de la situation. Il convient alors de court-circuiter l'abstention en désamorçant tout de suite ses éléments. Le titulaire de la prérogative retient intentionnellement l'exercice de celle-ci sans indiquer ses raisons ni ce qu'il pense peut-être décider. Autrui peut donc, dans un premier temps, inviter le titulaire de la prérogative à parler, à donner son avis sur la prérogative et ses avantages et inconvénients. Il est en outre possible d'enrayer l'incertitude qui pourrait être provoquée en favorisant, dans un second temps, la communication de ses doutes au titulaire de la prérogative pour trouver des solutions avec lui. Ses croyances pourront alors être considérées comme étant légitimes. La communication enjoint l'autre à se positionner le plus vite possible. Cela incite en effet le titulaire de la prérogative à conserver le point en cause dans ses priorités de réflexion. En informant l'autre de ses inquiétudes et en l'incitant à répondre[1278], le dialogue est amorcé.

[1277] G. HELLERINGER, *op. cit.* p. 31, n° 76.

[1278] Cass. 3ème civ. 21 mars 2012, n° 11-14174, JurisData n° 2012-004884, note B. VIAL-PEDROLETTI, « Sanction de l'absence de régularisation annuelle des charges : l'article 1134 alinéa 3 du Code civil au secours du locataire », Loyers et Copr. n° 6, juin 2012, comm. 163 ; S. LE

549. **Exemple.** Ainsi, la démarche active de l'intéressé peut améliorer sa situation. Par exemple, un sous-acquéreur ayant acheté un bien toujours grevé d'une clause de réserve de propriété en raison du non-paiement de l'acquéreur risque de devoir faire face à l'action en revendication du propriétaire. Cependant, il est peu probable que le sous-acquéreur ait été mis au courant de la situation. En effet, il y a peu de chance que le vendeur s'en soit vanté. Si, toutefois, le sous-acquéreur connaît ce risque, il peut *a priori* entrer en relation avec le vendeur originel pour s'assurer que celui-ci n'est plus propriétaire du bien ou qu'il renonce à son action contre lui. Aussi le sous-acquéreur devra-t-il prouver qu'il a déjà payé le bien à son vendeur, le premier acquéreur. Dès lors, le réservataire sera amené à revendiquer le prix entre les mains de l'acquéreur. Cette initiative du sous-acquéreur peut être importante parce qu'en raison de sa connaissance de la clause de réserve de propriété et de son paiement entre les mains du non-propriétaire, il apparaît comme un possesseur de mauvaise foi. En informant le réservataire de son paiement, il peut espérer être traité comme un sous-acquéreur de bonne foi.

550. **Inconvénients de la communication.** En revanche, il faut noter les inconvénients d'une telle prise d'initiative. Ces derniers sont de deux ordres. En effet, alerté, l'agent peut décider d'agir, ou bien la communication peut créer, voire raviver, des tensions entre les protagonistes. Ainsi, en matière successorale, l'héritier réservataire a droit à la protection de sa réserve héréditaire. Il est dès lors interdit au *de cujus* de porter atteinte à cette réserve, auquel cas les donations et legs peuvent être remis en cause. Cependant, l'héritier réservataire n'est pas tenu de revendiquer l'intégralité de sa réserve. Il peut donc s'abstenir de remettre en cause les donations et legs qui excèdent la quotité disponible. En outre, le donataire n'est pas forcément au courant du dépassement de la quotité disponible, mais s'il l'est, ou dès qu'il le sera, il peut ne pas vouloir entamer le dialogue avec l'héritier réservataire de peur d'éveiller l'envie chez ce dernier d'intenter une action en justice contre lui pour bénéficier de l'intégralité de sa réserve. Par conséquent, la recherche de solution à l'abstention connaît elle aussi ses paradoxes. La responsabilisation d'autrui peut se retourner contre lui, voire faire

---

GAC-PECH, « Le retour en grâce de la bonne foi : la régularisation déloyale et brutale équivaut au droit de ne pas payer ses charges » AJDI 2012, p. 153.

naître une abstention qui n'en était pas une à l'origine. Le fait que la responsabilisation d'autrui comporte des risques n'appelle pas beaucoup de remarques. C'est le revers de l'honnêteté et il convient d'assumer ses responsabilités jusqu'au bout.

551. **Une responsabilisation applicable à toute inaction.** À l'inverse, lutter contre l'abstention en en incitant une autre est peu utile. L'hypothèse est la suivante. Le destinataire de l'inaction entre en contact avec l'auteur de l'inaction, or ce dernier ne s'abstenait pas mais avait oublié. Suite à ce rappel le titulaire de la prérogative veut finalement réfléchir et commence alors à s'abstenir. Cependant, le risque de connaître une telle situation étant moindre, il convient de ne pas remettre en cause la responsabilisation du destinataire de l'abstention, et ce d'autant plus que l'abstention se révèle parfois bénéfique. En l'occurrence, la réflexion peut aider à trouver une solution plus efficace, ou, plus simplement, l'abstention qui résulte de la prise de contact reflète un premier pas vers le déblocage de la situation.

En outre, la difficulté des rapports humains limite l'outil qu'est la communication. Les querelles de famille peuvent resurgir lorsque, par exemple, un héritier évoque le premier son besoin de provoquer le partage de l'indivision successorale ou s'enquière du choix de l'option successorale des autres successibles. Il convient d'en avoir conscience afin de combler les lacunes de cette forme de prévention, d'où l'utilité parfois pour le futur destinataire de l'abstention de faire appel à la pédagogie, voire à un tiers, avant l'abstention.

552. **Médiation et conciliation.** La médiation permet en effet le recours à un tiers rémunéré et désigné en général par le juge. Ce moyen de prévention, qui devra être mis en place concomitamment à la naissance du litige pour être préventif, paraît donc coûteux et complexe. Toutefois, un autre mode alternatif de règlement des litiges est possible et mieux adapté, à savoir la conciliation. Le conciliateur étant un auxiliaire de justice bénévole[1279], le recours à la conciliation est gratuit et moins contraignant.

[1279] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Manuel, 8ème éd. 2013, p. 319, n° 427.

553. **Transaction.** La personne susceptible de subir une abstention peut en outre demander à procéder à une transaction. Selon l'article 2044 du Code civil, la transaction est « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Les parties conviennent pour cela des concessions réciproques. Cela coupe-court au risque d'abstention et d'attente de l'action du titulaire de la prérogative. En effet, par exemple, le responsable d'un dommage, en faisant intervenir la transaction au plus près du dommage, évite au temps de faire son œuvre, notamment d'aggraver la situation de la victime même si cela doit être fortement relativisé, la victime pouvant obtenir réparation de l'aggravation de son état nonobstant l'autorité de la chose jugée de la transaction[1280]. Dans le même temps, elle permet à la victime d'obtenir rapidement une indemnisation. Aussi la transaction est-elle fréquemment utilisée en droit des assurances. Elle résulte alors de l'acceptation par la victime de l'offre effectuée par l'assureur. La transaction suppose une renonciation à une action en justice qui porterait sur le même objet. Elle permet alors de mettre en échec l'équivocité de l'abstention qui aurait pu advenir. Mais, la médiation et la transaction peuvent aussi être utilisées pour se prémunir une fois l'abstention née afin de débloquer la situation si le destinataire de l'abstention n'avait pas anticipé, ce qui sera le plus souvent le cas.

B. Se prémunir une fois l'abstention née

554. **Mesures conservatoires.** L'abstention étant équivoque, il est certain que celui qui attend un signe du titulaire de la prérogative, que ce soit pour exécuter une obligation, ou prendre une décision quelconque, ne sait pas si ce dernier garde le silence intentionnellement ou s'il s'agit d'un oubli. Il n'en demeure pas moins que les conséquences peuvent être égales. Mieux, celui qui oublie et qui se rappelle agira certainement. Il est donc d'autant plus important de se protéger et d'anticiper, le risque d'être rappelé à l'ordre étant plus grand. Qu'il soit face à un oubli ou à une abstention, autrui doit faire face à ses responsabilités et ne pas spéculer sur

[1280] L'autorité de la chose jugée de la transaction est expressément prévue par l'art. 2052 C. civ. mais l'art. 2053 du même Code apporte des tempéraments. V. sur l'évolution de la jurisprudence concernant l'aggravation de l'état de la victime, L. POULET, *Transaction et protection des parties*, Préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2005, Bibl. dr. privé, t. 452, p. 219 et s. n° 518 et s.

l'absence de réclamation du titulaire de la prérogative[1281]. De surcroît, l'équivocité s'oppose à la déduction d'une renonciation. Des actes conservatoires peuvent alors permettre une prévention efficace. En effet, le débiteur qui bénéficie d'un délai pour s'exécuter a le choix au sein de ce temps imparti du moment où il exécutera son obligation. Toutefois, plus le temps passe et plus le créancier peut être inquiet. Même sans titre exécutoire, celui-ci a la faculté de prendre des mesures conservatoires comme demander au juge de placer un bien du débiteur sous main de justice. Autre illustration, l'héritier attendant des réponses pour savoir qui accepte la succession et pouvoir procéder au partage peut effectuer des réparations afin de maintenir le bien en bon état[1282], à charge pour la succession de le rembourser.

555. **Recours avant paiement de la caution.** Un raisonnement similaire permet de justifier le recours avant paiement de la caution. Cette dernière a tout intérêt, en effet, à être actionnée tôt, à un moment où la dette est à son minimum, d'autant plus si elle s'est engagée à couvrir les intérêts, les frais et autres pénalités de retard. Plus la durée pendant laquelle le débiteur ne paye pas est longue, et plus les chances qu'elle a d'être actionnée sont élevées, de même que la somme qu'elle aura à s'acquitter[1283]. Il n'en demeure pas moins que la charge de la dette doit *in fine* peser sur le débiteur principal. L'article 2309 du Code civil permet ainsi à la caution de se prémunir face au risque d'être confronté à un débiteur insolvable. Elle est ainsi autorisée, sans avoir elle-même déjà procédé au paiement, à se retourner contre le débiteur dans certains cas précis. En matière d'abstention du créancier, les hypothèses concernées sont « lorsque le débiteur a fait faillite », « lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée » et « au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une

[1281] Le respect par tous de cette affirmation est sans doute utopique mais qu'importe l'important est de sensibiliser le plus grand nombre.
[1282] *Cf Supra* n° 61 et s.
[1283] Cass. com. 3 mai 2006 « en s'abstenant d'exercer le droit dont il bénéficiait, le prêteur a obligé les cautions à payer une dette provoquée par son inaction deux cents fois supérieure à celle existant au jour de la réalisation de la condition suspensive, tandis que le bénéfice de subrogation était perdu par le fait exclusif du créancier. » : Cass. com. 3 mai 2006, n° 04-17283 et n° 04-17396, JurisData n° 2006-033319 ; JCP G 2006, I, 195, n° 7, obs. SIMLER ; JCP E 2006, 2061, note D. LEGEAIS ; Bull. civ. 2006, IV, n° 104 ; D. 2006, p. 1364, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2006, p. 1693, note D. HOUTCIEFF ; RD banc. et fin. 2006, comm. 94, obs. D. LEGEAIS.

tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé ». Aussi, la caution peut-elle intenter un recours avant paiement, lorsque le créancier s'abstient de poursuivre le débiteur et elle-même, afin de prévenir le risque d'être actionnée pour des sommes supérieures à celles auxquelles elle pouvait initialement s'attendre, et afin de limiter le risque de perte dans le cas où elle serait ensuite confrontée à l'insolvabilité du débiteur[1284]. Cela dit, plus que se prémunir, autrui peut réagir à l'abstention. En effet, plusieurs outils juridiques peuvent le lui permettre.

§2) Les outils juridiques de réaction

556. **Deux réactions juridiques possibles.** Réagir revient pour autrui à augmenter son degré d'intervention. Il marque ainsi sa responsabilisation en employant des procédés plus formels. À cette fin, deux voies de réaction lui sont offertes, contraindre l'agent à se positionner (A) ou exercer lui-même la prérogative (B).

A. Contraindre l'agent à se positionner

557. À ce stade, il ne s'agit plus d'inviter le titulaire de la prérogative à se positionner mais de l'inciter fortement à le faire par des moyens juridiques. Nonobstant l'interdiction des actions interrogatoires et provocatoires[1285], d'autres outils le permettent, telle l'action déclaratoire (1). Plus simplement, il peut être utile de recourir à une mise en demeure[1286] (2). Cette dernière, dont la fonction est d'interpeler de manière formelle, est souvent employée en guise de dernier avertissement.

1) L'action déclaratoire

558. **Définition.** Les actions déclaratoires « tendent à faire déclarer judiciairement l'existence ou l'inexistence d'une situation juridique ou d'un droit. Elles sont

[1284] G. PIETTE, « Cautionnement », Rép. dr. civ. Mai 2009, mis à j. juin 2015.
[1285] *Cf Supra*. Interdiction de principe des actions interrogatoires sous réserve des exceptions introduites par l'ordonnance du 10 fév. 2016.
[1286] G. CHABOT, « Mise en demeure », Rép. dr. civ. mis à j. sept. 2015.

censées n'aboutir à aucune mesure d'exécution forcée »[1287]. Elles sont admises parce qu'elles respectent davantage la liberté d'agir en justice que l'action provocatoire. En effet, « c'est celui qui se trouve dans l'incertitude, et qui veut la voir levée, qui agit en justice »[1288]. Les actions déclaratoires sont notamment prévues par des textes particuliers. Parmi eux figurent l'article 29-3 du Code civil en matière de nationalité et l'article L. 615-9 du Code de la propriété intellectuelle, en matière de brevets. Quant à la jurisprudence, dans ce contentieux gracieux, et hors application des cas légalement prévus, elle tend à être favorable à leur reconnaissance depuis un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation[1289]. En effet, « un individu a toujours intérêt à faire préciser par les tribunaux un élément incertain de son état » ou de son patrimoine[1290]. En revanche, les actions détachées de tout intérêt à agir né et actuel ne sauraient être admises. L'action déclaratoire vise effectivement la reconnaissance d'une situation juridique pour en retirer les avantages. Elle se distingue de l'action interrogatoire.

559. **Distinction avec l'action interrogatoire.** L'action interrogatoire a pour but d'amener une personne à se prononcer pour que la situation juridique produise enfin ses effets. Elle permet donc à celui dont l'évolution des prérogatives dépend d'une décision d'un autre de clarifier cette dernière, contrairement à l'action déclaratoire qui est uniquement centrée sur l'individu pour se voir déclaré ou non titulaire de prérogatives. Pour autant, les deux actions sont des outils de responsabilisation. Ainsi, sans avoir besoin de solliciter un juge, l'article 1183 de l'ordonnance du 10 février 2016 prévoit qu' « une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion ». Dès lors celui qui ne se prévaut pas, du moins pas encore, de la nullité sans être clair sur sa volonté de confirmer le contrat, peut être interrogé par écrit pour lever l'équivocité planant sur le contrat et son exécution. Le projet de réforme s'inscrit donc dans une

[1287] S. GRAYOT-DIRX, « Une action en justice peut-elle naître indépendamment d'un litige ? », D. 2011, p. 2311.
[1288] *Ibidem*.
[1289] « Même en dehors de tout litige, un plaideur a intérêt à faire constater la prescription de la créance de son auteur afin de connaître la consistance exacte du patrimoine dont il a hérité » : Cass. 1ère civ. 9 juin 2011, n° 10-10348, JurisData n° 2011-010935, D. 2011, p. 2311, note GRAYOT-DIRX ; D. 2012. p. 244, obs. N. FRICERO ; Procédures 2011, n° 255, obs. PERROT.
[1290] Y. DESDEVISES, actualisé par O. STAES, « Action en justice ; recevabilité ; conditions subjectives », J.-Cl. proc. civ. fasc. 126-2, 1er fév. 2012.

certaine responsabilisation du destinataire de l'inaction. Il va même jusqu'à prévoir l'effet de l'absence de réponse de l'agent et de son absence d'action en justice contre lui dans les six mois. La méthode utilisée est donc très pédagogique et permet aussi à l'agent de se responsabiliser et de connaître avec certitude et clarté le délai qui lui est laissé et les conséquences de la poursuite de son abstention. Autre mode d'interpellation, la mise en demeure semble être l'instrument naturel de sommation de celui qui reste dans l'inaction.

2) La mise en demeure

560. **Définition.** L'interpellation ressortant d'une mise en demeure doit être « suffisante ». Cela ne correspond donc pas à une simple discussion. L'article 1344 du Code civil dispose en effet que le débiteur est constitué en demeure soit par une sommation ou par un autre acte équivalent, telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle le prévoit, sans qu'il ne soit besoin d'aucun acte et par la seule échéance du terme. La mise en demeure s'adresse à un débiteur qui ne s'est pas exécuté alors qu'il aurait déjà dû le faire. Elle suppose donc un retard. Cependant, en l'occurrence, le titulaire de la prérogative qui s'abstient a le droit de ne pas se positionner. Il n'est pas non plus en retard dès lors que le délai imparti pour décider n'est pas entièrement écoulé. De fait, la question de la légitimité du recours à la mise en demeure se pose.

561. **Un outil d'amélioration de la situation.** La mise en demeure ne se conçoit toutefois que si l'exécution est encore possible[1291]. Le retard ne doit donc pas avoir épuisé toute chance d'exécution eu égard son utilité ou l'épuisement des moyens ou des conditions nécessaires à sa réalisation. Par conséquent, la mise en demeure a vocation à s'appliquer à une situation susceptible d'être améliorée. En matière d'abstention, c'est justement ce qui est recherché, diminuer l'attente de celui qui la subit.

[1291] Avis Cass. M. DE GOUTTES, arrêt n° 257, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/gouttes_premier_10626.html

562. **Un outil utile même en l'absence de faute.** Il reste néanmoins à déterminer si une mise en demeure peut être faite à l'agent alors qu'il ne se trouve pas dans un contexte d'inexécution avérée. En principe, la demeure, après avoir joué son rôle comminatoire, déclenche des sanctions. Il s'agirait de mettre l'agent en défaut s'il ne coopère pas avec celui qui s'inquiète et qui met en œuvre les moyens pour que la situation se déroule au mieux. Il s'agit donc d'un moyen qui révélera le manquement au standard de l'agent raisonnable qui préconise de répondre aux destinataires de l'abstention.

En Droit belge, la mise en demeure peut ainsi être *ad futurum*[1292] c'est-à-dire intervenir préalablement au terme et *a fortiori* à l'inexécution. Certes, ses effets, tel le déclenchement du cours des intérêts, ne se produiront qu'à compter de l'arrivée de l'échéance, mais l'inexécution n'est pas forcément requise pour effectuer une mise en demeure. Cette dernière pourrait donc être un outil utile face à l'abstention du débiteur mais aussi face à celle du créancier.

563. ***Mora creditoris.*** En Droit romain, il existait la *mora creditoris* qui a inspiré l'Allemagne et la Suisse. La *mora creditoris*, ou demeure du créancier, était une théorie absente du Droit français jusqu'à récemment. Pourtant, elle répond à la problématique de savoir ce que peut faire le débiteur face au refus du créancier d'accepter le paiement ou de faciliter l'exécution de l'obligation du débiteur. En Droit romain, la « *mora* » désignait en effet le retard et l'empêchement à l'exécution. Lorsque le débiteur faisait une proposition d'offre et que le créancier la refusait, ce dernier devait justifier son refus. À défaut, il était constitué en demeure. Aucune faute du créancier n'était à démontrer. Certes, l'abstention n'est pas un refus mais l'embarras du débiteur peut être équivalent. En effet, une des conditions du retard du créancier selon le droit allemand, est que le créancier n'accepte pas le paiement. Ne pas accepter ne correspond pas nécessairement à un refus. Au contraire, cela peut aussi résulter d'une abstention. Mieux, « le comportement négatif du créancier n'a pas besoin d'être fautif »[1293]. C'est sur ce point que la demeure du titulaire de la prérogative peut se justifier puisque ce

[1292] N. CAYROL, « Contrats et obligations – mise en demeure », J.-Cl. Civ. code 1136 à 1145, fasc. 60, 21 sept. 2015. Comp. droit belge V. P. WÈRY, *Droit des obligations*, vol. 1 : théorie générale du contrat, Bruxelles, Larcier, 2010, spéc. p. 391, n° 446.
[1293] M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2ème éd. Droit des affaires, 2004, p. 190.

dernier, lorsqu'il s'abstient, ne commet pas de faute et *a fortiori* pas d'inexécution[1294].

564. **Effet de la demeure du créancier.** Le débiteur pouvait alors se libérer complètement et mettre fin à la *mora* par le dépôt ou l'abandon de l'objet de l'obligation tandis que le créancier avait la possibilité de tenter de purger sa demeure. Pour cela, le créancier devait se préparer activement pour recevoir le paiement, entendu au sens large. De plus, il devait réparer les dommages résultant de la non-exécution au terme, et déclarer accepter que le montant du préjudice découlant de la *mora creditoris* soit déduit de la créance[1295]. Il est possible de considérer qu'il s'agit d'un mécanisme faisant application de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. La demeure du créancier s'applique alors face à un retard dans l'accomplissement de l'obligation pouvant être imputé au créancier[1296]. La demeure du créancier prive celui-ci du droit à réparation du préjudice moratoire. Ceci n'aggrave pas la situation du créancier mais permet de faire advenir une situation équivalente à celle qui aurait résulté d'un paiement accepté[1297]. Il s'agit donc d'une solution efficace pour le débiteur qui veut exécuter son obligation nonobstant le comportement du créancier.

565. **Un outil préservant un équilibre.** La demeure du créancier était, en outre, une solution contenue dans le projet TERRÉ qui s'applique parfaitement à l'abstention. Le destinataire de l'abstention peut mettre en demeure le titulaire de la prérogative pour lui rappeler celle-ci et faire connaître son intérêt sur les intentions de l'agent. Ce dernier n'est pas non plus totalement déresponsabilisé par la responsabilisation d'autrui puisque l'auteur de l'abstention est également mis devant ses responsabilités s'il s'est comporté en agent déraisonnable.

L'ordonnance de réforme du droit des obligations reprend « la mise en demeure du créancier » à l'article 1323 qui prévoit que « lorsque le créancier refuse, à l'échéance et sans motif légitime, de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou

[1294] *Cf Supra*.
[1295] C. ROBIN, « La *mora creditoris* », RTD civ. 1998, p. 608.
[1296] C. ANDRÉ, *Le fait du créancier* contractuel, thèse, LGDJ, 2002, Bibl. dr. privé, t. 356, p. 212, n° 715.
[1297] C. ANDRÉ, *op. cit.* p. 218, n° 735.

d'en permettre l'exécution ». L'ordonnance, en intégrant l'expression « l'empêche par son fait » comprend l'abstention et offre expressément la mise en demeure comme outil au débiteur destinataire de l'abstention. Les dispositions prévoient également que « la mise en demeure du créancier arrête le cours de l'intérêt dû par le débiteur et met les risques de la chose à la charge du créancier ». Le destinataire de l'abstention a donc véritablement la possibilité de faire obstacle aux conséquences néfastes de l'abstention ce qui justifie que l'absence de mise en œuvre d'un de ces outils avant de se plaindre constitue une cause d'exonération, au moins partielle, de la responsabilité de l'agent déraisonnable.

566. **Un outil essentiel.** En matière de promesse unilatérale, la mise en demeure est un outil qui a été permis par la jurisprudence. Monsieur VALORY rend compte de la parfaite adéquation de cet outil avec la problématique de l'abstention. Plus précisément, la mise en demeure est, selon lui, l'outil le plus performant pour résoudre le paradoxe existant entre la nécessaire levée du doute en faveur du destinataire de l'abstention et la protection de l'agent à qui le doute peut légitimement profiter. L'auteur rend en effet compte du fait que « si la potestativité doit être protégée, il importe de ne pas négliger les intérêts du promettant en situation de sujétion contre l'inertie du *potentior*. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence lui permet, lorsque le droit potestatif n'est assorti d'aucun terme extinctif, de mettre en demeure son partenaire de prendre parti dans un délai raisonnable. Cette initiative s'apparente à un préavis donné lors de la rupture unilatérale d'un contrat à durée indéterminée. Le principe revêt une portée très générale et entraine la libération du sujet passif en cas de silence durable du bénéficiaire à la réception de lettres lui enjoignant d'exprimer sa volonté. Alors même qu'elle n'est pas nécessaire, une mise en demeure à l'expiration d'un délai contractuel d'option peut être opportune pour le promettant. Elle est de nature à limiter le contentieux relatif à l'exercice du droit potestatif »[1298].

567. **Mise en demeure par sommation d'huissier.** Le destinataire de l'abstention a également la possibilité d'effectuer la mise en demeure par un acte extrajudiciaire, ce qui suppose, toutefois, de passer par un intermédiaire entrainant *a fortiori* un

[1298] S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, avant-propos I. NAJJAR, préf. J. MESTRE, PUAM, 1999, p. 363, n° 639.

coût supplémentaire. Cet outil est notamment prévu en matière d'option successorale. La situation bloquée par une absence de choix d'un successible peut être résolue par une sommation d'huissier de prendre parti dans la succession. L'article 771 du Code civil prévoit cette hypothèse. Les cohéritiers peuvent alors contraindre l'héritier potentiel à opter par acte extrajudiciaire signifié par un huissier de justice après quatre mois depuis l'ouverture de la succession. L'article 772 du même Code complète cela et dispose que « dans les deux mois qui suivent la sommation, l'héritier doit prendre parti ou solliciter un délai supplémentaire auprès du juge lorsqu'il n'a pas été en mesure de clôturer l'inventaire commencé ou lorsqu'il justifie d'autres motifs sérieux et légitimes. Ce délai est suspendu à compter de la demande de prorogation jusqu'à la décision du juge saisi. À défaut d'avoir pris parti à l'expiration du délai de deux mois ou du délai supplémentaire accordé, l'héritier est réputé acceptant pur et simple ».

568. **Mise en demeure par sommation du notaire.** Par ailleurs, la sommation faite à l'héritier de se faire représenter au partage amiable peut émaner du notaire pour établir l'acte liquidatif ou d'un indivisaire. Tout copartageant peut en effet faire désigner judiciairement un représentant pour l'indivisaire qui ne se manifeste pas en application de l'article 837 du Code civil. Dans ce cas, si cet indivisaire reste taisant dans les trois mois de la mise en demeure, « un copartageant peut demander au juge de désigner toute personne qualifiée qui représentera le défaillant jusqu'à la réalisation complète du partage. Cette personne ne peut consentir au partage qu'avec l'autorisation du juge »[1299]. De même, selon l'article 841-1 du Code civil, « si le notaire commis pour établir l'état liquidatif se heurte à l'inertie d'un indivisaire, il peut le mettre en demeure, par acte extrajudiciaire, de se faire représenter. Faute pour l'indivisaire d'avoir constitué mandataire dans les trois mois de la mise en demeure, le notaire peut demander au juge de désigner toute personne qualifiée qui représentera le défaillant jusqu'à la réalisation complète des opérations ». L'intervention judiciaire est donc parfois utile pour contrer les inconvénients de l'abstention.

Essayer de contraindre l'agent à se positionner peut permettre de faire évoluer la situation qui était figée. Néanmoins, il s'agit en l'occurrence d'outils indirects.

[1299] Art. 837. C. civ.

La méthode la plus sûre pour celui qui subit le temps de l'abstention reste de se responsabiliser en agissant lui-même. C'est une solution qui se trouve au degré supérieur dans l'échelle de responsabilisation.

B. Agir soi-même

569. **« On n'est jamais mieux servi que par soi-même ».** Celui qui subit les conséquences de l'abstention, dès lors qu'il trouve la situation intenable, doit réagir de manière plus engagée, en agissant vraiment plutôt que de continuer à espérer une prise de position qui ne vient pas. Différents outils sont alors à sa portée dont les offres réelles (1) et différentes actions en justice (2).

1) Des offres réelles

570. **Présentation.** La question de savoir comment contraindre le créancier à exercer son droit de recevoir le paiement se pose notamment face à la protection du débiteur et des tiers. Ainsi, l'abstention du créancier à recevoir le paiement peut être motivée par un intérêt économique[1300] important à ses yeux. En ne faisant rien pour obtenir le paiement, le créancier évite d'être *accipiens*. La théorie des offres réelles a ainsi été développée en Droit français aux articles 1257 et suivants du Code civil ancien, complétés par les articles 1426 à 1429 du Code de procédure civile. Au contraire de la *mora creditoris*, cette conception des offres réelles ne reposait pas sur la notion de fait du créancier. L'ordonnance du 10 février 2016 a changé cela en réécrivant les articles précités, codifiés dorénavant aux articles 1345 et suivant du Code civil. En effet, le texte ne vise plus seulement le refus du créancier mais étend son domaine d'application aux cas où le créancier empêche le paiement par son fait. Ainsi, l'abstention entre pleinement dans le champ d'application de la procédure des offres réelles.

571. **Procédure antérieure.** Le dispositif des offres réelles se décomposait en deux phases : l'offre et la consignation. L'article 1257 du Code civil disposait en effet que « les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ». Les conditions de validité des offres réelles étaient présentées par l'article 1258 du

[1300] *Cf Supra*.

même Code. Par l'offre, le débiteur propose au créancier l'exécution de son obligation. Pour qu'il s'agisse d'une véritable offre réelle, le débiteur doit permettre « une mise à la disposition effective de la chose offerte entre les mains de son destinataire »[1301]. L'offre doit également concerner une obligation née, liquide et exigible. Elle est de plus nécessairement pure et simple ainsi que satisfactoire. Un acte extra-judiciaire est requis. Le débiteur recourt donc à un huissier pour offrir la somme ou la chose. En cas de refus du créancier, le débiteur doit saisir le tribunal en référé afin d'être autorisé à consigner l'objet du paiement à la Caisse des dépôts et des consignations, consignation dont le créancier sera informé. Les avantages pour le débiteur est d'arrêter le cours des intérêts et de transférer les risques au créancier. Le temps est dorénavant subi par le créancier. Néanmoins, la solution des offres réelles telle que présentée était restreinte.

572. **Une procédure réformée davantage attractive.** Des limites apparaissaient, dans l'ancienne législation, au travers de sa lourdeur et de son coût important pour le débiteur. De plus, les offres réelles ne peuvent pas être faites en cas d'obligation de faire ou de ne pas faire. La réforme a toutefois simplifié cette procédure et l'a déjudiciarisée[1302]. Ainsi, l'intervention du juge est supprimée. Le débiteur doit mettre le créancier en demeure[1303] - avec une interpellation suffisante - d'accepter ou de permettre le paiement. Le législateur prévoit le cas d'absence de réaction du créancier à cette mise en demeure dans les deux mois et reprend le procédé de consignation et de séquestre. La nouveauté réside cependant sur le fait que la notification de la consignation ou du séquestre au créancier libère le débiteur, sans recours au juge. Il est à noter qu'avec la mise en demeure, le débiteur essaie de provoquer la fin de l'abstention et une décision du créancier. D'autres outils, propres à la responsabilisation de celui qui subit l'abstention, existent le conduisant parfois à se substituer au titulaire de la prérogative.

[1301] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.* v. « offres réelles ».
[1302] N. FRICERO, « Une nouvelle réponse déjudiciarisée à l'obstruction au paiement du créancier », JCP G. 11 juill. 2016, p. 807.
[1303] *Cf Supra* n° 560.

2) Des actions en justice

573. **Demande de subrogation.** Le destinataire de l'abstention doit faire preuve d'initiative en agissant lui-même, poussant donc parfois l'agent à exercer la prérogative, à condition que cela soit juridiquement permis, notamment quant à la capacité des personnes ou à l'existence de conditions particulières. Exercer la prérogative d'un autre est notamment rendu possible par la subrogation qui s'opère alors. En matière de saisie immobilière, les créanciers inscrits et les créanciers énumérés au 1° *bis* de l'article 2374 et à l'article 2375 nouveaux du Code civil peuvent, à compter de la publication du commandement valant saisie et à tout moment de la procédure, demander au juge de l'exécution leur subrogation dans les droits du créancier poursuivant, par voie de demande incidente ou verbalement à l'audience d'adjudication. La subrogation peut être sollicitée en cas de désistement du créancier poursuivant ou s'il y a négligence, fraude, collusion ou toute autre cause de retard imputable à celui-ci. La décision qui rejette la demande de subrogation n'est pas susceptible de recours, à moins qu'elle mette fin à la procédure. La subrogation emporte substitution dans les poursuites et dans les droits et obligations fixées au cahier des conditions de vente prévu à l'article 44 du décret 2006-936 du 27 juillet 2006. Le créancier poursuivant contre lequel la subrogation est prononcée est tenu de remettre les pièces de la poursuite au subrogé qui en accuse réception. Tant que cette remise n'a pas lieu, le créancier poursuivant n'est pas déchargé de ses obligations, ce qui est assez efficace.

574. **Substitution du titulaire de la prérogative.** Le Droit positif envisage aussi une substitution de la personne détenant la prérogative dans différents cas. Ce mécanisme a pour effet de permettre à autrui d'être valablement actif en exerçant la prérogative en cause. C'est par exemple le cas de l'article R. 333-1 du Code des procédures civiles d'exécution qui dispose que la distribution du prix de l'immeuble est poursuivie à la diligence du créancier saisissant ou, à défaut, du créancier le plus diligent ou du débiteur. Le Droit positif ici permet à d'autres personnes intéressées de se substituer à celui qui n'agit plus. Il s'agit d'un moyen d'action proposé aux autres créanciers du débiteur ou au débiteur lui-même. Ce mécanisme se retrouve par ailleurs à l'article 779 du Code civil au profit du créancier personnel de celui qui s'abstient d'accepter une succession. En revanche,

compte tenue de la matière, le créancier doit demander l'autorisation de cette substitution en justice.

575. **Deux actions propres au créancier de l'agent.** Selon le domaine de la prérogative non exercée par l'agent, le destinataire de l'abstention dispose de différentes actions plus ou moins spécifiques pour débloquer la situation. Cependant, de manière générale, les actions en justice lui octroyant la possibilité d'agir lui-même sont l'action oblique (a) et l'action directe (b).

a) L'action oblique

576. **Conditions.** L'action oblique permet à un créancier d'agir à la place de son débiteur, qui par ailleurs créancier, s'est abstenu d'agir à l'encontre de son propre débiteur. Cette action, régie par l'article 1341-1 du Code civil, requiert certaines conditions. Il faut ainsi une inaction du débiteur quant à l'une de ses prérogatives envers un tiers[1304]. Celle-ci est établie lorsque le débiteur ne justifie d'aucune diligence dans sa qualité de créancier pour recouvrer son dû[1305]. L'inaction doit de plus compromettre les intérêts du créancier auteur de l'action oblique. Par conséquent l'action oblique suppose trois personnes : deux titulaires de créances et deux débiteurs, l'une des personnes devant être à la fois débiteur et créancier pour permettre la chaine des prérogatives. Pour Monsieur le Professeur LÉGIER, il en résulte « l'établissement d'un lien procédural direct entre le créancier et le tiers »[1306]. Pour lui, c'est ce qui a conduit un auteur à écrire que « l'action oblique est indirecte quant au fond mais directe quant à la forme »[1307].

Il est à noter que l'emploi du terme « inaction », déjà présent dans l'ancien article 1166 du Code civil, est révélateur du fait que l'action oblique est un remède de responsabilisation qui s'applique aussi à l'abstention du débiteur. Eu égard à l'intention qui la caractérise, l'action oblique est un outil particulièrement pertinent pour l'abstention dans le sens où elle donne l'opportunité de faire fi de l'agent tout en imposant au destinataire de l'abstention de n'interférer dans le choix

[1304] Cass. 1ère civ. 28 mai 2002, n° 00-11049, D. 2002, p. 3041, note V. PERRUCHOT-TRIBOULET.
[1305] Cass. 2ème civ. 30 avril 1960, Bull. civ. III, n° 87.
[1306] G. LÉGIER, « CONTRATS ET OBLIGATIONS – Effets des conventions à l'égard des tiers – Action oblique », fasc. Unique, J.-Cl. civ. Code art. 1166, spéc. n° 1.
[1307] P. HÉBRAUD, obs. RTD civ. 1951, p. 544, cité par G. LÉGIER, art. préc.

d'abstention du titulaire de la prérogative que si ses propres intérêts sont compromis. Il faut donc avoir un intérêt à agir et que ce dernier soit légitime pour stopper l'abstention.

577. **Effets à nuancer.** L'action oblique permet ainsi au créancier de faire réintégrer dans le patrimoine de son débiteur une valeur, de l'actif plus concret qu'une simple créance dont le recouvrement peut apparaître incertain. Toutefois, ce n'est pas le créancier qui prend l'initiative de ce recouvrement par voie oblique qui profite seul du résultat. Il se retrouve en concurrence avec les autres créanciers. C'est la raison pour laquelle les créanciers ne prennent pas toujours la peine d'engager les poursuites nécessaires. Cet inconvénient peut toutefois être évité par le créancier en se tournant plutôt vers l'action directe. Cette dernière se distingue en effet de l'action oblique, même si, dans les deux cas, le créancier agit généralement contre un débiteur de son débiteur.

b) L'action directe

578. **Principe.** Le créancier qui engage une action directe agit pour lui, « sans faire de détour par le patrimoine de son débiteur »[1308]. En effet, le créancier poursuit « directement, en son propre nom et pour son propre compte le débiteur de son débiteur »[1309]. Cette action est donc plus égoïste que l'action oblique, mais plus efficace pour celui qui l'exerce. Ce dernier, en effet, n'a pas à subir le concours des autres créanciers et bénéficie d'un avantage supplémentaire certain, à savoir que le défendeur ne peut pas lui opposer certaines des exceptions qui seraient pourtant opposables au débiteur principal[1310]. Néanmoins, les actions directes, à l'inverse de l'action oblique, sont conférées par la loi ou la jurisprudence[1311]. Il est possible de citer, à titre d'illustration, l'action directe contenue dans l'article 1798 du Code civil et s'effectuant contre le maître de l'ouvrage par les employés de l'entrepreneur pour le paiement de leur salaire. Certains auteurs comparent alors l'action directe à la technique des sûretés, et plus précisément à « une sûreté

[1308] G. LÉGIER, art. préc.
[1309] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil Les obligations*, Précis, Dalloz, 11ème éd. 2013, p. 1232, n° 1187.
[1310] M. COZIAN, *L'action directe*, LGDJ, 1969, Bibl. dr. privé, t. 92, et Chr. JAMIN, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991, Bibl. dr. privé, t. 215, cités par G. LÉGIER, art. préc.
[1311] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, lextenso, Defrénois, Droit civil, 8ème éd. 2016, p. 679, n° 1154 et s.

personnelle légale »[1312] parce que l'action directe confère au créancier un second débiteur.

579. **Synthèse et combinaison des outils présentés.** En somme, autrui dispose d'outils très divers dès lors qu'il a la volonté de se protéger par lui-même. Cette protection responsable s'organise soit de façon préventive, soit en permettant une réaction reconnue juridiquement. Il semble parfois opportun d'envisager, dans le dessein d'obtenir une protection optimum, une combinaison de ces outils.

À cet égard, l'ordonnance de réforme du droit des contrats a introduit un système intéressant quant à l'hypothèse où les contractants auraient prévu une obligation alternative. L'article 1307 définit cette dernière et dispose que « l'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que l'exécution de l'une d'elles libère le débiteur ». Il faut noter que les rédacteurs précisent, dans un souci de sécurité juridique, à l'article 1307-1, que « le choix entre les prestations appartient au débiteur ». Mieux, est également indiqué dans cet article que « si le choix n'est pas exercé en temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat ». Par conséquent, le mécanisme est assez sécurisé. Les parties connaissent le titulaire du choix de la prestation à exécuter. Elles savent aussi que si ce choix n'est pas effectué selon les modalités prévues, ou, à défaut, selon un délai raisonnable, l'autre dispose d'un outil, la mise en demeure, pour interpeler le titulaire, qui, s'il ne réagit pas, voit son rôle transféré à l'autre contractant. Ceci est assez dissuasif puisque cela signifie en substance que le créancier choisit alors la prestation qu'il préfère recevoir à ce moment-là, le débiteur se voyant imposer un choix qu'il aurait pu éviter, voire se voyant opposer la résolution du contrat si le créancier le décide. La situation n'est donc pas bloquée si le débiteur s'abstient, le créancier ayant le pouvoir de le mettre en demeure et de se substituer au premier titulaire de la prérogative. Néanmoins, lorsque rien n'aura été prévu, se pose la question de savoir comment, pour le créancier, apprécier le délai raisonnable. De plus, si l'abstention du débiteur est prévue, demeure la question de l'abstention du créancier suite à l'abstention du débiteur. En effet, le texte ne prévoit pas de solution si, suite à l'abstention du débiteur, le créancier ne le met pas en demeure

[1312] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op.cit.* p. 1232, n° 1167.

et s'abstient de choisir entre décider l'obligation que le débiteur devra exécuter ou la résolution. En outre, s'il choisit de se substituer au débiteur dans le choix de la prestation due, encore faut-il qu'il détermine celle-ci clairement. Des failles restent donc à combler. En outre, rien n'est précisé si le titulaire de la prérogative qui s'abstient doit par la suite faire face à la mauvaise foi d'autrui qui profite de la situation d'abstention. Pourtant, ce dernier doit se responsabiliser et prendre les décisions utiles mais sans détourner les outils mis à sa disposition de leur finalité.

Section II/ Des outils parfois instrumentalisés

580. **Instrumentalisation.** Les outils juridiques protecteurs présentés ci-dessus ont pour finalité de permettre au destinataire gêné[1313] par l'abstention de faire évoluer lui-même la situation. Autrui n'est donc pas totalement impuissant. Aussi doit-il répondre de son inaction lorsqu'il se plaint. De surcroît, un doute jaillit sur sa présumée bonne foi lorsqu'il se plaint de l'abstention sans avoir essayé de pallier l'incertitude qui en est née. Effectivement, il arrive qu'autrui instrumentalise les outils pour faire primer ses intérêts. L'instrumentalisation des outils est identifiée au travers de différentes qualifications juridiques (§1) qui permettraient sa sanction. La prévention de l'instrumentalisation réside malgré tout dans la responsabilisation (§2).

§1) Qualifications juridiques de l'instrumentalisation des outils

581. **Les qualifications juridiques des comportements d'autrui révélant l'instrumentalisation.** Il convient d'organiser la responsabilisation d'autrui dans le respect de l'agent. Cela suppose de protéger ce dernier contre une éventuelle instrumentalisation des outils par les destinataires directs et indirects de l'abstention. En effet, réduire l'imprévisibilité en incitant autrui à se prémunir ou à réagir contre l'abstention ne saurait se solder par une atteinte excessive à la liberté de l'agent ou par la déresponsabilisation d'autrui. L'instrumentalisation se repère lorsque le comportement du destinataire de l'abstention est qualifié de mauvaise foi (A) ou est constitutif de manœuvres dilatoires et abusives (B).

[1313] *Cf Supra*.

A. La mauvaise foi

582. **La mauvaise foi d'autrui inconciliable avec sa nécessaire responsabilisation.** La responsabilisation d'autrui doit donner lieu à des actes conformes aux fondements de celle-ci, la loyauté et la bonne foi, notamment. En conséquence, toute mauvaise foi d'autrui, même si l'action en cause était une initiative face aux conséquences de l'abstention, contrevient à l'exigence de sa responsabilisation. Il a d'ailleurs été remarqué précédemment que certaines décisions reconnaissaient à l'agent le droit d'exercer sa prérogative suite à sa propre abstention, et ce d'autant plus lorsque le destinataire de l'abstention était de mauvaise foi. Les juges considèrent en effet que, dans ce cas, les intérêts de ce dernier étaient moins dignes de protection[1314]. Cela se vérifie quand le destinataire de l'abstention est un débiteur de mauvaise foi ou utilise à son tour l'abstention mais en étant de mauvaise foi.

583. **Mauvaise foi du débiteur.** Un débiteur n'est pas autorisé à se servir de l'abstention de son créancier pour éviter de respecter son engagement. Un auteur décrivait ce comportement de mauvaise foi en ces termes « il entend lasser son créancier et guetter l'apparition de son épuisement pour négocier à bon compte. Il gagne du temps pour contraindre ainsi son créancier à lui consentir une trésorerie facile et à bon marché »[1315]. L'abstention du créancier peut devenir une arme du débiteur contre le créancier. Le destinataire de l'abstention joue sur l'imprévisibilité générée par l'abstention et dénigrée par les juges pour se présenter en tant que victime. Cependant, il faut souligner que l'imprévisibilité est toute relative. En effet, un débiteur sait qu' « un crédit engage et doit être remboursé (…) »[1316] ou qu'une dette se paie. Il devrait toujours s'attendre à se voir réclamer le paiement augmenté des intérêts. La revendication d'un « brusque changement », d'une « situation imprévisible » met, en fait, en exergue sa volonté de spéculer pour toujours sur l'abstention du créancier, et non celle d'en profiter

[1314] Cass. 3ème civ. 24 nov. 2004, nº 03-15807, Bull. civ. III, nº 208, p. 187, D. 2005, 12, obs. Y. ROUQUET ; JCP G. 2004, Act., nº 644 ; ibid. 2005, II, 10048, note G. KESSLER ; L.P.A. 2005, nº 52, p. 13, obs. S. RABY ; le caractère quérable de la créance n'est pas une excuse pour ne pas payer ses dettes.
[1315] J.-C. WOOG, *La stratégie du créancier*, Dalloz, Préf. G. CANIVET, 1998, p. 41.
[1316] Mention obligatoire sur toute publicité pour le crédit depuis l'adoption de la loi Lagarde (loi n° 2010-737 du 1er juill.2010 sur le crédit).

seulement pour un certain temps. Cette arme ne peut donc pas être utilisée loyalement dans n'importe quelle circonstance.

584. **Mauvaise foi issue d'une abstention d'autrui en réponse à une abstention.** Par ailleurs, le destinataire d'une abstention ne saurait s'abstenir d'utiliser les outils présentés ci-dessus dans le but d'instrumentaliser la première abstention à ses fins. Les juges ont ainsi relevé la mauvaise foi du preneur qui se garde bien de réagir à l'absence de facturation de ses consommations d'eau et les paye jusqu'à ce qu'il ne puisse faire face à une dette de cette nature et invoque l'abstention de la partie adverse[1317]. Ils affirment alors qu'il appartient au destinataire d'une abstention de se plaindre avant que la répétition du processus n'entraine son interprétation en une habitude. En effet, il est d'autant plus suspect que le preneur se plaigne après avoir accepté aussi longtemps l'absence de facturation, qu'il approuvait d'une certaine façon en payant sans rien dire. De même, la Haute juridiction, reproche au titulaire d'un compte la mauvaise foi dont il a fait preuve à l'égard de la banque, même s'il reproche à cette dernière un envoi tardif des relevés. En effet, les juges notent à l'encontre du client, son « absence de protestation dans le délai imparti conventionnellement d'un mois à compter de la réception des relevés de compte ». Ils reconnaissent que cela « n'emporte qu'une présomption d'accord du client sur les opérations y figurant, laquelle ne prive pas celui-ci de la faculté de rapporter, pendant la durée de la prescription légale, la preuve d'éléments propres à l'écarter ». Mais, la cliente, en l'espèce, « ne rapporte pas la preuve de ce que les crédits à la consommation qui constituent la cause des prélèvements de son compte professionnel au profit d'établissements de crédit sont le fait de M. Y » alors que « les virements automatiques effectués, depuis 1998, à partir de son compte professionnel au profit d'une compagnie d'assurance sur le fondement d'une autorisation de prélèvement automatique n'ont jamais suscité de réaction de [sa] part, elle s'abstient de produire toute pièce contractuelle permettant de connaître l'identité du souscripteur de l'assurance-vie et, enfin, que son compte personnel qui présentait un solde débiteur a été clôturé et soldé sans qu'elle n'oppose de contestation et qu'elle n'a raisonnablement pas pu ignorer les virements effectués régulièrement en faveur du compte de son mari pour des

[1317] Cass. 1ère civ. 23 janv. 1996, n° 93-21414.

sommes importantes ». En conséquence, c'est « sans inverser la charge de la preuve », qu'il apparaît que « la banque n'avait pas commis de faute »[1318]. Aussi, la cliente échoue-t-elle à renverser la présomption. Son absence de réaction à la réception de ses relevés de compte, pour un commentateur, « trahit son accord, même tacite, aux opérations litigieuses, sauf à considérer qu'elle n'en avait pas eu connaissance. Mais même dans ce cas, l'ignorance doit être légitime et ne peut donc résulter, comme en l'espèce, d'une négligence fautive qui justifie que les conséquences dommageables d'un défaut de contrôle des relevés de compte soient mises à la charge du client »[1319]. Il est donc de rigueur de ne pas se reposer sur l'abstention du titulaire de la prérogative pour échapper à la critique de sa propre abstention.

585. **Incidence de la mauvaise foi sur la prescription.** Il convient enfin de noter que dans les deux arrêts cités, la mauvaise foi s'ajoute au fait qu'il restait à l'agent du temps pour exercer sa prérogative. Ceci amène à se demander si, dans la situation inverse, lorsque l'agent n'a plus de temps dans le délai imparti et se trouve confronté à la prescription, celui-ci peut faire valoir le mauvais comportement du destinataire de l'abstention pour échapper ou retarder les effets de la prescription. Pour Monsieur le Professeur AYMERIC, notamment, « le débiteur, compte tenu de son comportement, ne devrait pas être admis à opposer la prescription »[1320]. Cependant, il importe alors de se demander si la remise en cause du délai de prescription est toujours recherchée et désirée par l'agent. L'auteur précité relève en effet avec pertinence que « le temps ne se quantifie pas comme l'argent : l'important pour le créancier n'est pas réellement la durée de la prescription, c'est surtout, plus pratiquement, qu'on lui reconnaisse toujours, au moment où il décide d'exercer son action, le droit d'agir »[1321]. Aussi celui qui a fait exprès de ne pas profiter des avantages de sa prérogative pendant le délai imparti peut-il opposer la mauvaise foi du destinataire de l'abstention pour être finalement autorisé à exercer sa prérogative ? En revanche, contrairement au Professeur

[1318] Cass. com. 13 nov. 2012, n° 11-25596, J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Quelle force probatoire au silence du client en matière bancaire ? », EDBA, 1er janv. 2013, n° 1, p. 1.
[1319] M. H. « Qui ne dit mot consent aux opérations figurant dans ses relevés bancaires », Dalloz actualités, 13 déc. 2012.
[1320] N. AYMERIC, « L'incidence du comportement du débiteur sur la prescription », RTD civ. 2013, p. 519.
[1321] *Ibidem*.

AYMERIC qui part du postulat selon lequel « l'inertie [du créancier] ne saurait être excusée » et défend l'idée que la faute du destinataire ne peut être prise en compte que si elle a causé l'inertie du titulaire de la prérogative, la thèse accréditée ici est de dire que tout comportement d'autrui contraire à la bonne foi est susceptible de lui être reproché, de même que toute absence de réaction à l'abstention dès lors qu'il se plaint. Après tout, la prescription vise à sécuriser autrui et constitue une fin de non-recevoir parce que le titulaire de la prérogative a trop tardé à se manifester, mais autrui ne s'est pas plus senti concerné puisqu'il a attendu de son côté sans rien déclencher, ignorant les outils juridiques à sa disposition. Néanmoins, si la solution du Professeur AYMERIC apparaît empreinte de justice, elle n'est pas garante de sécurité juridique, or celle-ci prime. De fait, il n'y a *a priori* pas de raison de priver le titulaire de la prérogative de celle-ci tant que le délai imparti n'est pas éteint. Cela dit, reconnaître la théorie processualiste de la prescription[1322] garantit au titulaire de la prérogative une certaine survivance de celle-ci malgré l'extinction de l'action. Certes, la satisfaction du titulaire de la prérogative se trouve alors entièrement subordonnée au bon-vouloir d'autrui, mais ce dernier n'attendait peut-être qu'un appel, même tardif de son créancier, ou, s'il spéculait sur le temps qui passe, sa malhonnêteté pourrait bien se retourner contre lui dans le sens où le monde des affaires, lui n'oublie pas.

586. **Incidence des outils sur la responsabilisation.** Être responsable, c'est se servir, ou non, des outils juridiques à sa disposition, mais toujours conformément à leur finalité, pour endiguer son incertitude et non pour en faire une arme contre le titulaire de la prérogative.

Le destinataire de l'abstention ne doit pas être aussi passif que l'agent sans raison. Mieux, il doit gérer et assumer les risques qui naissent de sa déresponsabilisation. Il doit donc être sanctionné lorsque son manquement à un comportement responsable est un manquement actif caractérisé par des manœuvres dilatoires ou abusives.

[1322] *Cf Supra* n° 229 et s.

B. Les manœuvres dilatoires et abusives

587. **Définition de la manœuvre dilatoire.** La manœuvre dilatoire est définie par CORNU comme « tout comportement habile mais non toujours illicite en soi qui tend à retarder le cours de la justice ou l'aboutissement d'une opération en soulevant des incidents en général mal fondés et en exploitant tous les moyens de gagner du temps »[1323]. L'article 32-1 du Code de procédure civile prohibe ainsi le fait d'agir en justice de manière dilatoire et sanctionne un tel comportement par une amende indépendamment des dommages et intérêts pouvant être prononcés en indemnisation du préjudice subi. En effet, il est reconnu que la victime de la manœuvre dilatoire subit un préjudice du fait du temps perdu. C'est pourquoi Monsieur le Professeur CHOLET justifie avec raison cette indemnisation de la victime par les « frais nouveaux, les tracas supplémentaires et éventuellement des conséquences plus importantes (disparition de preuve, faillite, perte des sûretés, diminution de la solvabilité de l'adversaire) »[1324] et par le fait qu' « une procédure trop longue peut aboutir à une décision privée d'effets pour le justiciable »[1325].

588. **Des manœuvres contraires à la responsabilisation.** Ainsi, s'il apparaît être de la responsabilisation d'autrui qu'il réagisse à l'abstention dès lors que celle-ci le dérange, il est aussi de sa responsabilité de le faire de manière responsable. Cette exigence s'applique également lorsqu'il use des outils de défense une fois qu'il est assigné par celui qui a cessé de s'abstenir. Ces prérogatives sont importantes et constituent une liberté. Il a néanmoins été remarqué précédemment qu'il y avait plus de chances que le destinataire d'une abstention réagisse lorsque l'abstention se tourne en acceptation de l'exercice de la prérogative, que lorsque l'agent renonce à cette dernière. Aussi paraît-il judicieux de voir si cette réaction ne cache pas, parfois, une utilisation dilatoire ou abusive des outils mis à sa disposition. Certes il faut qu'autrui réagisse et se responsabilise, mais sans le faire avec des arrière-pensées similaires à celles combattues.

Ainsi, lorsque l'agent met lui-même un terme à son abstention et exerce sa prérogative en agissant en justice, celui qui avait été le destinataire de l'abstention

[1323] G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « dilatoire ».
[1324] D. CHOLET, Préf. G. GIUDICELLI-DELAGE, LGDJ, 2006, Bibl. dr. privé, t. 466, p. 53, n° 53.
[1325] D. CHOLET, *op. cit.* p. 59, n° 62.

invoque souvent une fin de non-recevoir. Il s'agit du moyen de défense naturel face à celui qui sort de sa torpeur. En effet, opposer une fin de non-recevoir, telle la prescription[1326], lorsque l'action du titulaire de la prérogative intervient après la fin du délai imparti est l'attitude juridiquement prévue par l'article 122 du Code de procédure civile qui dispose que la fin de non-recevoir est un « moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond pour (…) la prescription », or si les parties sont en contentieux, c'est parce que le destinataire de l'abstention n'a pas exécuté spontanément. Aussi paraît-il peu probable que le destinataire de l'abstention soit plus enclin à obtempérer sans chercher à s'opposer à la demande de l'agent. Toutefois, l'article 123 de ce même Code comporte bien une limite en disposant que « les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt ». Il est donc possible de déduire de cet article qu'autrui a l'obligation de soulever les fins de non-recevoir dès qu'il le peut[1327]. Ne viole pas cette règle celui qui invoque la prescription qu'une fois qu'il recourt à un avocat[1328]. En revanche, l'assureur spécialisé en matière de construction, au sein d'une procédure ayant fait l'objet de plusieurs décisions à l'occasion desquelles il ne pouvait ignorer l'existence de cette fin de non-recevoir, qui « s'est abstenu volontairement dans un but dilatoire de l'invoquer, laissant croire à l'existence d'une garantie dommages-ouvrage, pour la proposer en toute dernière extrémité, après que la Cour Suprême ait déjà eu à se prononcer sur tous les moyens de droit qui lui avaient été proposés, et retarder l'issue définitive d'une procédure concernant des travaux et constructions immobiliers remontant à plus de vingt ans, qui aurait pu connaître une issue plus rapide si elle avait été présentée précédemment », doit être condamné à 75 000 euros de dommages-intérêts pour avoir soulevé la fin de non-recevoir de la prescription biennale de l'article L. 242 du Code des Assurances pour la première fois dans une instance de renvoi de cassation neuf ans après l'engagement de l'action[1329]. La difficulté pour l'agent sera

[1326] *Cf Supra* n° 226 et s.
[1327] Cass. 2ème civ. 27 fév. 2003, n° 01-11975, Bull. civ. 2003, II, n° 44, p. 38, Gaz. Pal. 27 mai 2003, n° 148, p. 9.
[1328] Cass. 2ème civ. 17 nov. 2016, n° 15-28764, inédit.
[1329] CA Nîmes, 6 nov. 2007, n° 03/1354. Décision confirmée par Cass. 3ème civ. 25 fév. 2009, n° 08-12782, inédit, RGDA, 1er juill. 2009, p. 800, note M. PÉRIER.

toutefois de démontrer l'intention dilatoire[1330] qui n'est pas toujours aussi évidente que dans l'espèce précitée. Quoi qu'il en soit, le destinataire de l'abstention ne doit pas tirer sournoisement profit du moment où il soulève la fin de non-recevoir pour gagner du temps.

589. **Gain de temps.** Comme le souligne certains auteurs « le gain de temps, l'attitude dilatoire est aussi une arme entre les mains de la partie déloyale »[1331]. Cette dernière s'arrange alors pour déposer ses pièces avec retard, rechercher les preuves en cours d'instance, se donner le temps de faire appel pour affiner son dossier[1332].

En fait, **«** la lenteur excessive [joue] un rôle important dans l'appréciation du caractère téméraire de l'attitude du justiciable. Celle-ci ne résulte plus de la simple perte du procès. Le juge doit caractériser l'abus ou l'intention dilatoire avant de prononcer cette sanction. (…) C'est dire que si une partie engage le procès en vue de gagner du temps ou si elle le prolonge dans cet objectif, par exemple pour ne pas payer ses dettes à temps et organiser son insolvabilité, elle utilise le service public de la justice à d'autres finalités que celles pour lesquelles il est institué. Elle l'instrumentalise. L'excès de lenteur qui est sanctionné est alors celui qui consiste pour un plaideur à user du temps de la Justice dans un but autre que celui d'obtenir la reconnaissance de ses droits »[1333]. Dans cette dernière hypothèse, le fait que le destinataire de l'abstention devienne lui-même agent est là encore à remarquer. Son abstention ne devrait alors durer que le temps nécessaire à une réflexion loyale, d'où la nécessité de responsabiliser les deux protagonistes[1334]. De même, il n'est pas utile de contester toute abstention même si elle est un peu gênante, pour le simple plaisir de faire entendre sa voix. Il est alors préférable, lorsque cela est possible et autorisé, qu'autrui, dès lors qu'il ressent une gêne, se substitue directement au titulaire de la prérogative[1335].

[1330] CA Lyon, 1ère civ. A, 10 fév. 2011, n° 07/01400.
[1331] M. BORGETTO, A. GARAPON, V. HEUZÉ, H. MUIR-WATT, M. PINAULT (dir.), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2008, p. 37-38.
[1332] Cass. 2ème civ. 16 fév. 1984, JCP G. 1984, IV, 130.
[1333] D. CHOLET, *op. cit.* p. 51, n° 50.
[1334] *Cf Supra* not. n° 367.
[1335] *Cf Supra*.

Finalement, il est à se demander si ce n'est pas « l'incertitude née de l'incapacité de prévenir la déloyauté »[1336] qui est problématique. « D'où l'idée proposée par le rapport Magendie d'imposer le dépôt des pièces en même temps que les écritures en première instance et de restreindre la possibilité de déposer des pièces nouvelles en instance d'appel afin de prévenir toute attitude dilatoire en première instance et, ensuite, tout appel dilatoire. »[1337]. En conséquence, s'il est mieux que le destinataire se prémunisse des conséquences de l'abstention, il ne peut pas employer les outils afférents à des fins dilatoires ou abusives en manipulant leur temps d'exercice. Cela a été notamment évoqué avec la sanction des clauses abusives. Cela amène donc à s'interroger sur la valeur de l'abstention comme réponse à l'abstention. En fait, la prévention de l'instrumentalisation passe elle-même par la responsabilisation.

§2) La prévention de l'instrumentalisation par la responsabilisation

590. **La responsabilisation comme remède.** Mettre à la disposition d'autrui des outils juridiques est essentiel à sa responsabilisation, mais cela ne suffit pas puisqu'il arrive qu'il les instrumentalise ou qu'il réponde à l'abstention par l'abstention. Il aurait été possible de penser que, parce que l'abstention est en principe légitime, elle constituerait une réponse non critiquée à l'abstention. Cependant, lorsque cet outil est utilisé par autrui face à l'agent, sa légitimité s'en retrouve amoindrie (A). Dès lors, il convient de réfléchir à la méthode de responsabilisation (B) adéquate.

A. Légitimité amoindrie de l'abstention d'autrui

591. **L'abstention d'autrui.** Expression d'une certaine prudence ou d'une arrière-pensée, l'abstention est une réaction possible du destinataire d'une première abstention. Néanmoins, si s'abstenir est une liberté, parce qu'elle intervient postérieurement, celle du destinataire d'une abstention est douteuse. Elle ne constitue donc pas un indice de l'absence d'instrumentalisation des outils protecteurs du destinataire de l'abstention.

[1336] D. CHOLET, *op. cit.* p. 51, n° 50.
[1337] M. BORGETTO, A. GARAPON, V. HEUZÉ, H. MUIR-WATT, M. PINAULT (dir.), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2008, p. 37-38.

L'hypothèse est celle de deux abstentions successives émanant de deux personnes différentes, dont les prérogatives en cause sont plus ou moins liées. Une des abstentions est postérieure à l'autre et intervient en réaction à la première. Cette hypothèse recouvre par exemple le cas de l'abstention du fournisseur d'intenter une action oblique suite à l'abstention d'un commerçant de recouvrer sa créance auprès d'un client, ou encore celui de l'abstention du preneur de s'inquiéter de l'abstention du bailleur de demander le paiement des loyers dus. Il est alors impératif d'arrêter cette chaîne d'abstentions et l'équivocité qui l'accompagne. Cette dernière ne fait que croître, or, il convient d'éviter un effet domino qui pourrait être grave. Aussi l'analyse de la seconde abstention doit-elle être différente. La réaction n'a en effet pas le même impact que le premier fait. La réaction pouvait stopper l'équivocité de la situation. Autrui en devenant un second agent n'arrange rien et multiplie au contraire les conséquences. Il a donc sa part de responsabilité dans les préjudices qu'il subit. Celui qui s'abstient postérieurement est soumis à une antériorité que l'agent premier n'avait pas[1338]. La chronologie des événements est déterminante. Elle fonde le fait de faire de l'abstention d'autrui une cause d'exonération de l'agent déraisonnable.

La chronologie est d'ailleurs depuis longtemps prise en compte par le Droit[1339] parce qu'elle permet de classer les faits quant à leur date. La chronologie est en effet la logique qui s'appuie sur le caractère irréversible du temps[1340]. Dès lors, si autrui éprouve une gêne quant à l'abstention et n'entreprend rien pour tenter d'y mettre un terme, il perd le droit de se plaindre impunément *a posteriori*.

592. **Abstention comme réaction de mauvaise foi.** Si le destinataire de l'abstention s'abstient de s'inquiéter ouvertement auprès de l'agent, ce dernier est moins à même d'adapter son comportement. Mieux, il n'a pas à se voir reprocher

[1338] L'antériorité ou la postériorité d'un acte n'est pas neutre juridiquement. V. par ex. la force de l'antériorité d'une marque en propriété industrielle, la différence de traitement entre les créances antérieures et celles postérieures en procédures collectives.

[1339] En droit des successions, des présomptions fondées sur la chronologie existent (comourants). V. également la chronologie d'une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme : il faut au préalable avoir épuisé les voies de recours internes.

[1340] Ce caractère est décrit par Monsieur le Professeur OST : « le passé est révolu et l'avenir indéterminé. Il ne s'agit donc plus ni de « revenir en arrière », ni d' « arrêter le cours du temps », il s'agit plutôt de régénérer le temps qui passe en lui donnant l'épaisseur d'une durée réelle grâce à la fécondation réciproque d'un passé qui, bien que révolu, n'a pas épuisé ses promesses, et d'un avenir qui, bien qu'indéterminé, n'est pas totalement aléatoire » (F. OST, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999, p. 25).

les conséquences de la mauvaise foi du destinataire de son abstention. Par exemple, la mauvaise foi du débiteur surendetté est caractérisée lorsque les débiteurs se maintiennent dans un logement pour lequel ils n'ont versé que trente euros pour quatre années de jouissance en laissant s'accumuler un important arriéré de loyers et charges. Les juges retiennent « la passivité » du débiteur et son absence de « démarche positive ». Ils leur refusent donc le bénéfice de la procédure de surendettement des particuliers[1341]. De même, le débiteur qui s'abstient de saisir la commission de surendettement malgré l'abstention d'au moins un de ses créanciers - un proche la plupart du temps - de le poursuivre fait preuve d'une certaine légèreté. De même, est opposé au débiteur défendant son inexécution par l'abstention du créancier, le fait qu'il lui appartenait de se plaindre de l'absence de facturation si cela le gênait. Or en l'espèce, cette abstention existait depuis le début des relations entre les parties et n'avait jusqu'alors pas entravé le paiement[1342]. La responsabilisation d'autrui doit apparaître à ce dernier comme une nécessité et comme une condition de protection de ses intérêts. Le Droit doit alors suivre une certaine méthode.

B. Méthode de responsabilisation

593. **Une méthode en deux phases.** Demander de la responsabilisation de la part des individus suppose de voir comment celle-ci pourrait être garantie efficacement. Il faut alors en premier lieu cerner plus précisément celui à qui il est demandé d'être responsable, et, en second lieu, formuler le contenu de la responsabilisation.

594. **Approfondir la qualification de la personne.** La responsabilisation s'applique ici à celui qui subit le temps de l'abstention, le destinataire de l'abstention. La personne concernée peut tout aussi bien être un professionnel, qu'un consommateur profane ou averti. Un professionnel est « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris

[1341] CA Riom, 3ème civ. et com. réunies, 16 déc. 2015, n° 15/00253, JurisData n° 2015-028892.
[1342] Cass. 1ère civ. 23 janv. 1996, n° 93-21414, Bull. civ. I, n° 36, p. 23, Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 744, obs. Ph. DELEBECQUE.

lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel »[1343]. Il s'oppose au consommateur qui, lui, renvoie à la personne qui « agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »[1344]. Est ainsi considérée comme consommateur la personne qui contracte auprès d'un professionnel pour satisfaire un besoin personnel, sans lien direct avec son activité professionnelle, l'objet du contrat pouvant porter sur des biens comme sur des services[1345]. Il convient en outre de ne pas omettre le non-professionnel, défini par l'article liminaire du Code de la consommation depuis l'ordonnance du 14 mars 2016[1346]. Est ainsi désignée « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »[1347]. En principe, le professionnel est averti parce qu'il est rompu à l'activité dont il est question et le consommateur est profane dans le sens où, présumé non rompu aux affaires, il n'a pas toutes les informations et connaissances en main. Celui qui subit le temps de l'abstention est donc susceptible de constituer la partie forte ou la partie faible. Bien que leurs connaissances soient différentes, et que l'intensité de leur responsabilisation ne puisse pas présenter les mêmes contours, ces différents

[1343] Art. liminaire C. consom. Le « professionnel » est une notion qui a été définie de différentes manières et a évolué. Le professionnel est défini par CORNU en 2014 comme « celui qui agit dans le cadre de son activité professionnelle, dont il est supposé connaître les caractéristiques, les règles et les vicissitudes» (G. CORNU (dir.), Assoc. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10ème éd. 2014, v. « professionnel »). V. art. 2 dir. 93/13 CCE du Conseil, 5 avr. 1995 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs qui définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée ». *Adde* Cass. 1ère civ. 25 juin 2009, n° 07-21506 (JCP G. 2009, p. 492, chron. Ph. SIMLER ; JCP N. 2010, n° 2, p. 31, chron. Ph. DELEBECQUE ; RDC 2009, n° 4, p. 1444, chron. D. FENOUILLET) où est adoptée une définition extensive du créancier professionnel : « Le créancier professionnel au sens de l'article L.341-2 du Code de la consommation est « celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ». Un lien indirect, même purement occasionnel, avec l'activité professionnelle paraît suffisant (9 juill. 2009 (Cass. 1ère civ. 9 juill. 2009, n° 08-15910, JurisData n° 2009-049063, Bull. civ. I, n° 173 ; JCP G. 2009, p. 286, note D. LEGEAIS ; D. 2009, p. 2032, note X. DELPECH ; RTD com. 2009, p. 796, note D. LEGEAIS et Cass. com. 10 sept. 2014, n° 13-19426, inédit, JurisData n° 2014-020365 ; Defrénois, 15 mai 2015, n° 9, p. 488, note S. CABRILLAC ; RD banc. et fin. 2014, n° 6, p. 39, note A. CERLES).

[1344] Art. liminaire C. consom. V. art. 2 dir. 93/13 CCE du Conseil, 5 avr. 1995 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs qui définit le consommateur comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

[1345] J.-P. BOUSCHARAIN, Rapport annuel Cass. 2000, « Les aspects principaux de la jurisprudence de la première chambre civile en matière de protection des consommateurs ».

[1346] Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016.

[1347] Pour une étude de ces définitions V. R. LOIR, « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et… du non-professionnel », JCP E. n° 27-28, 7 juill. 2016, p. 1402.

profils ont *a priori* tous les facultés de s'inquiéter et d'ouvrir le dialogue avec l'agent. Un minimum de responsabilisation peut donc être attendu d'eux.

595. **Formuler le contenu de la responsabilisation.** La responsabilisation peut être définie comme le « fait pour une autorité de conférer des responsabilités à un individu »[1348]. Formuler ces responsabilités permet de les anticiper. En revanche, il n'est pas nécessaire d'être très précis quant à ces dernières afin qu'il existe une chance que l'individu fasse son maximum, niveau variable d'un individu à l'autre. Il ne faut pas non plus attendre trop peu puisque l'être humain a alors tendance à économiser ses efforts. Il ne sert à rien non plus d'exiger trop parce que dans cette configuration, le découragement risque de l'emporter. En outre, il convient d'éviter les chaînes de responsabilités où chacun se retourne contre un autre parce que cela est déresponsabilisant. Ainsi, il n'est pas opportun d'éliminer toute précision, au contraire, il faut éviter de lui réclamer *a posteriori* ce qu'il aurait dû faire. Il doit savoir prendre l'initiative de répondre à ses propres besoins, ce qui lui évite de rester dans la passivité et de vivre au rythme du temps de l'agent. La responsabilisation dont il fera alors preuve favorisera la diminution voire la fin de sa dépendance à l'agent.

596. **Échelle de responsabilisation**. Il n'est pas nécessaire de multiplier les outils à la disposition d'autrui. Ce serait une source d'insécurité juridique quant au choix de l'outil à utiliser et *de facto* une source d'abstention. En revanche, une échelle de responsabilisation, par sa clarté et son rôle pédagogique, pourrait être efficace. Elle se décomposerait de la responsabilisation la plus intense à la plus faible comme suit :

- Combinaison : cumulation d'outils dans un ordre efficient
- Mise en œuvre d'un outil sans instrumentalisation de celui-ci
- Expression de l'inquiétude/questionnement

Seul le dernier échelon peut vraiment demander certaines connaissances et, à défaut, des moyens financiers pour avoir recours à un professionnel.

[1348] F. DIGNEFFE et T. MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale,* De boeck & Larcier, Bruxelles, Perspectives criminologiques, 2006, p. 207.

Par ailleurs, autrui ne saurait trop accentuer sa plaidoirie sur une inquiétude qu'il gardait pour lui et dont l'agent ne pouvait prévoir l'intensité sans don de voyance. L'abstention d'extériorisation de son inquiétude auprès de l'agent montre ainsi un défaut d'effort de communication. Même à la base de l'échelle de responsabilisation, il s'agit d'un comportement contraire à la responsabilisation.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

597. **Preuve de la mauvaise foi d'autrui.** Lorsqu'autrui met en avant son impuissance face à l'abstention d'un premier agent, alors qu'il aurait pu agir pour se protéger, grâce aux différents outils juridiques à sa disposition, et qu'il avait conscience de la chance de diminuer efficacement les conséquences de l'abstention à son égard, il est de mauvaise foi. En revanche, sa bonne foi est présumée jusqu'à preuve contraire. Il s'agit alors de prouver son intention de profiter de l'abstention du titulaire de la prérogative dont il dépend pour s'abstenir lui-même et laisser se produire un effet précis. De même, il ne saurait se servir impunément de l'abstention comme d'une excuse pour commettre une manœuvre dilatoire ou abusive.

598. **Différence de légitimité de deux abstentions successives.** Le destinataire de l'abstention, lorsqu'il réagit à celle-ci en s'abstenant d'utiliser un outil juridique pour protéger ses intérêts, se retrouve agent de cette seconde abstention. Se pose alors la question de savoir si cette dernière est moins légitime que l'abstention du premier agent. Il le semblerait. Certes, la première abstention découle d'un certain motif et la seconde abstention aurait pour raison l'abstention qui la précède. Néanmoins, il convient de retenir comme principe qu' « abstention sur abstention ne vaut », au risque de produire des chaines d'abstentions aux conséquences néfastes décuplées. Par contre, si le destinataire de l'abstention utilise un outil de réaction et que cela ne porte pas ses fruits en suscitant une réaction tangible du titulaire de la prérogative, et qu'il s'abstient de réitérer l'outil de réaction à sa disposition, alors il n'est pas possible de lui reprocher un comportement non responsable. Son abstention apparaît alors comme le signe de sa prudence, prudence qu'il a démontrée de prime abord en s'inquiétant de l'inaction qu'il constatait chez le premier agent. Ainsi, parce que le destinataire de l'abstention peut devenir agent, il est nécessaire que le Droit se serve ici de la chronologie du temps pour distribuer à chacun son rôle[1349], or, l'antériorité connaît une certaine « autorité »[1350].

[1349] « Comme un metteur en scène, le droit identifie les acteurs et attribue les rôles correspondants. Ce faisant, il contribue efficacement à stabiliser les attentes sociales et à garantir la sécurité juridique : chacun est censé connaître la place qu'il occupe dans la société ainsi que le rôle qu'y

CONCLUSION DU TITRE II

599. **Une responsabilisation protégeant tous les intérêts.** Assurer la responsabilisation d'autrui permet donc d'endiguer le litige et d'amoindrir considérablement les conséquences néfastes de l'abstention, notamment de limiter la durée de l'incertitude et de stopper les intérêts de retard. Certes, l'abstention est à l'origine d'un certain déséquilibre puisque le titulaire de la prérogative était *a priori* censé émettre son choix quant à ce qu'il entendait retirer de cette dernière et que, par son abstention, il a créé un dysfonctionnement de la communication et le récepteur, autrui, est alors plongé dans l'incertitude, mais exiger chronologiquement cette responsabilisation avant celle de l'auteur de l'abstention ne revient pas à inverser la charge de responsabilité quant à l'abstention. Mieux, cela équilibre les initiatives parce qu'il est plus facile d'intervenir pour soi que pour les autres. En effet, seul l'individu en question sait ce qui est mieux pour lui et doit alors l'assumer. Son rôle est de fait essentiel.

Il peut éviter la cristallisation d'une situation hasardeuse et néfaste, voire même son aggravation. Il ne peut pas se reposer sur l'inaction, même volontaire, du titulaire de la prérogative pour s'émanciper de sa qualité. Par exemple, un débiteur ne saurait ignorer être débiteur[1351] et méconnaître son devoir d'acquitter sa dette par le seul fait de l'absence de ponctualité du créancier dans la demande du paiement. D'ailleurs, l'effort de communication est fructueux. La diligence tempère l'inexécution du débiteur. La communication entretient les bonnes relations et facilite la résolution de difficultés diverses tels les problèmes de trésorerie.

Mieux, la responsabilisation d'autrui permet à la fois la protection de ses intérêts et de ceux de l'agent en évitant que l'abstention de ce dernier ne devienne une arme dans les mains d'autrui. En somme, la responsabilisation d'autrui participe à la défense de la liberté d'abstention.

---

tiennent les autres acteurs. (…) les individus sont intégrés par la loi dans une multitude de statuts (…) qui, au contraire, agissent comme de puissants facteurs de sensibilisation et de prévisibilité des interactions sociales ». F. OST, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999, p. 75.

[1350] E. PUTMAN, « Le temps et le droit », Droit et patrimoine, n° 78, 1er janv. 2000, p. 43.

[1351] Cass. 1ère civ. 23 janv. 1996, n° 93-21414, Bull. civ. I, n° 36, p. 23, Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 744, obs. Ph. DELEBECQUE.

600. **Une sanction à prévoir.** Il est donc nécessaire de garantir autant que possible le fait qu'autrui se responsabilise en pratique. Il faut par conséquent sanctionner le destinataire de l'abstention qui n'a pas mesuré ses croyances. Il est en effet logique qu'il supporte les conséquences de son imprudence et n'en reporte pas toute la charge sur l'agent. En outre, celui qui se plaint en justice des conséquences d'une abstention, alors que lui-même est resté passif, doit être mis face à ses responsabilités et être contraint d'assumer les conséquences décriées. Aussi subira-t-il, en plus des inconvénients ordinaires de l'abstention, les inconvénients extraordinaires.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

601. **Vérification.** Après avoir proposé une solution à l'imprévisibilité de l'abstention, imprévisibilité causée par son équivocité et les incertitudes de son traitement juridique, il convient de vérifier au travers d'un exemple si celle-ci permet une amélioration du Droit. Il a été vu ci-dessus qu'un créancier, qui s'abstenait dans un premier temps de recouvrer le paiement d'une facture impayée et finissait par mettre en demeure le débiteur, risquait de se voir reprocher par ce débiteur un comportement de mauvaise foi. Les juges sont d'ailleurs enclins à leur donner raison au motif que le créancier n'aurait pas respecté un délai raisonnable pour agir. En effet, ce dernier laissait s'accumuler les intérêts et faisait subir le temps au débiteur, destinataire direct de l'abstention et, de manière parfois plus étendue, aux destinataires indirects, par exemple, le créancier du créancier. Toutefois, la conséquence d'un tel procédé était de condamner le créancier à des dommages-intérêts se compensant avec la créance qu'il détenait sur le débiteur et le privant donc du bénéfice de sa prérogative. Mais cette solution aboutissait aussi à retirer au titulaire de la prérogative une partie indéfinie du délai imparti alors qu'il avait parfois choisi de s'abstenir par altruisme. Cela revenait à lui opposer le respect d'un délai raisonnable de manière imprévisible, faute de texte et de consensus jurisprudentiel, et ce alors même qu'il exerçait sa liberté et que le débiteur, lui, était dans une situation d'inexécution.

Avec la proposition faite, ce même créancier, censé ne pas ignorer la loi, sait que le délai imparti est un délai en deux phases qui conditionnent son comportement. Pendant le délai raisonnable, tout d'abord, il peut s'abstenir puis agir ou renoncer sans qu'il puisse se voir condamné pour l'abstention préalable à sa décision. Ensuite, durant le laps de temps restant avant le terme du délai imparti qui emporte l'effet juridique lui étant attaché, il doit respecter le standard de l'agent raisonnable, mais dès lors qu'il s'y soumet, il peut exercer sa prérogative pour jouir des effets qu'elle produit ou y renoncer quand il le juge opportun. Certes, il appartient à l'agent de fixer intelligemment le terme du délai raisonnable et de fixer un délai de préavis suffisant au débiteur pour que celui-ci puisse exécuter son obligation dans de bonnes conditions. Mais, si l'abstention gêne autrui, c'est lui qui est le mieux placé pour communiquer cet état à l'agent voire prendre certaines mesures. Sa responsabilisation est le meilleur outil pour sa

protection. Mieux, l'agent informé est alors en mesure d'adapter son comportement. Ainsi, la force obligatoire du contrat n'est pas atteinte dans son principe. En effet, c'est une chose que le créancier s'expose au risque d'érosion de sa créance et à celui de voir finalement la situation du débiteur se détériorer, c'en est une autre d'organiser la libération anticipée du débiteur. En outre, moduler dans le temps le comportement du titulaire de la prérogative permet de lui rendre le bénéfice de l'intégralité du délai imparti et de le rendre à nouveau maître de sa gestion du temps et de l'exercice de sa prérogative dès lors qu'il respecte le standard de l'agent raisonnable. À défaut, celui qui subit l'abstention dispose du droit de demander une indemnité à la juste mesure du manquement de l'agent, mais dans la limite de sa propre responsabilisation.

Là où le Droit actuel reproche à l'agent de s'être abstenu trop longtemps et de ne pas avoir inscrit l'exercice actif de sa prérogative au sein du délai raisonnable pour en déduire sa mauvaise foi et le sanctionner, la solution proposée consacre une structure du délai imparti servant de support à l'exigence d'un certain comportement. L'agent sait donc qu'en ne respectant pas le comportement adéquat après le délai raisonnable il s'expose à une sanction, mais il conserve l'intégralité du délai imparti, ce qui lui laisse une marge de manœuvre et évite un système du « tout ou rien ». La sanction sera en effet proportionnée au manquement constaté qui peut ou non s'étendre sur toute la seconde phase du délai imparti. Il est juste de ne pas condamner au même *quantum* de dommages-intérêts un agent qui n'a peut-être pas su parfaitement placer le terme du délai raisonnable mais qui a fait montre de prévenance, et l'agent qui ne s'est pas préoccupé de respecter un tant soit peu le standard de l'agent raisonnable. De même, à manquement équivalent de l'agent, le destinataire de l'abstention qui a montré sa responsabilisation en utilisant un outil juridique pour tenter de débloquer la situation obtiendra une indemnisation supérieure à celle d'un destinataire indifférent.

602. **Un compromis efficace.** La solution à l'imprévisibilité de l'abstention devait être un encadrement des comportements en présence d'une telle situation. En effet, il ne fallait entériner ni un système de prescription toujours plus courte et injuste pour le titulaire de la prérogative qui, il convient de le souligner, n'est pas satisfait, ni permettre un arbitraire du juge tel que celui rencontré sous l'Ancien Droit où il

pouvait modifier au cas par cas le délai de prescription pour libérer le débiteur[1352]. Il convenait néanmoins de ne pas éluder les inconvénients de l'abstention et d'apporter des réponses à leur traitement. En effet, il est illusoire de penser que le juge appliquerait froidement les délais impartis sans faire son travail d'appréciation[1353].

La solution proposée comprend alors la combinaison de deux responsabilisations complémentaires qui rendent en la matière cohérence et pertinence à la responsabilité civile de l'agent[1354]. Mieux, si la responsabilisation d'autrui n'a pas été assurée, la responsabilisation de l'agent peut la pallier en partie. Le mécanisme de responsabilisation vise ainsi à éviter que le temps de l'abstention ne soit du temps perdu. La responsabilisation s'exerce en effet pour soi et envers les autres, ce qui a l'avantage de demander à ce que soit mesuré l'égoïsme et que soit adopté un comportement le plus adéquat possible à la situation. C'est pourquoi, elle comporte une véritable force responsabilisante. En assurant un arbitrage entre la raison et les passions par soi-même, la responsabilisation garantit une certaine autodétermination qui permet la liberté. L'agent et ceux qui sont amenés à subir le temps de l'abstention, en anticipant leur part de responsabilité, doivent « assumer [eux-mêmes] l'évaluation de [leurs] propres actes »[1355]. Une grille d'évaluation commune au législateur, à l'agent et au juge était donc nécessaire. L'encadrement de l'équivocité de l'abstention dans le respect de celle-ci est ainsi assuré en garantissant par la même occasion la réflexion utile à toute action.

[1352] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, lextenso, Defrénois, Droit civil, 8ème éd. 2016, p. 707, n° 1202.

[1353] D'ailleurs, lorsque le Code civil avait intégré des délais chiffrés à appliquer pour combattre l'incertitude des délais incertains de l'Ancien droit, la jurisprudence avait vite restitué au juge un pouvoir d'équité en la matière (Ph. MALAURIE L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNK, *op. cit.* p. 707, n° 1202).

[1354] V. MAZEAUD, « « Responsabilité civile et droit des sûretés », Resp. civ. et assur. n° 5, mai 2017, dossier 6. « la responsabilité civile doit demeurer une technique d'appoint destinée à corriger (…) des comportements néfastes [et doit] être savamment administrée ».

[1355] F. DIGNEFFE et T. MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale,* De boeck & Larcier, Bruxelles, Perspectives criminologiques, 2006, p. 534.

CONCLUSION GÉNÉRALE

603. **Un problème mal analysé.** Équivoque, l'abstention l'est sans nul doute, laissant ainsi croire à son absence d'intérêt pour mieux dissimuler le véritable sujet qu'elle s'est révélée être. Objet juridique non identifié, hésitations, incertitudes et préjugés sont apparus nombreux, que ceux-ci émanent des destinataires directs et indirects de l'abstention qui subissent les conséquences de celle-ci, du titulaire de la prérogative lui-même ou bien du juge[1356]. Aussi, mal comprise par le juriste, l'abstention a-t-elle été détournée de sa véritable nature au détriment de son caractère légitime. Cela s'est produit en considération de l'incertitude qui en résultait ainsi que des conséquences néfastes aux intérêts des destinataires de l'abstention. Si cette réaction des juges est, à l'origine, partie d'un sentiment protecteur des intérêts d'autrui, ils se contentent de se servir d'une figure existante, la faute d'abstention, et de suivre une logique sanctionnatrice là où existent déjà des limites au fait d'abstention, telle la prescription. Surtout, ils procèdent sans une véritable analyse de l'abstention, de la particularité de ses conséquences et du rôle d'autrui dans leur avènement ou de leur aggravation. Il en résulte des raccourcis peu respectueux de la liberté d'abstention[1357] et de l'insécurité juridique quant à l'appréciation de l'abstention, quant à la réalité de la liberté d'exercice d'une prérogative dans le délai imparti[1358] et de fait quant au comportement à adopter. Par exemple, lorsque le banquier s'abstient, il peut se voir reprocher un soutien

[1356] Cela s'expliquerait par le fait que « le raisonnement du juriste se développe à partir d'une causalité supposée et éprouve quelques difficultés à introduire ensuite l'incertitude » (M. BORGETTO, A. GARAPON, V. HEUZÉ, H. MUIR-WATT, M. PINAULT (dir.), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2008, p. 193).

[1357] Bien que la jurisprudence semble entrer dans une phase plus respectueuse de l'abstention afin notamment de favoriser l'efficacité du cautionnement (Cass. com. 2 nov. 2016, n° 15-12491, Bull. civ. n° 929, D. 2017, p. 147, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; AJ Contrat 2016, p. 530, obs. L. BOUGEROL ; JCP G. 2016, Actu 1180 ; Cass. com. 27 sept. 2016, n° 14-18282, Bull. civ. n° 785, RTD civ. 2016, p. 904, obs. P. CROCQ ; JCP G. 2016, p. 1391, note Ph. SIMLER *Adde* RTD com. 2017, p. 187, note A. MARTIN-SERF).

[1358] Si la jurisprudence récente affirme davantage le droit du titulaire de la prérogative d'agir quand il le souhaite au sein du délai imparti et durant l'intégralité de la durée de celui-ci, elle entérine l'idée d'une possible sanction du comportement de celui-ci en présence d'un abus ou de mauvaise foi (Cass. com. 2 nov. 2016, n° 14-29723 et Cass. com. 13 déc. 2016, n° 14-19885, inédit, note M. BOURASSIN, Gaz. Pal. 21 fév. 2017, n° 8, p. 66 ; *Adde* Cass. 3ème civ. 15 déc. 2016, n° 15-22844, RDC 1er mars 2017, inédit, n° 1, p. 69, note J.-B. SEUBE. Par conséquent, le risque de revenir à une jurisprudence portant atteinte à la durée du délai imparti pour exercer sa prérogative afin d'encadrer une situation d'abstention n'est pas exclu. Pour preuve, la Cour de cassation a déjà validé la qualification d' « abus de droit » retenue par une Cour d'appel quant au fait de s'abstenir longtemps (Cass. com. 5 déc. 1995, n° 93-18936, inédit), il est tout à fait possible qu'elle soit de nouveau amenée à le faire pour faire échec à la liberté de l'agent et le sanctionner. La proposition d'une solution plus claire et adéquate sur l'imprévisibilité de l'abstention reste donc d'actualité.

abusif[1359], mais s'il stoppe son concours, il risque d'être poursuivi pour rupture abusive de crédit[1360]. De même, un créancier peut se voir reprocher son abstention à mettre un terme au contrat parce que cela serait en contradiction avec son obligation de limiter la dette[1361] de son débiteur mais le créancier est tout autant susceptible d'être sanctionné pour avoir rompu brutalement la relation[1362]. Un paradoxe similaire intervient lorsqu'il est question du devoir de coopération qui sous-entend une certaine compréhension menant à la patience et à la tolérance, temporaires par nature, alors que le créancier patient peut se voir reprocher ensuite l'action mettant fin à son abstention[1363]. Par conséquent, les solutions diverses dégagées jusqu'à présent n'ont pas permis de parvenir à une solution satisfaisante et garante de la sécurité juridique parce que l'objet du problème n'était ni analysé, ni véritablement identifié.

604. **Une solution construite par étapes.** Ainsi, pour apporter une réponse aux difficultés causées par l'abstention, il s'est révélé nécessaire de comprendre pourquoi l'abstention générait de l'imprévisibilité quant à la situation dans laquelle elle s'inscrit et quant à son traitement juridique. L'équivocité de l'abstention a alors été mise en exergue. Celle-ci induit un problème d'interprétation à l'origine des difficultés. L'équivocité de l'abstention est en effet la rétention discrète de l'exercice de sa prérogative par son titulaire. En outre, l'abstention s'inscrit dans le temps. Autrui se trouve alors dans l'attente d'une décision parce que certains de ses intérêts sont assujettis à celle-ci. Néanmoins, plus le temps passe, plus les conséquences s'alourdissent, et plus il est tenté d'interpréter l'inaction qu'il constate dans le sens d'une renonciation et d'oublier ce qui le lie à l'agent. L'équivocité de l'abstention enjoint à son interprétation, or là se situe le véritable

[1359] Cass. com. 11 mai 2011, n° 09-12906 et 09-13347, Rev. proc. coll. 1er janv. 2011, p. 48, note A. MARTIN-SERF ; RD banc. et fin. 2010, p. 86, note F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; Gaz. Pal. 15 oct. 2010, p. 34, obs. R. ROUTIER ; Dr. et patr. sept. 2010, p. 86, note L. AYNÈS et Ph. DUPICHOT.
[1360] Cass. com. 18 mars 2014, n° 12-29583, Gaz. Pal. 22 juill. 2014, p. 25, note S. MOREIL ; RD banc. et fin. 2014, p. 28, note F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN.
[1361] Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-17476, JCP G. 1999, II, 10000, obs. B. FAGES.
[1362] Cass. com. 20 mai 2014, n° 13-16398 : le caractère brutal découle de la tardiveté de l'offre du nouveau contrat, *Adde* Cass. com. 22 oct. 2013, n° 12-19500, RTD com. 2014, p. 389, note B. BOULOC ; RTD civ. 2014, p. 118, note B. FAGES ; LEDC déc. 2013, obs. N. LEBLOND, « Liberté contractuelle et responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie », EDCO, 5 fév. 2013, n° 2, p. 1.
[1363] CA Bordeaux, 1ère civ. sect. A, 16 sept. 2010, n° 09/04977.

danger. Essayer d'amoindrir l'imprévisibilité et *de facto* l'insécurité juridique générées a alors guidé le travail entrepris.

Comprendre en premier lieu l'abstention a ainsi permis de soulever son paradoxe et d'étudier son traitement juridique. L'abstention provoque certes des conséquences parfois néfastes, mais c'est une liberté du titulaire d'une prérogative qui peut légitimement la préférer à un exercice actif ou à une renonciation, tous deux immédiats et sans retour possible. En effet, l'abstention ne vaut pas renonciation, ce qui laisse au titulaire de la prérogative des perspectives pour finalement jouir des effets de sa prérogative[1364]. Surtout, l'analyse de différentes situations d'abstention et des réponses juridiques alors apportées a permis de dégager les enjeux de la solution à proposer. Cette dernière se devait alors d'encadrer le rapport de force entre la liberté d'abstention de l'agent et le besoin de protection des intérêts tiers face aux conséquences les plus graves.

À cette fin, seul un compromis pouvait permettre d'y arriver. En effet, si d'un côté il n'est pas possible de nier les conséquences subies par autrui notamment eu égard au rôle croissant de la bonne foi et du principe de loyauté, de l'autre, il n'est pas plus envisageable de ne plus garantir le délai imparti au titulaire d'une prérogative ou de le priver du choix inhérent à toute prérogative. Aussi, parce que l'équivocité de l'abstention est une question de degré et de prudence, la solution juste doit-elle s'adapter aux circonstances. Un compromis a alors pu être trouvé grâce à deux standards complémentaires, le délai raisonnable et l'agent raisonnable.

Il s'agit d'un système de responsabilisation de l'agent et des destinataires de l'abstention. Les règles de comportement subséquentes ont été modulées dans le temps afin d'assurer une meilleure complémentarité. Ainsi, l'agent doit adapter son comportement selon les deux phases du délai imparti : le délai raisonnable et le temps restant. S'il est ainsi assez libre pendant le délai raisonnable pour prendre le temps d'étudier les différentes modalités qui s'offrent à lui, quitte à amoindrir le degré d'exigence de la bonne foi à son égard, au terme de ce délai il est attendu de lui un comportement raisonnable, respectueux des intérêts d'autrui. Ainsi, nul ne saurait abuser du temps qui lui est imparti. Au contraire, il convient de se livrer à une gestion raisonnable de celui-ci dans l'intérêt des personnes intéressées par la

[1364] Cass. 1ère civ. 29 mai 1979, n° 78-10165 ; Cass. 3ème civ. 13 juill. 2016, n° 14-26958, note H. BARBIER, « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », RTD civ. 2016, p. 856.

situation et dans un souci de sécurité juridique. L'utilisation du temps constitue d'ailleurs un indice fort quant à l'appréciation de la loyauté de l'agent. Celui qui excède le délai raisonnable pour choisir entre les options qui lui sont ouvertes se voit alors imposer un comportement raisonnable l'obligeant à faire preuve de prévenance, à défaut de quoi, sa déloyauté alors présumée, ne pourrait qu'être sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts à hauteur des conséquences subies par autrui, et ce, à compter du terme du délai raisonnable. En revanche, il appartient aux destinataires de l'abstention de subir les conséquences ordinaires de l'abstention. Mieux, ils doivent être prudents et protéger leurs intérêts en ne spéculant pas sur la base de croyances illégitimes[1365]. À défaut, le manque de responsabilisation du destinataire de l'abstention qui se plaint peut constituer une cause exonératoire de responsabilité pour l'agent déraisonnable. Cela se justifie par les efforts demandés à l'agent. Mieux, ni le titulaire de la prérogative, ni le destinataire de l'abstention ne peuvent se reposer sur celui à qui l'initiative du premier pas a été attribuée pour justifier de son manque de prudence et sa propre inertie parce que « l'initiative c'est la liberté de faire ou de s'abstenir »[1366]. Ce n'est donc que par l'effort de leur responsabilisation respective que les conséquences néfastes pourront être évitées. Mieux, il pourra être dit au titulaire d'une prérogative qui s'interroge sur le véritable délai d'exercice à sa prérogative qu'il bénéficie du délai imparti, dès lors qu'il en respecte les phases et le comportement afférent. L'intégralité du délai imparti est ainsi rendue au titulaire de la prérogative sans nier les intérêts d'autrui. Le but de l'étude est atteint.

605. **Une solution conforme au but recherché.** Le rapport de force entre la liberté d'abstention de l'agent et des intérêts tiers est équilibré. Elle évite une gêne trop longue et protège les intérêts de l'agent et ceux d'autrui au bon moment. Mieux, la responsabilisation limite l'ingérence et l'arbitraire. C'est d'ailleurs parce que l'Homme est perfectible par nature que la responsabilisation est la solution adéquate. De même, le standard est un outil évolutif, ce qui est important pour une réponse juridique stable sur la durée.

[1365] Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-26475, inédit, RTD com. 2015, p. 338, note D. LEGEAIS, Rev. proc. coll. mai 2015, p. 3, note A. MARTIN-SERF ; RD banc et fin mai 2015, p. 39, note F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN.

[1366] E. DE GIRARDIN, *Pensées et maximes extrairtes des œuvres de M. Émile DE GIRARDIN par Albert Hetrel*, éd. Michel Lévy Frères, 1867, v. « initiative », p. 341.

Cette proposition n'éradique sans doute pas toute l'imprévisibilité due au caractère équivoque de l'abstention. C'est d'ailleurs pourquoi ce n'était pas le but recherché, ce dernier se cantonnant à la réduction de l'insécurité juridique.

Certains pourraient, en outre, reprocher à la solution de compromis proposée de ne pas avoir tranché nettement, et en cela de révéler une abstention de décider quel intérêt, celui de l'agent ou celui d'autrui, devait être sauvegardé et lequel devait être totalement sacrifié. Néanmoins, ce n'est pas l'absence volontaire d'exercice d'une prérogative qui est fautive mais bien plutôt le comportement en marge, lequel peut agir sur l'importance de l'équivocité. De son côté, l'intérêt d'autrui n'est pas plus sacré que celui de l'agent, le destinataire de l'abstention ayant d'ailleurs une position privilégiée pour veiller à ses intérêts. Il n'était donc pas réaliste de penser qu'en affirmant une liberté totale à l'agent, la jurisprudence ne rechercherait plus un équilibre entre l'agent et les destinataires de l'abstention.

Certes, la solution proposée s'inspire du temps utile mis en place par la jurisprudence critiquée, mais ce qui était alors reproché était son caractère imprévisible, son absence de critère ainsi que l'absence d'analyse de l'abstention aboutissant à des sanctions systématiques, nonobstant parfois les marques de prévenance de l'agent.

606. **L'abstention du titulaire d'une prérogative.** L'abstention a donc trouvé une solution respectueuse de sa particularité. Néanmoins, il faut combler l'absence de disposition légale sur l'abstention. En effet, en tant qu'inaction, les textes encadrent son régime et prévoient les mécanismes à appliquer à ses conséquences, mais aucun ne s'arrête sur la notion même d'abstention. Aussi, est-il important de proposer une disposition remédiant à cette lacune. Il convient alors de fusionner la proposition précédemment faite sur le respect par l'agent des deux phases du délai imparti[1367] avec une disposition sur l'abstention. Le texte alors obtenu se compose de trois articles.

L'abstention du titulaire d'une prérogative pouvant trouver une application pour chaque sujet dont s'emparent les livres du Code civil[1368] et donnant lieu à des

[1367] *Cf Supra*.

[1368] Exemples : Livre I[er] « Des personnes » : abstention d'un parent d'exercer une action en paiement de la pension alimentaire envers le parent défaillant ; Livre II « Des biens et des différentes modifications de la propriété » : abstention du propriétaire du fond dominant d'exercer la servitude ou d'exercer une action contre le propriétaire du fond servant qui empêche le bon exercice

règles générales, il s'agirait d'intégrer ces dispositions au titre préliminaire du Code civil. À cette fin, le titre préliminaire serait renommé « Dispositions générales pour l'application des textes ». Il serait alors divisé en deux chapitres, le premier reprenant le titre préliminaire actuel avec le même nom, à savoir « De la publication, des effets et de l'application des lois en général » et le second serait intitulé « L'abstention du titulaire d'une prérogative ».

« *CHAPITRE II. – DE L'ABSTENTION DU TITULAIRE D'UNE PRÉROGATIVE*

Article 7. - Toute personne titulaire d'une prérogative peut intentionnellement différer l'expression de sa décision d'user de cette prérogative ou de renoncer à celle-ci jusqu'à l'expiration du délai imparti fixé légalement ou conventionnellement.

Toutefois, si son abstention se prolonge au-delà du délai raisonnable, son comportement doit être conforme à celui de l'agent raisonnable.

Le délai raisonnable s'entend du temps adapté aux circonstances pendant lequel l'agent peut retenir et exercer librement sa prérogative, mais au-delà duquel la prévenance est de rigueur. Le terme du délai raisonnable est ainsi déterminé par la mesure de la durée écoulée en fonction d'un faisceau d'indices liés aux circonstances présentes et passées afin de fixer le moment au-delà duquel l'équilibre des intérêts en présence ne peut plus être garanti.

Est un agent raisonnable celui qui adapte la durée de son abstention et le comportement qui lui fait suite aux circonstances, sans lenteur inutile ni précipitation hasardeuse.

Article 8. - Lorsque celui qui s'abstient ne se conforme pas, dès le terme du délai raisonnable, au standard de l'agent raisonnable, il est susceptible d'engager sa responsabilité. Sont fondés à agir les destinataires directs ou indirects de l'abstention qui en subissent les inconvénients extraordinaires.

---

d'une servitude dérivant de la situation des lieux ; Livre III « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » : abstention de l'héritier d'opter ou abstention du conjoint successible dans le besoin de réclamer à la succession de l'époux une pension ; Livre IV Les sûretés : abstention de renouveler l'inscription du nantissement ou de l'hypothèque.

Article 9. – L'inertie des destinataires directs ou indirects d'une abstention est un comportement déraisonnable qui met à leur charge exclusive les inconvénients extraordinaires de l'abstention qu'ils n'ont pas cherché à minimiser. »

607. **La sécurité juridique dans l'abstention.** La présente étude s'est ainsi absorbée dans la recherche d'un système garantissant un maximum de sécurité juridique pour une situation d'abstention, ce qui était nécessaire. Il s'est toutefois révélé que paradoxalement l'abstention est susceptible d'être elle-même une source de sécurité juridique, dès lors qu'elle s'exerce dans un délai raisonnable. C'est en effet un outil intéressant de gestion du temps du justiciable. Mieux, sans abstention, la vie en société pourrait être un enfer gouverné par l'immédiateté et l'intolérance. Les professionnels du droit conseillent d'ailleurs parfois l'abstention au demandeur lorsque les preuves manquent encore pour véritablement assurer la bonne fin d'une procédure[1369]. La force de l'inertie est indéniable.

[1369] Cela dit, les avocats, notamment, pourraient alimenter leur communication (Art. 3 bis de la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971, complété par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon, autorise les avocats à recourir à la publicité et à la sollicitation personnalisée dans les conditions définies par le décret n° 2014-1251 du 28 oct. 2014 relatif aux modes de communication des avocats.) avec l'abstention qui, dans la plupart des cas, diminue leur clientèle potentielle. Celui qui décide de s'abstenir ne recherche en effet pas les services d'un avocat. Une telle démarche est d'ailleurs parfois le moteur de l'abstention. Une approche pédagogique basée à la fois sur les risques d'une abstention déraisonnable et les avantages d'une abstention exercée dans les règles de l'art pourrait inciter l'agent à prendre l'initiative d'un premier rendez-vous.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, manuels

Encyclopédies et dictionnaires

Encyclopédie thématique, Universalis.

BIGUENET-MAUREL C. *Dictionnaire de la prescription civile*, éd. Francis Lefèbvre, 2ème éd. 2014.

CLÉMENT E., DEMONQUE Ch., HANSEN-LOVE L., KAHN P. *La philosophie de A à Z*, Hatier, 2011.

DROSS W. *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 3ème éd. 2016.

IMBS P. (dir.), *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue française du XIXème et du XXème siècle*, Paris, CNRS, Institut de la langue française, Nancy, t. 7, 1979.

REY A. (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 4ème éd. 2016.

ROLAND H.et BOYER L. *Adages du droit français*, Litec, 4ème éd. 1999.

Essais

JOSSERAND L. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1927.

Traités

BACACHE-GIBEILI M. *Traité de Droit civil.* dir. Chr.LARROUMET *Les obligations La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, Économica, 3ème éd. 2016.

BERGEL J.-L., BRUSCHI M.et CIMAMONTI S. *Les biens*, *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, LGDJ, 2ème éd. 2010.

DEMOGUE R. *Traité des obligations en général*, I *Sources des obligations*, t. III, Librairie Arthur Rousseau, 1923.

HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C. et LÉCUYER H. *Les principaux contrats spéciaux*, *Traité de Droit civil*, dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3ème éd. 2012.

PIEDELIÈVRE S. *La publicité foncière*, *Traité de Droit civil*, dir. J. GHESTIN, LGDJ, 2000.

PLANIOL M., RIPERT G. *Traité pratique de Droit civil français*, t. X, 2ème éd. *Contrats civils*, 2ème partie, par HAMEL J., GIVORD F., TUNC A., 1956.

POTHIER R.-J. *Œuvres de Pothier*, Traité des obligations, t. 2, Paris.

TUNC A. et MAZEAUD H. L. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Préf. H. CAPITANT, t. 1, éd. Montchrétien, 5ème éd. 1957.

Manuels

AYNÈS L. et CROCQ P. *Droit des sûretés*, LGDJ, Droit civil, 10ème éd. 2016.

AYNÈS L., MALAURIE Ph. et STOFFEL-MUNK Ph. *Les obligations*, lextenso, Defrénois, Droit civil, 8ème éd, 2016.

AYNÈS L. et MALAURIE Ph., *Les biens*, Lextenso, Defrénois, 6ème éd. 2015.

AYNÈS L., MALAURIE Ph., et GAUTIER P.-Y. *Les contrats spéciaux*, lextenso, Defrénois, 7ème éd. 2014.

AYNÈS L. et LARROUMET Chr. *Traité de Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Economica, Corpus Droit privé, 6ème éd. 2013.

BOURASSIN M., BRÉMOND V., JOBARD-BACHELLIER M.-N. *Droit des sûretés*, Dalloz, Sirey, 5ème éd. 2016.

BRÉMOND V., BOURASSIN M., JOBARD-BACHELLIER M.-N. *Droit des sûretés*, Dalloz, Sirey, 5ème éd. 2016.

BRENNER C. *Voies d'exécution*, 5ème éd. coll. Cours, Dalloz, 2009.

BRUN Ph. *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, Manuel, 4ème éd. 2016.

CADIET L. et JEULAND E. *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Manuel, 8ème éd, 2013.

CARBONNIER J. *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 21ème éd. 1998.

CHAINAIS C., GUINCHARD S. et FERRAND F. *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, Précis, 33ème éd. 2016.

COUCHEZ G. et LEBEAU D. *Voies d'exécution*, Dalloz, Sirey, coll. Université, 12ème éd. 2017.

COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F. *Droit des sociétés*, LexisNexis, 29ème éd. 2016.

CROCQ P. et AYNÈS L. *Droit des sûretés*, LGDJ, Droit civil, 10ème éd. 2016.

DEBOISSY F., COZIAN M., VIANDIER A. et *Droit des sociétés*, LexisNexis, 29ème éd. 2016.

DOMAT J. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1777.

FABRE-MAGNAN M. *Introduction générale au droit*, PUF, 2ème éd. 2011.

FAGES B. *Droit des obligations*, LGDJ, Manuel, 6ème éd. 2016.

FENOUILLET D. et MALINVAUD Ph. *Droit des obligations*, Lexis Nexis, 13ème éd. 2014, Manuel.

FERRAND F., GUINCHARD S. et CHAINAIS C. *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, Précis, 33ème éd. 2016.

FRICÉRO N. *Procédure civile*, Gualino, lextenso, 7ème éd. Mémentos LMD, 2011.

GAUTIER P.-Y., MALAURIE Ph. et AYNÈS L., *Les contrats spéciaux*, lextenso, Defrénois, 7ème éd. 2014.

GIORGINI G.-C. et VIDAL C. *Cours de Droit des entreprises en difficulté*, Gualino, Amphi LMD, 2ème éd. 2016-2017.

GUINCHARD S. (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 9ème éd. 2016.

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F. *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, Précis, 33ème éd. 2016.

HANSEN-LOVE Ch. CLÉMENT E., DEMONQUE L., KAHN P. *La philosophie de A à Z*, Hatier, 2011.

HOONAKKER Ph. *Procédures civiles d'exécution Voies d'exécution Procédures de distribution*, Larcier, coll. Paradigme, 4ème éd. 2015.

JEULAND E. et CADIET L. *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Manuel, 8ème éd, 2013.

JOBARD-BACHELLIER M.-N., BOURASSIN M., BRÉMOND V. *Droit des sûretés*, Dalloz, Sirey, 5ème éd. 2016.

JOURDAIN P. *Les principes de la responsabilité civile*, Connaissance du droit, Dalloz, 9ème éd. 2014.

LARROUMET Chr. et AYNÈS L. *Traité de Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Economica, Corpus Droit privé, 6ème éd. 2013.

LEBEAU D. et COUCHEZ G.*Voies d'exécution*, Dalloz, Sirey, coll. Université, 12ème éd. 2017.

LEQUETTE Y., TERRÉ F., SIMLER Ph. *Droit civil Les obligations*, Précis, Dalloz, 11ème éd. 2013.

MALAURIE Ph., AYNÈS L, STOFFEL-MUNK Ph. *Les obligations*, lextenso, Defrénois, Droit civil, 8ème éd, 2016.

MALAURIE Ph., AYNÈS L., GAUTIER P.-Y. *Les contrats spéciaux*, lextenso, Defrénois, 7ème éd. 2014.

MALAURIE Ph., AYNÈS L. *Les biens*, Lextenso, Defrénois, 6ème éd. 2015.

MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. *Droit des obligations*, Lexis Nexis, 13ème éd. 2014, Manuel.

MESTRE J. et RODA Chr. (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, lextenso, Les intégrales, 2011.

MONTAS A. *Droit maritime*, Vuibert, Vuibert droit, 2ème éd. 2015.

MORÉTEAU O. *Droit anglais des affaires*, Dalloz, Précis, Droit privé, 1ère éd. 2000.

PAULIN Ch. *Droit des transports*, Litec, LexisNexis, coll. Affaires finances, 2005.

RENAULT-BRAHINSKY C. *Droit des obligations*, Gualino, Mémentos LMD, 13ème éd. 2016.

REVET T. et ZENATI-CASTAING F. *Cours de droit civil. Obligations. Régime*, PUF, coll. Dr. Fondamental, 1ère éd. 2013.

RIFFARD J.-F. *Droit des sûretés*, Bréal, lexifac droit, 3ème éd. 2014.

RODA Chr. (dir.), MESTRE J. *Les principales clauses des contrats d'affaires*, lextenso, Les intégrales, 2011.

SIMLER Ph., TERRÉ F. et LEQUETTE Y. *Droit civil Les obligations*, Précis, Dalloz, 11ème éd. 2013.

STOFFEL-MUNK Ph. MALAURIE Ph. et AYNÈS L, *Les obligations*, lextenso, Defrénois, Droit civil, 8ème éd, 2016.

TERRÉ F., SIMLER Ph. LEQUETTE Y. *Droit civil Les obligations*, Précis, Dalloz, 11ème éd. 2013.

VIANDIER A., COZIAN M., et DEBOISSY F. *Droit des sociétés*, LexisNexis, 29ème éd. 2016.

VIDAL C. et G.-C. GIORGINI, *Cours de Droit des entreprises en difficulté*, Gualino, Amphi LMD, 2ème éd. 2016-2017.

WÈRY P. *Droit des obligations*, vol. 1 : théorie générale du contrat, Bruxelles, Larcier, 2010.

ZENATI-CASTAING F. et REVET T. *Cours de droit civil. Obligations. Régime*, PUF, coll. Dr. Fondamental, 1ère éd. 2013.

<u>Autres ouvrages généraux</u>

Commissions pour le droit européen du contrat, *Principes du droit européen du contrat*, version fr. **ROUHETTE G.** (dir.), Société de Législation Comparée, 2003.

FINET A. Le *Code de Hammurabi*, éd. du cerf, coll. litt. Anc. Du Proche Orient, 5ème éd. 2004.

ROCHFELD J. *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 1ère éd. 2011.

RODA Chr. et MESTRE J. (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, lextenso éd. les intégrales, 2011.
SARTRE J.-P. *L'existentialisme est un humanisme*, Nagel, coll. Pensées, 8ème éd. 1946.

TRIGEAUD J.-M. *Humanisme de la liberté et philosophie du droit*, Bordeaux, Bière, t. 1, 1985.

Articles

ALT E. « La loyauté de la procédure en droit civil », Justice et Cassation, 2014, p. 13.

AMÉDÉE-MANESME G. « Éthique et droit privé », Gaz. Pal. 22 déc. 2001, n° 356, p. 15.

AMRANI-MEKKI S.
« Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », RDC, 1er oct. 2009, n° 4, p. 1617.
« Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? », JCP G. n° 27, 2 juill. 2008, I, 160.

ANCEL P. « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p.771.

ATTARD J. « Analyse du principe de non-ingérence sous l'angle de la protection des droits fondamentaux des cocontractants du banquiers », RTD com. 2017, p. 1.

AYMERIC N. « L'incidence du comportement du débiteur sur la prescription », RTD civ. 2013, p. 519.

AYNÈS L. « Vers une déontologie du contrat », Conférence Cass. 11 mai 2006, https://www.courdecassation.fr/IMG/File/deontologie_contrat_11_05_06_aynes.pdf.

AZZI T. « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD civ. 2007, p. 227.

BACACHE M. STOFFEL-MUNCK Ph. et BLOCH C. JCP G. n° 51, 15 déc. 2014, doctr. 1323, Chr. Responsabilité civile.

BALAT N. « Forclusion et prescription », RTD civ. 2016, p. 751.

BANDRAC M. « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », *in* RID comp. vol. 46 n°2, Avril-juin 1994, p. 359.

BÉDON A. « Computation des délais et actes interruptifs de prescription », http://magat.francois.free.fr/Computation

BECQUÉ-ICKOWICZ S. J-Cl civ. articles 1235 à 1248, fasc. n° 10, « Contrats et obligations. Obligations naturelles », 25 novembre 2010, mis à j. 2 sept. 2013.

BÉHAR-TOUCHAIS M. « L'ambivalence des opérateurs économiques en droit de la concurrence », *in* MARTIAL-BRAZ N.et TERRYN F. (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS éd. Bibl. de l'IRJS-André TUNC, t. 54, 2014, p. 33.

BELLET P. « Le juge et l'équité », *in Études offertes à René RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 9.
BÉNOS C. « L'altruisme dans le contrat de prêt à usage », rec. D. 2013, p. 2358.

BLANC N. « Le juge et les standards juridiques », RDC, juin 2016, n° 2, p. 394.

BLANDIN Y. « La réforme du gage des stocks par l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 », RD banc. et fin. n° 4, Juill. 2016, étude 20.

BLOCH C. STOFFEL-MUNCK Ph. et BACACHE M. JCP G. n° 51, 15 Déc.2014, doctr. 1323, Chr. Responsabilité civile.

BOCCARA B. « La procédure dans le désordre I. Le désert du contradictoire », JCP, 1981, I, 3004.

BOILOT Chr. « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », RTD com. 2010, p. 243.

BOISLIVEAU P. « Un seul délai raisonnable dans le cadre de la fin du prêt à usage sans délai convenu ? (Délai de préavis raisonnable et délai raisonnable d'utilisation dans le prêt à usage sans délai convenu) », PA, 11 fév. 2015, n°30, p. 7.

BOLARD G. « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », JCP G. n° 6, 9 fév. 2015, 146.

BORÉ L. « Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste », RSC 1997, p. 751.

BOURCIER D. et KOUBI G. « Responsabilisation des décideurs et système d'information : un nouveau critère de performance ? », AJDA 1999, p. 3.

BOUTONNET M. « Le contrat et le droit de l'environnement », RTD civ. 2008, p. 1.

BRENNER C. « L'insaisissabilité, les voies d'exécution », *in Voies d'exécution*, 5ème éd., coll. Cours, Dalloz, 2009, p. 34.

BRENNER C. et LÉCUYER H., « La réforme de la prescription », JCP E., n° 8, 19 février 2009, 1197.

BRIMO A. « Réflexions sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'état »,*in Mélanges offerts à P. HÉBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 163.

BUY F. et THÉRON J. (dir.), « L'éthique de l'entreprise », JCP E. n° 25, 20 juin 2013, 1359.

CAIRE A.-B. « La magie du verbe juridique. Réflexions sur la force du langage du droit », RTD civ. 2017, p. 321.

CALLÉ P. « Caducité », Rép. proc. civ. D. v. sept. 2010, mis à j. avril 2015.

CARBONNIER J.

« Le silence et la gloire », Rec. D. vol 3, chronique n° XXVIII, p. 119-122.

« Notes sur la prescription extinctive », RTD civ. 1952, p. 172.

CATHELINEAU A.

« Le retard en droit civil », LPA, 28 août 1998, n° 103, p. 4.

« Le retard en droit civil (suite et fin) », LPA, 31 août 1998, n° 104, p. 4.

CAYROL N.

« Action en justice », Rép. proc. civ. D. 2013.

« Contrats et obligations – mise en demeure », J.-Cl. civ. code 1136 à 1145, fasc. 60, 21 sept. 2015.

CHAGNY M. « La confiance dans les relations d'affaire », *in* M. CHAGNY, V.-L. BENABOU (dir.), *La confiance en Droit privé des contrats*, D. Thèmes et commentaires, 2008.

CHAMPAUD Cl. « Des droits nés avec nous », Mél. G. FARJAT, Frison-Roche, 1999, p. 69.

CHAUVEL P. « consentement », Rép. dr. civ. 2007, actualisé en 2014.

CHAZAL J.-P. « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », *in* Chr. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99.

CHOLET D. « Que reste-t-il du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ? », JCP G. n° 4, 25 janv. 2016, p. 80, note Cass. Soc. 22 sept. 2015, n° 14-16947.

CLAVEL S. « La confiance dans les instruments internationaux et européens de droit uniforme », *in* V.-L. BENABOU, M. CHAGNY (dir), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008, p. 11-33.

CONDÉ L. « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle », Juris-Classeur Civil Code, 1er sept. 2013.

CORDELIER E. « À propos de l'article 2037 du Code civil. Observations sur le droit préférentiel », RTD com. 2004, p. 667.

CORDIER-VASSEUR Ch. et DECOUX-LAROUDIE C. « Le devoir de loyauté du dirigeant », JCP G. n° 24, 10 juin 2013, 693.

COURNEROUX J. « Le bail tous commerces : un contrat méconnu », AJDI, 2013, p. 184.

CUIF P.-F. « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD Com, 2005, p. 1.

DECOUX-LAROUDIE C. et CORDIER-VASSEUR Ch. « Le devoir de loyauté du dirigeant », JCP G. n° 24, 10 juin 2013, 693.

DE FONTMICHEL M. « Les nouvelles actions interrogatoires », D. 2016, p. 1665.

DELMOTTE Ph. « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », rapport de la Cour de cassation de 2003, http://www.courdecassation.fr

DELPECH X. « L'excès de sûretés tue les sûretés », D. 2005, p. 1773.

DESDEVISES Y.

« Action en justice », J.-Cl. fasc. 125, 7 juill. 2011 mis à j. janv. 2014.

« Action en justice », J.-Cl. proc. civ. Fasc. 126-2, 1er fév. 2012, mis à j. mars 2013.

« Action en justice ; recevabilité ; conditions subjectives », J.-Cl. proc. civ. fasc. 126-2, 1er fév. 2012, actualisé par O. STAES.

DESHAYE O. « Perte de chance : une nouvelle jurisprudence en voie de formation », RDC, 1er déc. 2014, n° 4, p. 610.

DIENER P. « Éthique et droit des affaires », D. 1993, p. 17.

DIESSE F. « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », Arch. Phil. dr. 43, 1999, p. 259.

DION N. « Le juge et le désir du juste », D. 1999, p. 195.

DISSAUX N. « Quelles réformes pour la responsabilité civile ? », AJ Contrat 2017, p. 169.

DOUCHY M. JCE des Huissiers de Justice, fasc. n° 10, v. « les mesures conservatoires », 31 mars 2003, mis à jour le 12 janv. 2012.

DROSSO F. « La vente en viager, outil de gestion du risque vieillesse », Rev. Droit et patr. oct. 2002, n° 108.

DUONG L. « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », RIDC, n° 3, 2008, p. 701.

FENOUILLET D.

« Le juge et les clauses abusives », RDC, n° 2, juin 2016, p. 358.

« La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », RDC, 1er avril 2011, n° 2, p. 644.

FERRAND F. « Appel », Rép. de proc. civ. D. mars 2012 mis à j. janv. 2015.

FOËX B. « La protection du créancier gagiste mobilier », *in* M. BADDELEY, *Protection de la personne par le droit : Journées de droit civil 2006 en l'honneur du professseur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, p. 149, http://archive-ouverte.unige.ch/unige:8572

FRANCESCAKIS Ph. « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de la clause compromissoire », Rev. arb. 1974 p. 67.

FRANÇOIS B. « La prescription extinctive en droit américain et en droit français : différences et convergences », Rec. D. 2008, p. 2543.

FRICERO N. « Une nouvelle réponse déjudiciarisée à l'obstruction au paiement du créancier », JCP G. n° 28, 11 juill. 2016, p. 807.

GARREAU D. « La loyauté dans la preuve- Un principe résiduel, voire inutile ? », Justice et Cassation, 2014, p. 41.

GAUTIER P.-Y. « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTD civ., 1995, p. 797.

GERVAIS A. « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », *in Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. I, 1961, p. 261.

GRAYOT-DIRX S. « Une action en justice peut-elle naître indépendamment d'un litige ? », D. 2011, p. 2311.

GRIEDEL J.-P. « Le temps et le droit positif du procès civil », Gaz. Pal. 10 oct. 2015, n° 283, p. 10.

GRIMALDI M., DUPICHOT Ph., « Durée et sûretés », RDC, 1er janv. 2004, n° 1, p. 95.

GROULIER C. « Tolérer n'est pas permettre. De la distinction de la tolérance et de la permissivité en droit », *in* X. BIOY, B. LAVERGNE et M. SZTULMAN (dir.), *Tolérance et droit*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 7.

GUILLEMARD S. « Un couple surprenant : prescription extinctive et liberté contractuelle », Electronic journal of comparative law, vol 12.2, October 2008, http://www.ejcl.org/122/art122-1.pdf.

GUENZOUI Y. « Les querelles doctrinales », RTD Civ. 2013, p. 47.

HAGE-CHAHINE F. « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », RTD Civ. 1982. 705, n° 48.

HÉBRAUD P. « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *in Études offertes à Pierre KAYSER*, PUAM, 1979, t. 1, p. 1.

HOERNI C. *Altruisme*, Journal internat. de bioéthique, 2008/3, vol. 19, p. 11.

HONTEBEYRIE A. « La prescription extinctive », Rép. dr. civ. Dalloz, mars 2011, v. prescription extinctive, mis à jour mars 2013.

HOUTCIEFF D.
« Vers l'obligation du créancier d'exercer une faculté conformément aux intérêts de la caution », D. 2007, p. 1572.
« Une extension du champ d'application du bénéfice de subrogation », D. 2006, p. 1693.

HUGLO J.-G. « Le principe de la sécurité juridique », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, déc. 2001.

IVAINER T. « L'interprétation des faits en droit », JCP G. 1986, doctr. 3235.

JOSSERAND L. « Le contrat dirigé », DH 1933, p. 89.

KHAIRALLAH G. « Le raisonnable en droit privé français, développements récents », RTD civ. 1984, p. 439.

KLEIN J. « Le rythme juridique du temps », *in Le temps et le droit*, Ass. H. CAPITANT, Journées nat. t. XVIII, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 67.

KOUBI G., BOURCIER D. « Responsabilisation des décideurs et système d'information : un nouveau critère de performance ? », AJDA 1999, p. 3.

LABORDE J.-P. « Marie CRESP, Le temps juridique, Essai d'une théorie générale, préface J. HAUSER, PUAM, 2013 », RTD civ. 2014, p. 502.

LAFOND J. « Bail commercial. Destination des lieux. Déspécialisation », J.-Cl. N. fasc. 270, 25 nov. 2013, mis à j. 3 sept. 2014.

LAGOUTTE J. « La faute dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », Resp. civ. et assur. fév. 2017, n° 2, étude 2.

LAISNEY L.-J. « Chronique du soutien abusif », Info finance Express, n° 10, nov. 2012, p. 6.

LAITHIER Y.-M.
« Le nouveau droit français de la prescription extinctive et le rapport « Limitation of Actions » de la Law Commission anglaise », D. 2008, p. 2538.
« L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives », D. 2014, p. 33.

LASSERRE-KIESOW V. « La prescription, les lois et la faux du temps », JCP NI, 2004, n° 19, 1225, p. 772.

LATINA M. « Les mesures du temps », *in Le temps et le droit*, Ass. H. CAPITANT, Journées nat. t. XVIII, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 87.

LE CORRE P.-M. « Le relevé de forclusion après l'ordonnance du 12 mars 2014 et du décret du 30 juin 2014 », Gaz. Pal. 20 janv. 2015, p. 39.

LEE J. « Une nouvelle loi uniforme sur la prescription », http://66.51.165.111/fr/poam2/CLS2004_New_Uniform_Limitations_Act_Fr.pdf, p. 8.

LÉGIER G. « Action oblique », « CONTRATS ET OBLIGATIONS – Effets des conventions à l'égard des tiers – fasc. unique, J.-Cl. Code art. 1166.

LEGRAND V. « La nouvelle philosophie du crédit renouvelable », Gaz. Pal. 25 juin 2011, n° 176, p. 12.

LETELLIER H. « La stratégie patrimoniale du couple », AJ fam. 2008, p. 52.

LE TOURNEAU Ph.

« Exception d'indignité ; Règles « Nemo auditur » et « In pari causa » », Fasc. unique : CONTRATS ET OBLIGATIONS, J.-Cl. civ. App. Art. 1131 à 1133, 2013.

« Gestion d'affaires », *Encyclopédie Dalloz*, 1997, n° 10.

LE TOURNEAU Ph. POUMARÈDE M., fasc. « Bonne foi », Rép. dr. civ. janv. 2009, mis à j. sept. 2012.

LEVENEUR L. « Le forçage de contrat », Dr. et patr. 1998, n° 58, p. 69 s.

LIENHARD A. « Déclaration des créances : avertissement personnel avant publication au BODACC », http://www. dalloz-actualite.fr

LOIR R.

« Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et… du non-professionnel », JCP E. n° 27-28, 7 juill. 2016, p. 1402.

« L'information du franchisé sur le futur », D. 2012, p. 1425.

LOKIEC V. « délai », Rép. dr. civ. D. mars 2014.

LORVELLEC L. « Remarques sur le provisoire en droit privé », *in études dédiées à Alex WEILL*, Dalloz, Litec, 1983, p. 385.

LUCAS F.-X. « Obligation pour le créancier de solliciter l'attribution judiciaire du gage », RD banc. et fin. 2003, p. 192.

MACORIG-VENIER F. SAINT-ALARY HOUIN C. et MONSÈRIÉ-BON H. « le droit de la défaillance économique en quête de clarification », Droit et patr. oct. 2010, n° 196.

MAINGUY D. « L'interprétation de l'interprétation. Variations normatives II », JCP G. 20 Mai 2011, doctr. 603.

MALAURIE Ph.

« La réforme de la prescription civile », Defrénois, 30 octobre 2008, n° 18, p. 2029.

« L'homme, le temps et le droit », *in La prescription civile, études en l'honneur de Philippe Malinvaud*, 2007, Litec, p. 393.

MARTIN D.-R. « Amertumes contractuelles », LPA, 16 mars 2001, n° 54, p. 16.

MARTY R. « Cautionnement et comportement du créancier », JCP E. n° 37, 13 sept. 2007, 2062.

MATHIEU C. « L'ambivalence du silence en droit du travail », *in* N. MARTIAL-BRAZ et F. TERRYN (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS éd. Bibl. de l'IRJS-André TUNC, t. 54, 2014, p. 49.

MAURIN L. « Conservateur des hypothèques : la fin des privilèges… », L'essentiel Droit immobilier et urbanisme, 1er juill. 2010, n° 7, p. 1.

MAZEAUD D.

« Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier », D. 1995, p. 230.

« Constats sur le contrat, sa vie, son droit », LPA, 6 mai 1998, n° 54, p. 8.

«La confiance légitime et l'estoppel : rapport français », *in* FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, société de législation comparée, Droit privé comparé, vol. 4, 17ème Congrès international de droit comparé de l'Académie internat. dr. comparé, Utrecht, Pays-Bas, 2006, p. 247.

« Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », RDC, 1er avril 2011, n° 2, p. 690.

« La bonne foi : en arrière toute ? », D. 2006, p. 761.

« Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in* Mél. F. TERRÉ, 1990, p. 603.

MAZEAUD V.

« Responsabilité civile et droit des sûretés », Resp. civ. et assur. n° 5, mai 2017, dossier 6.

« Proposition de modification de l'article 1185 C. civ : l'exception de nullité. », RDC, mars 2017, n° 1, p. 184.

MECHRI F. « Voyage dans l'espace du temps juridique », *in* Mél. G. FARJAT, *Philosophie du droit et droit économique Quels dialogues ?*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 427.

MEKKI M.

« La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 », http://www.mekki.fr/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mekki.pdf

« Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015, p. 816.

« Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », RDC 1er janv. 2010, n° 1, p. 383.

MESTRE J.

« Le droit pour le créancier de recouvrer son dû … et ses limites », RTD civ. 1990, p. 477.

« Une bonne foi décidément très exigeante », RTD cov. 1992, p. 760.

MIGNOT M. « Stipulation pour autrui », fasc. CONTRATS ET OBLIGATIONS –J.-Cl. 18 fév. 2008, mis à jour du 2 sept. 2012.

MINIAO L. « L'introuvable principe de loyauté », D. 2007, 1035.

MONSÈRIÉ-BON H. SAINT-ALARY HOUIN C. MACORIG-VENIER F. « le droit de la défaillance économique en quête de clarification », Droit et patr. oct. 2010, n° 196.

MOUSSERON J.-M. « La gestion des risques par le contrat », RTD civ. 1988, p. 481.

NAJJAR I. « La potestativité », RTD civ. 2012, p. 601.

NÉRON S. « Le standard, un instrument juridique complexe », JCP G. n° 38, 19 sept. 2011, 1003.

NGUIHE KANTÉ P. « À propos de l'effectivité des codes éthiques : contribution à un changement de perspectives des sources créatrices du droit privé », Rev. ERSUMA, Droit des affaires-pratiques professionnelles, n° 2, mars 2013, p 11.

NICOLAS-VULLIERME L. « Le délai raisonnable ou la mesure du temps », LPA, 3 janv. 2005, n° 1, p. 3.

ORIANNE P. « Les standards et les pouvoirs du juge », RRJ, 1988, n° 4, p. 1037 et s. spéc. p. 1039.

OUDOT P. Gaz. Pal. 26 fév. 2011, n° 57, p. 8.

OUTIN-ADAM A. « La loyauté dans le droit de la consommation », Gaz. Pal. 5 déc. 2000, n° 340, p. 36.

PAILLUSSEAU J. « Les effets anticoncurrentiels de la dette », RIDC, 1995, p. 245

PANTARO E. « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique, RRJ, 1988, n° 4, p. 813.

PÉGLION-ZIKA C.-M. « Les clauses abusives et la recodification du Code de la consommation », D. 2016, p. 1208.

PELLET S. « L'altruisme est encore une condition de la gestion d'affaires », EDCO, 3 avril 2015, n° 4, p. 4.

PÉRIER M.

« L'éloge du silence », Gaz. Pal. 17 août 2010, n° 229, p. 13.

« L'éloge du silence (suite et fin) », Gaz. Pal. 28 déc. 2010, n° 362, p. 6.

PÉROCHON F. « L'ordonnance du 12 mars 2014 : une révolution inespérée en faveur des créanciers tenus de déclarer », Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2014 n° 3, p. 133.

PERRIN L. « Rupture d'une période d'essai : portée du respect du délai de prévenance », D. 2013, p. 313.

PERROT R. « Procédure d'instruction ; jugements et voies de recours ; voies d'exécution et mesures conservatoires », RTD civ 1977, p. 817.

PICOD Y.

« L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP G. 1988, 3318.

« Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », *in Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008.

« Exécution de bonne foi des conventions », CONTRATS ET OBLIGATIONS. Effets obligatoire des conventions, J.-Cl. civ. Code art. 1134 et 1135.

« L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *in Le juge et l'exécution du contrat*, actes du colloque IDA du 28 mai 1993, PUAM, IDA, 1993, p. 57.

PIETTE G. « Cautionnement », Rép. dr. civ. Mai 2009, mis à j. juin 2015.

PINARD D. « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », Les Cahiers de droit, vol. 30, n° 1, 1989, p. 137-187.
http://id.erudit.org/iderudit/042939ar.

POMART-NOMDEDEO C. « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », RTD civ. 2010, p. 209.

PUIG P. « L'excès de proportionnalité (à propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », RTD civ. 2016, p. 70.

PUTMAN E. « Le temps et le droit », Droit et patrimoine, n° 78, 1er janv. 2000, p. 43.

RANIÉRI F. « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », RID comp. vol. 50, n° 4, oct. déc. 1998, pp. 1055-1092.

RIALS S. « Les standards, notions critiques du droit », *in* C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, Travaux du centre de recherche de logique, p. 39.

RIFFARD J.-F. « Bis repetita (non) placent. -L'ordonnance du 29 janvier 2016 sur le gage des stocks à l'aune de la nécessaire unification des sûretés mobilières », RD banc. et fin. n° 3, mai 2016, étude 15.

ROUBIER P. « Les prérogatives juridiques », Arch. Phil. dr. n° 5, 1960.

ROUSSEL A.-I. « Être altruiste, est-ce capituler devant l'égoïsme de l'autre ? »,
http://www2.cndp.fr/magphilo/philo11/altruiste.htm.

ROUVIÈRE F. « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », LPA, 31 juillet 2009, n° 152, p. 7.

SAINT-ALARY HOUIN C. MONSÈRIÉ-BON H.et MACORIG-VENIER F. « le droit de la défaillance économique en quête de clarification », Rev. Droit et patr. Oct. 2010, n° 196.

SALLE DE LA MARNIÈRE E. « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », RTD civ. 1933, p. 1037.

SIMLER Ph. « Cautionnement. Extinction par voie principale. Bénéfice de cession d'action ou de subrogation. Défaut de proportionnalité », JCI, fasc. 70, 13 mai 2013, mis à j. 2 juin 2015.

SKRYPNIAK H. « La clause de tolérance », D. 2016, p. 218.

STOFFEL-MUNCK Ph. BLOCH C. et BACACHE M. JCP G. n° 51, 15 Déc.2014, doctr. 1323, Chr. Responsabilité civile.

STOFFEL-MUNK Ph.

« Réforme du droit des obligations : la force obligatoire en danger », interview du par FLEURIOT C. 20 janv. 2014, Dalloz actualités, http://www.dalloz-actualite.fr.

« Créancier déloyal dans l'exécution n'en est pas moins créancier », D. 2007, p. 2839.

« Abus de droit, agrément et rupture fautive », RDC, 1er avril 2005, n° 2, p. 288.

« La rupture du contrat. Rapport français », *in Le contrat*, Ass. Henri Capitant, Journées internat. 2005, Le Brésil, Société de législation comparée.

« Alertes sur les prescriptions extinctives l'article 2244 du Code civil n'est plus d'ordre public », D. 2003, p. 155.

STORCK M. Fasc. « CONTRATS ET OBLIGATIONS - Promesse de porte-fort », J.-Cl. 11 Mai 2010, mis à jour du 14 août 2014.

THÉRON J. « Moyens de défense », J-Cl. fasc. 600-30, 21 juill. 2016.

THÉRON J. et BUY F. (dir.), « L'éthique de l'entreprise », JCP E. n° 25, 20 juin 2013, 1359.

THÉRON S. « Au-delà du Droit administratif, en Droit administratif : quelles références, quelle signification ? », *in Le raisonnable en droit administratif*, S. THÉRON (dir.), Actes colloque de Toulouse 20 mars 2015, éd. L'épitoge, coll. L'Unité du Droit, vol. XIII, 2016, p. 13.

THOUVENIN G. éditorial, Justice et Cassation, Dalloz, 2014, p. 5.

THOUVENIN J.-M. « Le délai raisonnable », *in* P.-M. EISEMANN (dir.), *Le droit international et le temps*, SFDI, Pedone, 2001, p. 109.

TISSEYRE S. « Le devoir de minimiser son préjudice. L'hostilité du droit français est-elle toujours opportune ? », Resp. civ. et assur. janv. 2016, étude 1.

TULKENS F. « Le délai raisonnable et la Convention européenne des droits de l'homme », *in* S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, PU Limoges, 2004, p. 209.

VALLANSAN J. « La grande distribution et le paiement du prix du transport », JCP E. 2000, n° 37, p. 1420.

VERHAEGEN J. « Notions floues en droit pénal », *in* C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, Travaux du centre de recherche de logique, p. 7.

VIGNERON S. « Le rejet de la bonne foi en droit anglais », *in* S. ROBIN-OLIVIER et D. FASQUELLES, *Les échanges entre les droits : l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, déc. 2008.
Pour une version de l'article en ligne :
https://kar.kent.ac.uk/2051/1/Le_rejet_de_la_bonne_foi.pdf

VIVANT M. « Rapport de synthèse », *in* N. MARTIAL-BRAZ et F. TERRYN (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS éd. Bibl. de l'IRJS-André TUNC, t. 54, 2014, p. 255.
WIEDERKEHR G. « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », *in Mélanges offerts à Pierre HÉBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949.

ZÉNATI F. « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, p. 305.
« La propriété, un mécanisme fondamental du droit », RTD civ. 2006, p. 445.

ZÉNATI F. et FOURNIER S. « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », RTD civ. 1996, p. 339.

ZOLINSKI C. « L'ambivalence du silence révélée par le droit de la consommation », *in* N. MARTIAL-BRAZ et F. TERRYN (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS éd. Bibl. de l'IRJS-André TUNC, t. 54, p. 21.

Ouvrages spéciaux

Thèses

ALBIGES Ch. *De l'équité en droit privé*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 329, 2000.

AMRANI-MEKKI S. *Le temps et le procès civil*, Préf. L. CADIET, Dalloz, Nouv. Bibl. de thèses, vol. 11, 2002.

ANDRÉ C. *Le fait du créancier contractuel*, LGDJ, 2002, Bibl. dr. privé, t. 356.

ARBANT-MICHEL G. *Les relations entre les clauses et le contrat*, thèse microfiche Montpellier I, 2001.

BANDRAC M. *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. RAYNAUD, Economica, coll. Dr. civ. Études et recherches, 1986.

BEIGNIER B. *L'honneur et le droit*, Préf. J. FOYER, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 234, 1995.

BÉNABENT A. *La chance et le droit*, préf. J. CARBONNIER, L.G.D.J. Bibl. dr. privé, n° 128, 1973.

BOURRINET J. *L'abstention source de responsabilité civile délictuelle*, Université de Montpellier, faculté de droit, 1959.

BOUT R. *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, préf. P. KAYSER, LGDJ, Bibl dr. privé, n° 124, 1972.

CARDOSOT-ROULOT N. *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Préf. E. LOQUIN, L'Harmattan, 2008, p. 470.

CÉLICE B. *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, Préf. J. CARBONNIER, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1968, t. LXXXIV.

CÉSARO J.-F. *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon Assas, préf. B. TEYSSIÉ, Droit privé, Paris, 2003.

CHENU D. *Les clauses contractuelles autonomes : Un droit en création*, Omniscriptum, Presses Académies, 2014.

CHOLET D. *La célérité de la procédure en droit processuel*, Préf. G. GIUDICELLI-DELAGE, LGDJ, 2006, Bibl. dr. privé, t. 466.

COHIN M.-R., *L'abstention fautive*, Paris, Sirey, 1929.

COLLIN A. *Pour une conception renouvelée de la prescription*, préf. D. FENOUILLET, Defrénois, lextenso, Coll. de thèses, t. 46, Doctorat et Notariat.

CORTEN O. *Utilisation du raisonnable par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

COZIAN M. *L'action directe*, LGDJ, 1969, Bibl. dr. privé, t. 92.

CRESP M. *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, Préf. J. HAUSER, PUAM, 2013.

DANIS FATOME A. *Apparence et contrat*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 414, préf. G. VINEY, 2004.

DELVILANI A.-F. *La responsabilité civile pour omission ou abstention*, éd. Service de reproduction, Grenoble 2, 1978.

DIEUX X. *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Préf. M. HANOTIAU, ULB, LGDJ, Paris, 2995.

ETIENNEY A. *La durée de la prestation*, Préf. T. REVET, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 475, 2008.

FAGES B. *Le comportement du contractant*, PUAM, Institut de droit des affaires, Préf. J. MESTRE, 1997.

GAUDIN L. *La patience du créancier : Contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, Defrenois, Lextenso éd. collection de thèses, Doctorat et notariat, t. 39, Préf. G. PIGNARRE, 2009.

GENDRE-DEVOIVRE M. *Collaboration et assistance entre parties au contrat*, Clermont I, th. dir. J. STOUFFLET, 1981.

GRAS N. *Essai sur les clauses contractuelles*, Clermont, 2014.

HELLERINGER G. *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, Préf. L. AYNÈS, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 536, 2012.

JABBOUR R. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Préf. L. AYNÈS, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 573, 2016.

JALUZOT B. *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit fr. all. et japonais*, Dalloz, Nouvelle Bibl. de thèses, 2001.

JAMIN Chr. *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991, Bibl. dr. privé, t. 215.

DEJEAN DE LA BATIE N. *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Préf. H. MAZEAUD, LGDJ, 1965, Bibl. dr. privé, t. LVII.

LAMOUREUX M. *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, Institut de droit des affaires, Préf. J. MESTRE, t. 2, 2006.

LASZLO-FENOUILLET D. *La conscience*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 235, 1993.

LECOMPTE H. *Essai sur la notion de faculté en Droit civil*, librairie du recueil Sirey, Paris, 1930.

LEDOUX P. *Le droit de vote des actionnaires*, préf. Ph. MERLE LGDJ, 2002, Bibl. dr. privé, t. 379.

LEVERBE E. *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Univ. Pau et des pays de l'ADOUR, 2003.

LITTY O. *L'inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 322, 1999.

LOKIEC P. *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, Bibl. dr. privé, t. 408.

LUXEMBOURG F. *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Préf. A. GHOZI, éd. Panthéon Assas, 2007.

MORIAUD P. *Du délit nécessaire*, Genève, 1889.

MOULOUNGUI C. *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, Préf. F. GRUA, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 251, 1995.

MOULY C. *Les causes d'extinction du cautionnement*, Préf. M. CABRILLAC, Libr. Techn. 1979.

NAJJAR I. *Le droit d'option - Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral*, LGDJ, 1967, Bibl. dr. privé, t. 85.

OST F. *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999.

OUTIN M. *L'exécution du contrat en bon père de famille*, Université Paris sud- faculté de droit Jean Monnet, 2000.

OUTIN-ADAM A. *Essai d'une théorie des délais en droit privé. Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit, thèse*, Paris 2, 1986.

PARAISO F. *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Préf. Chr. ATIAS, PUAM, Institut de Droit des Affaires, 2011.

PAULIN C. *La clause résolutoire*, Préf. J. DEVÈZE, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 258, 1996.

PELLETIER C. *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2004, Préf. Ph. JESTAZ.

PERRU E. *L'impayé*, Préf. G. GOUBEAUX, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 438, 2005.

PICOD N. *La remise de dette en droit privé*, thèse, Toulouse, 2011.

POPINEAU-DEHAULLON C. *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparée*, Préf. M. GORÉ, LGDJ, 2008, Bibl. dr. privé, t. 398.

POULET L. *Transaction et protection des parties*, Préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2005, Bibl. dr. privé, t. 452.

RABUT A. *De la notion de faute en droit privé*, LGDJ, 1948.

RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H. *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, 2009, coll. faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers.

RAND A. *La vertu d'égoïsme*, Préf. A. LAURENT, trad. M. MEUNIER et A. LAURENT, éd. Les belles lettres, Bibl. classique de la liberté, 2008.

REIFEGERSTE S. *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Préf. H. MUIR-WATT, PUAM, Institut de droit des affaires, 2002.

RIFFARD J.-F. *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, Contribution à une rationalisation du Droit français*, presses de la faculté de Clermont-Ferrand, 1997.

SÉJEAN M. *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 528, 2011.

STATI O. M. *Le standard juridique*, LGDJ, 1927.

STOFFEL-MUNK Ph. *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Préf. R. BOUT, LGDJ, 2000, Bibl. dr. privé, t. 337.

TISSEYRE S. *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, Coll. de l'Institut de droit des affaires, 2012.

VALORY S. *La potestativité dans les relations contractuelles*, avant-propos I. NAJJAR, préf. J. MESTRE, PUAM, 1999.
VOUIN R. *La bonne foi. Notion et rôles actuels en Droit privé français*, LGDJ, 1939.

WEILLER L. *La liberté procédurale du contractant*, Préf. J. MESTRE, PUAM, Institut de droit des affaires, 2004.

ZARROUK A. *L'implicite et le contenu contractuel. Étude de droit comparé : droit français et droit tunisien*, Préf. Ph. DELEBECQUE, Avt-propos M.-K. CHARFEDDINE, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2012.

<u>Autres ouvrages spéciaux</u>

AUSTRUY J.-J., BAUCHET P., BÉNÉTON P., NOVARA A., OST F., SAÏD S., SÉRIAUX A., R. SÈVE, TERRÈ F., TRIGEAUD J.-M., *Le droit et le futur*, PUF, Travaux et recherches de l'univ. Dr. éco. sc. Soc. de Paris, 1985.

BOILEUX J.-M., PONCELET F.-F., *Commentaire sur le Code civil*, 3ème éd. Paris, Joubert, 1835-1837, vol. 3.

BORGETTO M., GARAPON A., HEUZÉ V., MUIR-WATT H., PINAULT M. *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2008, p. 193.

DELAHAYE T. *Le facteur temps dans le droit des obligations*, t. 1, *La temporalité du contrat*, Larcier, 2013.

DÉROUSSIN D. *Histoire du Droit des obligations*, éd. Economica, Corpus Histoire du droit, 2007.

DIGNEFFE F. et MOREAU T. (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, De boeck & Larcier, Bruxelles, Perspectives criminologiques, 2006.

FAUVARQUE-COSSON B. (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, société de législation comparée, Droit privé comparé, vol. 4, 17ème Congrès international de droit comparé de l'Académie internat. dr. comparé, Utrecht, Pays-Bas, 2006.

GÉRARD Ph. OST Fr. et M. van de KERCHOVE, *Droit et intérêt*, Vol. 1 : *approche interdisciplinaire*, facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 299.

JOSSERAND L. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1927.

MAZEAUD D. et JAMIN Chr. (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003.

LAFOND J. (dir.), *Guide de la publicité foncière 2013*, J.-Cl. LexisNexis.

MARTIAL-BRAZ N.et TERRYN F. (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS éd. coll. Bibl. de l'IRJS-André TUNC, t. 54, 2014, p. 21.

MOREAU T. et DIGNEFFE F. (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, De boeck & Larcier, Bruxelles, Perspectives criminologiques, 2006.

PÉDAMON M. *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2ème éd. Droit des affaires, 2004.

PERELMAN C. et VANDER ELST R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, Travaux du centre de recherche de logique, p. 7.

RIPERT G.

La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, Paris, 1949.
Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 2ème éd. 1951.

TAINMONT F. *Le facteur temps dans le droit des obligations. La temporalité du contrat*, Vol. 1, Larcier, 2013.

TERRYN F. et MARTIAL-BRAZ N. (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS éd. coll. Bibl. de l'IRJS-André TUNC, t. 54, 2014, p. 21.

TREITEL G. The law of Contract, Sweet &Maxwell, 11ème éd. 2003.

VANDER ELST et R. PERELMAN C (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, Travaux du centre de recherche de logique, p. 7.

WOOG J.-C. *La stratégie du créancier*, Préf. G. CANIVET, Dalloz, 1998.

Actes de colloque

Ass. H. CAPITANT, *Le temps et le droit*, Journées nat. T. XVIII, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014.

BIOY X. LAVERGNE B. et SZTULMAN M. (dir.), *Tolérance et droit*, L.G.D.J. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013.

FASQUELLES D. et ROBIN-OLIVIER S. (dir.), *Les échanges entre les droits : l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, déc. 2008.

EISEMANN P.-M. (dir.), *Le droit international et le temps*, SFDI, Pedone, 2001.

FENOUILLET D., BUREAU D., F. DRUMMOND (dir.), *Droit et morale. Aspects contemporains*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011.

GABORIAU S. et PAULIAT H. (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, PU Limoges, 2004.

LARDEUX G. (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2011.

LAVERGNE B. BIOY X. et SZTULMAN M. (dir.), *Tolérance et droit*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013.

SZTULMAN M. BIOY X. et LAVERGNE B. (dir.), *Tolérance et droit*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013.

THÉRON S. (dir.) *Le raisonnable en droit administratif*, Actes colloque de Toulouse 20 mars 2015, éd. L'épitoge, coll. L'Unité du Droit, vol. XIII, 2016, p. 13, spéc. p.18.

Mélanges

***Mélanges en l'honneur de* Gérard FARJAT**, *Philosophie du droit et droit économique Quels dialogues ?*, éd. Frison-Roche, 1999.

Mélanges offerts à Pierre HÉBRAUD, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981.

Études offertes à Pierre KAYSER, PUAM, 1979.

Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU, Dalloz, 2008.

Études offertes à René RODIÈRE, Dalloz, 1981.

Mélanges Fr. TERRÉ, PUF, 1999.

Études dédiées à Alex WEILL, Dalloz, Litec, 1983.

Rapports et documents officiels

Avis de M. LEMESLE, arrêt 4 fév. 2011, n° 588, www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/mesle_premier_18856.html.

Rapport de Monsieur CACHELOT, conseiller rapporteur à la Cour de cassation, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/cachelot_conseiller_519.html

Rapport d'information sur le régime des prescriptions civiles et pénales, Commission des lois du Sénat, « Pour un droit de la prescription moderne et cohérent », 20 juin 2007, http://www.senat.fr/rap/r06-338/r06-33841.html

Rapport sur la proposition de loi (n°433), adoptée par le Sénat, portant réforme de la prescription en matière civile par M. le député E. BLESSIG, Assemblée nationale, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avr. 2008.

BOUSCHARAIN J.-P., Rapport annuel Cass. 2000, « Les aspects principaux de la jurisprudence de la première chambre civile en matière de protection des consommateurs ».

Rapport de la Cour de cassation, *Rapport annuel 2014, Le temps,* Doc. fr. 2015, p. 334.

Rapport de la Law Commission, n° 270, « Limitation of Actions », 9 juillet 2001, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc270(2)_Limitation_of_actions.pdf

Rapport sur l'harmonisation des prescriptions établi par un groupe de travail constitué en avril 2004 et dirigé par Monsieur WEBER

Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009

Notes de jurisprudence

AFLALO D. Gaz. Pal. mars 2009, p. 3, Doctr. H3432, note Cass 2ème civ. 13 déc. 1972, n° 71-12043.

ALBIGES C. RTDI 2013, n° 2, p. 20, obs. Cass. 1ère civ. 27 fév. 2013, n° 12-16891.

AMRANI-MEKKI S. Gaz. Pal. 17 mai 2016, p. 59, note Cass. 1ère civ. 11 fév. 2016, n° 14-22938, n° 14-28383, n° 14-27143 et n° 14-29539.

AMRANI-MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B. D. 2005. 2836, obs. Cass. 3ème civ. 25 mai 2005, n° 03-19411. 2005.

ANSAULT J.-J.

RLDC, nov. 2014, p. 35, note Cass. 1ère civ. 10 sept. 2014, n° 12-28977.
RLDC 2006, n° 33, p. 28, comm. Cass. 1ère civ. 24 oct. 2006, Bull. civ. I, n° 436.

ANSAULT J.-J. et GIJSBERS Ch. JCP G. n° 3, 18 janv. 2016, p. 57 et JCP N. n° 4, 29 janv. 2016, p. 53, note Cass. ass. plén. 7 déc. 2015, n° 14-18435.

AUBERT J.-L.

Defrénois 1999, p. 1341, obs. Cass. 1ère civ. 5 oct. 1999, Bull. civ. I, n° 258.
D. 1992, somm. 397, obs. Cass. 3ème civ. 20 mai 1992, Bull. civ. III, n° 164, p. 100.
Defrénois 1988, p. 375, obs. Cass. 3ème civ. 8 avril 1987, Bull. civ. III, n° 88, p. 53.

AVENA-ROBARDET V.

D. 2016, p. 870, obs. Cass. 1ère civ. 11 fév. 2016, n° 14-22938, n° 14-28383, n° 14-27143 et n° 14-29539.
D. 2010, p. 934, obs. Cass. com. 26 janv. 2010, n° 08-18354.
D. 2008, p. 1761, note Cass. com. 10 juin 2008, n° 06-19452.
D. 2007, p. 1656, obs. Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12196.

D. 2006, p. 2908, obs. Cass. 1ère civ. 24 oct. 2006, Bull. civ. I, n° 436.

D. 2006, p. 1364, obs. Cass. com. 3 mai 2006, n° 04-17.283 et n° 04-17396, JurisData n° 2006-033319 ; Bull. civ. 2006, IV, n° 104.

AYNÈS L. et DUPICHOT Ph., Dr. et patr. sept. 2010, p. 86, note Cass. com. 11 mai 2011, n° 09-12906 et 09-13347.

AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph. Droit et patr. fév. 2011, p. 69, note Cass. com. 29 juin 2010, n° 0911841.

BACACHE M.

JCP G. n° 51, 15 déc. 2014, doctr. 1323, obs. Cass. 2ème civ. 2 juil. 2014, n° 13-17599.

D. 2013, p. 619, note Cass. 1ère civ. 16 janv. 2013, n° 12-14439.

BACACHE M. STOFFEL-MUNCK et Ph. BLOCH C. JCP G. 2014, chron. p. 2334, note Cass. 1ère civ. 18 juin 2014, n° 13-14879 et Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-20606.

BALAT N. « Validité des clauses de forclusion », JCP G. n° 13, 28 mars 2016, 365, note Cass. com. 26 janv. 2016, n° 14-23285.

BARBIER H.

« Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », RTD civ. 2016, p. 856, comm. CA Paris, 12 avr. 2016, n° 14/14884, et Cass. 3ème civ. 13 juill. 2016, n° 14-26958.

« Lorsqu'une stipulation, qualifiée de clause de forclusion, déjoue les mécanismes interruptifs de prescription », RTD civ. 2016, p. 368, note Cass. com. 26 janv. 2016, n° 14-23285.

« Quand le jeu de la résolution unilatérale du contrat est enrayé par la tolérance antérieure du créancier », RTD civ. 2015, p. 877, obs. CA Montpellier, 2ème ch. 7 juill. 2015, n° 14/03085, JurisData n° 2015-017052.

« La force de la mention « de plein droit » des clauses résolutoires », RTD civ. 2015, p. 875, obs. Cass. 3ème civ. 30 juin 2015, n° 14-16929.

RTD civ. 2015, p. 875, note Cass. 1ère civ. 3 juin 2015, n° 14-15655.

RTD civ. 2015, p. 609, note Cass. 1ère civ. 15 janv. 2015, n° 13-25512 et 13-25513.

RTD civ. 2014, p. 109, note Cass. com. 1er oct. 2013, n° 12-23337, JurisData n° 2013-021425.

RTD civ. 2014, p. 121, note Cass. Soc. 25 sept. 2013, n° 11-25884.

RTD civ. 2013, p. 606, note Cass. 3ème civ. 26 mars 2013, n° 12-14870.

RTD civ. 2013, p. 380, « La libre preuve d'un fait juridique par courrier électronique », note Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738, Bull. civ. V, n° 31.

Gaz. Pal. fév. 2004, p. 24, note Cass. 3ème civ. 5 nov. 2003, n° 01-17530, Bull. civ. n°189, p. 168.

BARBIER J.-D. et BRAULT C.-E. Gaz. Pal. juill. 2011, p. 26, note Cass. 3ème civ. 4 mai 2011, n° 10-15473, Bull. civ. III, n° 65.

BARBIÉRI J.-F.

Bull. Joly sociétés, 1er janv. 2013, n° 1, p. 29, note Cass. com. 10 juill. 2012, n° 11-23280.

RDC 2006, n° 2, p. 62, note Cass. civ. 1ère, 24 janv. 2006, Bull. civ. I, n° 36, p. 36, n° 04-11903.

BARBIÈRI J.-F. JCP G. 1992, II, 21944, note Cass. com. 15 juill. 1992, n° 90-17216, Bull. civ. IV, n° 279.

BARTHEZ A.-S.

RDC 2014, n° 2, p. 227, note Cass. com. 9 juill. 2013, n° 12-19949.

RDC 2013, n° 4, p. 1454, note Cass. com. 19 fév. 2013, n° 11-28423.

BASCOULERGUE A. LPA 28 mars 2013, p. 9, note Cass. 1ère civ. 16 janv. 2013, n° 12-14439.

BEIGNIER B. Dr. famille 2014, comm. 116, Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 12-22567 et Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 13-16380.

BERLAUD C. Gaz. Pal. n° 36, p. 34, note Cass. 3ème civ. 29 sept. 2016, n° 15-18238.

BLATTER J.-P.

AJDI 2015, p. 890, note Cass. 1ère civ. 2014, n° 13-17532.

AJDI, nov. 2004, p. 808, note Cass. 3ème civ. 5 nov. 2003, n° 01-17530, Bull. civ. n°189, p. 168.

BLOCH C. BACACHE M. et STOFFEL-MUNCK Ph. JCP G. 2014, chron. p. 2334, note Cass. 1ère civ. 18 juin 2014, n° 13-14879 et Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-20606.

BOIZE A. « Non exercice par la banque d'une procédure civile d'exécution et recours contre le notaire », Gaz. Pal. 4 août 2015, p. 23, note Cass. 1ère civ. 16 avril 2015, n° 14-16288, inédit.

BONNEAU T. Banque et Droit, 1er sept. 2008, p. 28, note Cass. com. 10 juin 2008, n° 06-19452.

BOREL J.-Ph. JCP N. 2014, n° 27, 1238, Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 12-22567 et Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 13-16380.

BORGHETTI J.-S. RDC 2015, n° 3, p. 461, note Cass 1ère civ. 15 janv. 2015, n° 13-21180.

BORGHETTI J.-S.

JCP G. 2014, 815, note Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 12-22567 et Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 13-16380.

RDC juill. 2010, p. 843, note Cass. com. 26 janv. 2010, n° 08-18354.

BOUCARD Fr. JCP G. 2012, p. 1052, note Cass. com. 27 mars 2012, n° 11-13536.

BOUGEROL L. AJ Contrat 2016, p. 530, obs. Cass. com. 2 nov. 2016, n° 15-12491, Bull. civ. n° 929.

BOULOC B.

RTD com. 2014, p. 389, note Cass. com. 22 oct. 2013, n° 12-19500.

RTD com. 2010, p. 775, note Cass. com. 26 janv. 2010, n° 08-18354.

RTD com. 2005, p. 407, note Cass. com. 5 oct. 2004, n° 02-17338.

BOURASSIN M. Gaz. Pal. 21 fév. 2017, n° 8, p. 66, note Cass. com. 2 nov. 2016, n° 14-29723 et Cass. com. 13 déc. 2016, n° 14-19885.

BOUTEILLER P. obs. Cass. com. 18 nov. 1997, n° 95-13581, Bull. civ. IV, n° 293, JCP E. 22 janv. 1998, n° 1, p. 9.

BRAULT C.-E. Gaz. Pal. fév. 2012, p. 35, note Cass. 3ème civ. 9 nov. 2011, n° 10-20021.

BRAULT C.-E. et BARBIER J.-D. Gaz. Pal. juill. 2011, p. 26, note Cass. 3ème civ. 4 mai 2011, n° 10-15473, Bull. civ. III, n° 65.

BRAULT P.-H.

Loyers et copr. 2012, n° 1, p. 22, note Cass. 3ème civ. 9 nov. 2011, n° 10-20021.

JCP E. 2008, p. 14, note Cass. 3ème civ. 11 juin 2008, n° 07-14551.

BRUN Ph. et GOUT O.

D. 2014, chron. p. 124, note Cass. 2ème civ. 2 juill. 2014, n° 13-17599.

D. 2014, chron. p. 47, Cass. 1ère civ. 27 fév. 2013, n° 12-16891.

CABRILLAC S. Defrénois, 15 mai 2015, n° 9, p. 488, note 10 sept. 2014, n° 13-19426, inédit, JurisData n° 2014-020365.

CARDILLO C. et NIEL P.-L. LPA 2 juill. 2014, p. 8, note Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 12-22567 et Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 13-16380.

CARVAL S. RDC 2012, n° 3, p. 813, note Cass. 1ère civ. 22 mars 2012, n° 11-10935.

CASSON Ph. JCP G. 2012, p. 362, note Cass. 1ère civ. 12 juill. 2012.

CERLES A.

RD banc. fin. 2014, n° 6, p. 40, note Cass. 1ère civ. 10 sept. 2014, n° 12-28977.

RD banc. et fin. 2014, n° 6, p. 39, note Cass. com. 10 sept. 2014, n° 13-19426, inédit, JurisData n° 2014-020365.

RD banc. et fin. 2014, n° 3, p. 50, note Cass. com. 1er avril 2014, n° 13-11313.

RD banc. fin. 2012, p. 53, note Cass. com. 27 mars 2012, n° 11-13536.

RD banc. fin. juill.-août 2007, n° 147, obs. Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12196.

CERLES A. et LEGEAIS D.

RD banc. fin. 2003, n° 3, p. 161, note Cass. 3ème civ. 18 déc. 2002, n° 01-12143, Bull. 2002, III, n° 261, p. 226.

RD banc. et fin. 2001, n° 4, p. 229, note Cass. 1ère civ. 6 juin 2001, n° 98-22640, Bull. civ. I, n° 161, p. 105.

CHABAS Fr. Droit et patr. 2003, n° 120, p. 83, note Cass. 1ère civ. 8 juill. 2003, n° 99-21504.

CHAGNY M. JCP 2005, I, 114, n° 11, obs. Cass. com. 5 oct. 2004, n° 02-17338.

CHAMPAUD Cl. et DANET D. RTD com. 2009, p. 371, note Cass. com. 27 janv. 2009, n° 08-10052.

CHATAIN E. JCP E. 2008, p. 24, note Cass. 3ème civ. 17 janv. 2007, n° 06-10442, Bull. civ. 2007, III, n° 5.

CHAVANCE E.

Loyers et copr. 2013, n° 2, p. 31, note Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 11-21340.

Loyers et copr. 2011, n° 7, p. 23, note Cass. 3ème civ. 4 mai 2011, n° 10-15473, Bull. civ. III, n° 65.

CHÉNEDÉ Fr. RDC, 2011, n° 2, p. 709, note Cass. com. 13 février 2007, n° 05-17407, Faurecia 1.

CHENU D. « Offre de vente : délai raisonnable d'acceptation », D. actualité, 4 juin 2009, obs. Cass. 3ème civ. 20 mai 2009, n° 08-13230.

CHEVALLIER J. RTD civ. 1966, p. 796, obs. Cass. civ. 9 déc. 1965, Bull. civ. I, n° 694.

CHIREZ Fr. Les Cahiers sociaux, 1er mars 2013, n° 250, obs. Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738, Bull. civ. V, n° 31

CHOCHAT-ROZIER G. RLDC 2009, n° 62, p. 39, obs. Cass. 1ère civ. 28 janv. 2009, n° 07-19573.

CLAVEL-THORAVAL J. RLDC janv. 2014, p. 34, note Cass. 3ème civ. 6 nov. 2013, n° 12-25698.

COHET Fr. AJDI 2013, n° 12, p. 861, note Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 08-14225.

COHET-CORDEY Fr. AJDI 2013, n° 4, p. 302, note Cass. 3ème civ. 19 juin 2012, n° 11-17105.

COQUELET M.-L.

JCP E. 2009, p. 35, note Cass. com. 27 janv. 2009, n° 08-10052.

Rev. des sociétés 1998, p. 546, note Cass. com. 24 fév. 1998, n° 96-12638.

CORGAS-BERNARD C. JCP N. 2014, n° 20, 1197, p. 34, note Cass. 1ère civ. 27 fév. 2013, n° 12-16891.

COULON C. « L'obligation de limiter le montant de la dette du débiteur défaillant », D. 2002, p. 843, obs. CA Paris, 22 juin 2001.

CRÉDOT F.-J. et SAMIN T.

RD banc. et fin. nov. 2015, p. 50, note Cass. 1ère civ. 3 juin 2015, n° 14-15655.

RD banc. et fin. 2014, p. 28, note Cass. com. 18 mars 2014, n° 12-29583.

RD banc. et fin. 2010, p. 86 note Cass. com. 11 mai 2011, n° 09-12906 et 09-13347.

RD banc. et fin. juill. 2007, p. 48, note Cass. com. 10 juin 2008, n° 06-19452.

RD banc. et fin. 1er juill. 2015, note Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-20088, inédit.

CREVEL S.

RD rur. oct. 2013, p. 41, note Cass. 3ème civ. 18 sept. 2013, n° 12-21293.

RD rur. mars 2013, p. 26, note Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 11-21340.

CROCQ P.

RTD civ. 2016, p. 904, obs. Cass. com. 27 sept. 2016, n° 14-18282.

RTD civ. 2013, p. 418, note Cass. com. 19 fév. 2013, n° 11-21763.

RTD civ. 2008, p. 333, obs. Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12196.

CROZE H. JCP G. 2006, II, p. 1465, note Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-16800, Bull. mixte n°3, p. 11.

DAGORNE-LABBE Y.

JCP G. 2014, 1034, obs. Cass. 2ème civ. 2 juill. 2014, n° 13-17599.

LPA 26 juin 2014, p. 12, note Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 12-22567 et Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 13-16380.

Defrénois, 15 avril 2013, n° 7, p. 351, obs. Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 08-14225.

LPA, 3 avril 2002, p. 19, obs. Cass. 1ère civ. 6 juin 2001, n° 98-22640, Bull. civ. I, n° 161, p. 105.

DANET D. et CHAMPAUD Cl. RTD com. 2009, p. 371, note Cass. com. 27 janv. 2009, n° 08-10052.

DECOCQ G. « Time is money », Contrats Concurrence Consommation n° 6, juin 2016, comm. 152, Cass. com. 12 avril 2016, n° 14-29483, JurisData n° 2016-00779.

DE LA VAISSIÈRE Fr.

AJDI 2015, p. 38, obs. Cass. 1ère civ. 2 juill. 2014, n° 13-17532.

AJDI 2011, p. 809, note Cass. 1ère civ. 23 juin 2011, n° 10-18530.

DELEBECQUE Ph.

JCP E. 2014, 1325, chron. p. 46, note Cass. 3ème civ. 6 nov. 2013, n° 12-25698.

JCP N. 2010, n° 2, chron. p. 31, note Cass. 1ère civ. 25 juin 2009, n° 07-21506.

D. 2003, p. 963, note Cass. 3ème civ. 18 déc. 2002, n° 01-12143, Bull. 2002, III, n° 261, p. 226.

D. 2002, somm. p. 2840 obs. Cass. 3ème civ. 31 oct. 2001, n° 99-13004.

« Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? », Dalloz Affaires 1997, p. 235, obs. Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18632, Chronopost.

Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 744, obs. Cass. 1ère civ. 23 janv. 1996, n° 93-21414, Bull. civ. I, n° 36, p. 23.

DELEBECQUE Ph. et MAZEAUD D. Defrénois 2000, 1110, obs. Cass. 1ère civ. 3 mai 2000, arrêt Baldus.

DELEBECQUE Ph. et SIMLER Ph.

JCP N. 2013, p. 49, note Cass. com. 19 fév. 2013, n° 11-28423.

JCP E. 2012, p. 35, note Cass. 3ème civ. 9 nov. 2011, n° 10-20021.

JCP G. 2007, chron. p. 25, note Cass. 1ère civ. 21 nov. 2006, n° 05-11607.

DELPECH X.

D. 2009, p. 2032, note Cass. 1ère civ. 9 juill. 2009, n° 08-15910, JurisData n° 2009-049063, Bull. civ. I, n° 173.

« Le devoir de bonne foi n'écarte pas la force obligatoire du contrat », Dalloz actu. 12 juill. 2007, obs. Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14768.

DE RAVEL D'ESCLAPON T. AJ Contrats 2016, p. 451, note Cass. 3ème civ. 29 sept. 2016, n° 15-18238.

DESHAYES O.

RDC 2014, n° 1, p. 27, obs. Cass. 1ère civ. 2 oct. 2013, n° 12-19887 et Cass. 3ème civ. 10 juill. 2013, n° 12-13851.

RDC 2012, n° 3, p. 806, note Cass. 3ème civ. 21 mars 2012, n° 11-14174.

D. 2007, p. 1999, note Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12196.

DOIREAU S. RLDC 2006, n° 25, p. 9, comm. Cass. 1ère civ. 24 janv. 2006, Bull. civ. I, n° 36, p. 36, n° 04-11903.

DONDERO B. « L'abus de majorité négatif », D. 2000, p. 63, note Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-16247, Bull. civ. I, n° 263.

DUGRIP O. et SUDRE F. JCP G. 1997, II, 22949, note CEDH 19 mars 1997, n° 18357/91, Horsnby c/ Grèce.

DUMONT-LEFRAND M.-P.

D. 2017, p. 147, note Cass. com. 2 nov. 2016, n° 15-12491, Bull. civ. n° 929.

AJDI 2012, n° 5, p. 242, note Cass. 3ème civ. 9 nov. 2011, n° 10-20021.

DUMONT-LEFRAND P. AJDI 2009, p. 27, note Cass. 3ème civ. 11 juin 2008, n° 07-14551.

DUPICHOT Ph. et AYNÈS L. Dr. et patr. 1er sept. 2010, p. 86, note Cass. com. 11 mai 2011, n° 09-12906 et 09-13347.

EUDIER Fr. RJPF 2010, n° 10, p. 27, note Cass. 1ère civ. 9 juin 2010, n° 09-10641.

FABRE-MAGNAN M. JCP G. 1997, I, n° 4002, obs. Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18632, Chronopost.

FAGES B.

RTD civ. 2014, p. 118, note Cass. com. 22 oct. 2013, n° 12-19500.

RTD civ. 2012, p. 115, obs. Cass. 1ère civ. 12 juill. 2012.

RTD civ. 2011, p. 534, « L'exercice déloyal d'une prérogative contractuelle doit être caractérisé dans le comportement de celui qui l'exerce à la date de cet exercice », note Cass. 3ème civ. 22 juin 2011, n° 10-12798.

RTD civ. 2009, p. 524, « Toute offre non assortie d'un délai précis est nécessairement faite pour un délai raisonnable », obs. Cass. 3ème civ. 20 mai 2009, n° 08-13230.

RTD civ. 2007, p. 773, obs. Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14768.

JCP G. 1999, II, 10000, obs. Cass. 1ère civ. 16 juill. 1998, n° 96-17476.

JCP G. 1998, II, 10066, note Cass. 1ère civ. 6 janv. 1998.

FAGES B. et MESTRE J.

RTD civ. 2007, n° 2, p. 335, note Cass. 3ème civ. 17 janv. 2007, n° 06-10442, Bull. civ. 2007, III, n° 5.

RTD civ. 2005, p. 776, obs. Cass. 3ème civ. 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166.

« L'acceptation de l'offre dans un délai qui n'était pas déraisonnable », RTD civ. 2005, p. 772, obs. Cass. 3ème civ. 25 mai 2005, n° 03-19411.

RTD civ. 2005, p. 779, note Cass. 3ème civ. 24 nov. 2004, nº 03-15807, Bull. civ. III, nº 208, p. 187.

RTD civ. 2005, p. 127, obs. Cass. com. 5 oct. 2004, n° 02-17338.

RTD civ. 2004, p. 727, note Cass. 3ème civ. 5 nov. 2003, n° 01-17530, Bull. civ. n°189, p. 168.

RTD civ. 2002, p. 815, note Cass. 3ème civ. 31 oct. 2001, n° 99-13004.

RTD civ. 2000, p. 566, obs. Cass. 1ère civ. 3 mai 2000, arrêt Baldus.

FAUVARQUE-COSSON B. et AMRANI-MEKKI S. D. 2005. 2836, obs. Cass. 3ème civ. 25 mai 2005, n° 03-19411.

FENOUILLET D. RDC 2009, n° 4, chron.p. 1444, note Cass. 1ère civ. 25 juin 2009, n° 07-21506.

FERRIÈRE F. JCP G. 2007, II, p. 35, 10180, note Cass. 1ère civ. 4 juin 2007, n° 05-20213.

FLAUSS J.-F. AJDA 1997, p. 896, note CEDH 19 mars 1997, n° 18357/91, Horsnby c/ Grèce.

FRANÇOIS J. D. 2016, p. 682, obs. Cass. com. 26 janv. 2016, n° 14-23285.
FRICERO N.

D. 2012. p. 244, obs. Cass. 1ère civ. 9 juin 2011, n° 10-10348, JurisData n° 2011-010935.

D. 1998, p. 74, note CEDH 19 mars 1997, n° 18357/91, Horsnby c/ Grèce.

FROMION-HEBRARD B. LPA, 5 déc. 2000, 14, note Cass. 1ère civ. 3 mai 2000, arrêt Baldus.

GALMARD M.-H. Dr. et patr. 1er avril 2007, n° 158, p. 52, note Cass. mixte, 26 mai 2006, n° 03-16800, Bull. mixte n°3, p. 11.

GAUTHIER P.-Y. D. 2007, p. 2844, note Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14768.

GENICON T. RDC 2014, n° 2, p. 171, obs. Cass. 1ère civ. 2 oct. 2013, n° 12-19887.

GERRY-VERNIÈRES S. Gaz. Pal. avril 2014, p. 12, obs. Cass. 1ère civ. 22 janv. 2014, n° 12-35264.

GHESTIN J. JCP, 1996, II, n° 22665, comm. Cass. com. 27 fév. 1996, n° 94-11241, JurisData n° 1996-003972.

GHILAIN F. Gaz. Pal. 14 août 2001, n° 226, note Cass. soc. 3 avril 2001, n° 99-42.188/189/190.

GIJSBERS Ch. et ANSAULT J.-J. JCP G. n° 3, 18 janv. 2016, p. 57 et JCP N. n° 4, 29 janv. 2016, p. 53, note Cass. ass. plén. 7 déc. 2015, n° 14-18435.

GISCLARD T. D. 2015, p. 1075, note Cass 1ère civ. 15 janv. 2015, n° 13-21180.

GJIDARA-DECAIX S. Rev. proc. coll. 2008, n° 4, p. 37, note Cass. 1ère civ. 4 juin 2007, n° 05-20213.

GODON L. « Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés. Il s'agit d'un devoir autonome, puisant sa source, non dans le droit commun des contrats, mais dans la « fonction » de direction elle-même », Rev. sociétés 2005, p. 140.

GOLDIE-GENICON C. RDC 2012, p. 1298, obs. Cass. 1ère civ. 4 juill. 2012, Bull. civ. I, n° 156.

GOUËXEL A. D. 2012, p. 1592, note Cass. 1ère civ. 12 juill. 2012.

GOURDON P. RJC 2011, n° 4, p. 420, note Cass. 3ème civ. 4 mai 2011, n° 10-15473, Bull. civ. III, n° 65.

GOUT O. et BRUN Ph.

D. 2014, chron. p. 124, note Cass. 2ème civ. 2 juill. 2014, n° 13-17599.
D. 2014, chron. p. 47, note Cass. 1ère civ. 27 fév. 2013, n° 12-16891.

GRANET-LAMBRECHTS Fr. D. 2014, p. 1171, note Cass. 1ère civ. 15 mai 2013, n° 11-25205.

GRAYOT-DIRX S. D. 2011, p. 2311, note Cass. 1ère civ. 9 juin 2011, n° 10-10348, JurisData n° 2011-010935.

GRIMALDI C. « Rupture brutale d'une relation commerciale établie et influence de la reconversion du partenaire éconduit », JCP G. n° 11, 14 mars 2016, p. 288, note CA Paris, pôle 5, ch. 5, 28 janv. 2016, n° 14/13036 et n° 14/22836.

GROSSER P. JCP 2005, n° 172, p. 1747, obs. Cass. 3ème civ. 25 mai 2005, n° 03-19411.

GUEGAN A. Gaz. Pal. 12 févr. 2013, p. 14, note Cass. 1ère civ. 16 janv. 2013, n° 12-14439.

GUÉGAN-LÉCUYER A. Gaz. Pal. avril 2015, p. 18, note Cass. 1ère civ. 15 janv. 2015, n° 13-21180.

GUÉRIN O. JCP G. 2003, p. 297, note Cass. 3ème civ. 18 déc. 2002, n° 01-12143, Bull. 2002, III, n° 261, p. 226,

GUERLIN G. « Clause d'aménagement du délai d'action : quelle qualification ? », EDCO, 7 avril 2016, n° 4, p. 2, note Cass. com. 26 janv. 2016, n° 14-23285.

GUYON Y. JCP E. 1992, II, n° 375, note Cass. com. 15 juill. 1992, n° 90-17216, Bull. civ. IV, n° 279.

HAUSER J. RTD civ. 2010, p. 545, note Cass. 1ère civ. 9 juin 2010, n° 09-10641.

HOUIN-BRESSAND C. Gaz. Pal. 8 mars 2016, n° 10, p. 61, note Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-20088, inédit

HOUSSIER J. JCP G. n° 14, 13 avril 2015, 436, obs. Cass 1ère civ. 15 janv. 2015, n° 13-21180, JurisData n° 2015-000234.

HOUTCIEFF D.

Gaz. Pal. oct. 2013, p. 282, note Cass. 3ème civ. 10 juill. 2013, n° 12-13851.
Gaz. Pal. juill. 2013, p. 15, note Cass. 3ème civ. 26 mars 2013, n° 12-14870.
Gaz. Pal. juill. 2012, p. 18, note Cass. 3ème civ. 21 mars 2012, n° 11-14174.
JCP G. 2007, II, 10154, obs. Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14768.
D. 2006, p. 1693, note Cass. com. 3 mai 2006, n° 04-17.283 et n° 04-17396, JurisData n° 2006-033319, Bull. civ. 2006, IV, n° 104.

JAMIN Chr.

JCP N. 2007, n° 18, p. 21, note Cass. 3ème civ. 17 janv. 2007, n° 06-10442, Bull. civ. 2007, III, n° 5.
JCP 2000, II, 10510.
D. 1995, II, p. 389, note Cass. 1ère civ. 31 janv. 1995.

JOURDAIN P.

RTD civ. 2014, p. 893, obs. Cass. 2ème civ. 2 juill. 2014, n° 13-17599.
RTD civ. 2014, p. 383, note Cass. 1ère civ. 22 janv. 2014, n° 12-35264.
RTD civ. 2013, p. 609, obs. Cass. 1ère civ. 27 fév. 2013, n° 12-16891.
RTD civ. 2013, p. 380, obs. Cass. 1ère civ. 16 janv. 2013, n° 12-14439.
RTD civ. 2012, p. 529, obs. Cass. 1ère civ. 22 mars 2012, n° 11-10935.
RTD civ. 2012, p. 324, note Cass. 2ème civ. 24 nov. 2011, n° 10-25635.
RTD civ. 2009, 334, obs. Cass. 2ème civ. 22 janv. 2009, n° 07-20878.
RTD civ. 1989, p. 81, obs. Cass. Ass. plén. 3 juin 1988, Bull. civ. n° 6.

JULIEN P. et TAORMINA G. D. 2005, p. 1603, note Cass. 1ère civ. 23 juin 2011, n° 10-18530.

KESSLER G. Cass. JCP G. 2004, Act. nº 644 ; ibid. 2005, II, 10048, note 3ème civ. 24 nov. 2004, nº 03-15087, Bull. civ. III, nº 208, p. 187.

KULLMANN J. RGDA, 2014, n° 1, p. 51, obs. Cass. 3ème civ. 17 sept. 2013, n° 12-21498.

LAITHIER Y.-M.

RDC 2015, n° 4, p. 836, note Cass. 1ère civ. 3 juin 2015, n° 14-15655.
RDC 2013, n° 3, p. 888, note Cass. 3ème civ. 26 mars 2013, n° 12-14870.
RDC 2012, n° 3, chron. p. 763, note Cass. 3ème civ. 21 mars 2012, n° 11-14174.
« La distinction entre morale et droit ou l'incertitude parmi les sources de l'obligation », RDC, 1er juill. 2007, n°3, p. 697, obs. Cass. com. 23 janvier 2007, n° 05-13189, Bull. civ. IV, n° 12, p. 13.

« Une nouvelle application de la fonction supplétive de l'article 1135 du Code civil », RDC 1er juill. 2007, p. 714, note Cass. soc. 18 oct. 2006, n° 04-48612.

RDC 2007, n° 3, p. 703, note Cass. 3ème civ. 17 janv. 2007, n° 06-10442, Bull. civ. 2007, III, n° 5.

RDC, n° 4, 1er oct. 2006, p. 1090, note Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-16800, Bull. mixte n°3, p. 11.

LARDAUD-CLERC C. Petites affiches, 30 juin 2016, p. 10, note Cass. 1ère civ. 11 fev. 2016, n° n° 14-22938, n° 14-28383, n° 14-27143 et n° 14-29539.

LASSALAS Chr. JCP E. 2016, n° 19, p. 43, note Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-20088, inédit.

LASSERRE CAPDEVILLE J.

LPA, 2015, n° 14, p. 12, note Cass. 1ère civ. 10 sept. 2014, n° 12-28977.

« Quelle force probatoire au silence du client en matière bancaire ? », EDBA, 1er janv. 2013, n° 1, p. 1, note Cass. com. 13 nov. 2012, n° 11-25.596.

D. 2010, p. 934, note Cass. com. 26 janv. 2010, n° 08-18354.

LAUVERGNAT L. Gaz. Pal. 21 fév. 2015, p. 18, note Cass. 1ère civ. 15 janv. 2015, n° 13-25512 et 13-25513.

LEBLOND N.

EDCO, 14 janv. 2016, n° 1, p. 1, note Cass. ass. plén. 7 déc. 2015, n° 14-18435.

« Liberté contractuelle et responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie », EDCO, 5 fév. 2013, n° 2, p. 1, obs. Cass. com. 22 oct. 2013, n° 12-19500, LEDC déc. 2013.

LE CANNU P. BJS oct. 1992, p. 1083, n° 353, note Cass. com. 15 juill. 1992, n° 90-17216, Bull. civ. IV, n° 279.

LE CORRE P.-M.

Gaz. Pal. 2013, n° 18-19, p. 9, note Cass. com. 30 oct. 2012, n° 11-22836.

Gaz. Pal. 2012, p. 118, note Cass. com. 10 janv. 2012, n° 10-28501.

LE CORRE-BROLY E. « Absence de sollicitation de l'attribution judiciaire du gage, et application de l'article 2314 du Code civil », « chronique de jurisprudence », Gazette du Palais, 1er octobre 2013 n° 274, p. 36.

LÉCUYER H. Defrénois, 15 juin 2015, note Cass. 1ère civ. 15 janv. 2015, n° 13-25512 et 13-25513.

LEDUC F.

Resp. civ. et assur. 2013, comm. 108, Cass. 1ère civ. 16 janv. 2013, n° 12-14439.

Resp. civ. et assur. 2014, comm. 215, Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 12-22567 et Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 13-16380.

LE GAC-PECH S. « Le retour en grâce de la bonne foi : la régularisation déloyale et brutale équivaut au droit de ne pas payer ses charges », AJDI 2012, p. 153, note Cass. 3ème civ. 21 mars 2012, n° 11-14174, JurisData n° 2012-004884.

LEGEAIS D.

« Option des parties », RD banc. et fin. mai 2016, comm. 124, comm. Cass. com. 1er mars 2016, n° 14-14401, JurisData n° 2016-003666.

RTD com. 2016, p. 314, note Cass. 1ère civ. 11 fév. 2016, n° 14-22938, n° 14-28383, n° 14-27143 et n° 14-29539.

RTD com. 2015, p. 338, note Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-26475, inédit.

RTD com. 2014, p. 675, note Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-15511.

RTD com. 2013, p. 573, obs. Cass. com. 19 fév. 2013, n° 11-28423.

RTD com. 2013, p. 574, note Cass. com. 19 fév. 2013, n° 11-21763.

« Hypothèque : responsabilité notariale », RD banc. fin. n° 3, mai 2010, comm. 97, comm. Cass. 1ère civ. 11 fév. 2010, n° 08-21565, JurisData n° 2010-051556.

JCP G. 2009, p. 286, et RTD com. 2009, p. 796, note Cass. 1ère civ. 9 juill. 2009, n° 08-15910, JurisData n° 2009-049063, Bull. civ. I, n° 173.

RTD com. 2008, p. 604, note Cass. com. 10 juin 2008, n° 06-19452.

RD banc. et fin. 2007, n° 2, p. 21, note Cass. 1ère civ. 21 nov. 2006, n° 05-11607.

JCP E. 2006, 2061, note Cass. com. 3 mai 2006, n° 04-17283 et n° 04-17396, JurisData n° 2006-033319, Bull. civ. 2006, IV, n° 104.

RD banc. et fin. 2006, comm. 94, obs. Cass. com. 3 mai 2006, n° 04-17283 et n° 04-17.396, JurisData n° 2006-033319, Bull. civ. 2006, IV, n° 104.

LEGEAIS D. et CERLES A. RD banc. et fin. 2001, n° 4, p. 229, note Cass. 1ère civ. 6 juin 2001, n° 98-22640, Bull. civ. I, n° 161, p. 105.

LEGRAND Fr. et LEGRAND M.-N. Rev. proc. coll. mai 2013, p. 25, note Cass. com. 30 oct. 2012, n° 11-22836.

LE GUIDEC R. JCP G. 2010, p. 374, note Cass. 1ère civ. 28 janv. 2009, n° 07-19573.

LE NABASQUE H. Dr. Sociétés 1993, n° 76, obs. Cass. com. 26 janv. 1993, n° 91-12606.

LE RUDULIER N. AJDI 2013, p. 775, obs. Cass. 1ère civ. 27 fév. 2013, n° 12-16891.

LEVENEUR L.

Contrats conc. consom. n° 7, juill. 2014, comm. n° 150, comm. Cass. com., 1er avr. 2014, n° 13-10629,

« Limites du rôle correcteur de la bonne foi dans l'exécution du contrat », Contrats conc. consom. n° 6, comm. 128. comm. Cass. 3ème civ. 26 mars 2013, n° 12-14870, JurisData n° 2013-005806.

Contrats conc. consom. 2011, p. 21, comm. Cass. 1ère civ. 23 juin 2011, n° 10-18530.

Contrats conc. consom. 2007, n° 5, p. 13, note Cass. 3ème civ. 17 janv. 2007, n° 06-10442, Bull. civ. 2007, n° 5.

Contrats, conc. consom. 2006, comm. n° 1, comm. Cass. 3ème civ. 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166.

Contrats, conc. consom. 2006, p. 24, note Cass. civ. 1ère, 24 janv. 2006, Bull. civ. I, n° 36, p. 36, n° 04-11903.

Contrats conc. consom. 2005, n° 3, p. 16, note Cass. 3ème civ. 24 nov. 2004, no 03-15807, Bull. civ. III, no 208, p. 187.

Contrats conc. consom. août 2004, p. 11, note Cass. com. 2 juin 2004, n° 01-15140.

Contrats, conc. consom. 2000, comm. n° 140, comm. Cass. 1ère civ. 3 mai 2000, arrêt Baldus.

Contrats, conc. consom. 2000, n° 3, p. 14, note Cass. 1ère civ. 17 nov. 1999, Bull. civ. I, n° 311, p. 202.

Contrats conc. consomm. fév. 1997, n° 24, obs. Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18632, Chronopost.

LIENHARD A.

D. 2012, p. 2593, obs. Cass. com. 30 oct. 2012, n° 11-22836.

Dalloz actu, 8 fév. 2011, obs. Cass. ass. plén. 4 fév. 2011, n° 09-14619.

LOIR R. D. 2009, 1114, note Cass. 2ème civ. 22 janv. 2009, n° 07-20878.

LOISEAU G.

JCP 2000, I, 262, obs. Cass. 1ère civ. 3 mai 2000, arrêt Baldus.

JCP G. 2005, II, 10173, obs. Cass. 3ème civ. 14 sept. 2005, Bull. Civ. III, n° 166.

LOUSSOUARN Y. RTD civ. 1971, 839, obs. Cass. 3ème civ. 15 janv. 1971, Bull. civ. 1971, III, n° 38, p. 25.

LUCAS F.-X. Bull. Joly Sociétés 2010, n° 7, p. 658, note Cass. 3ème civ. 10 fév. 2010, n° 09-10982, Bull. civ. 2010, n° 42.

MAINGUY C. et RESPAUD J.-L. Lamy civil 2005/12, n° 478, note Cass. Com. 5 oct. 2004, n° 02-17338.

MALAURIE Ph. D. 1996, p. 518, note Cass. com. 27 fév. 1996, n° 94-11241, JurisData n° 1996-003972.

MALAURIE-VIGNAL M. CCC 2002, p. 22, comm. 123 obs. Cass. Com. 29 janv. 2002, JurisData n° 2002-012889.

MALET-VIGNEAUX J. D. 2014, p. 2283, note Cass. 1ère civ. 10 sept. 2014, n° 12-28977.

MARGUÉNAUD J.-P. RTD civ. 1997, p. 1009, note CEDH 19 mars 1997, n° 18357/91, Horsnby c/ Grèce

MARRAUD O. JCP E. 2015, p. 30, note Cass. com. 16 juin 2015, n° 14-10187.

MARTIAL-BRAZ N. « l'inévitable caractère exclusif du gage sur stock ou les errements du législateur de 2006 », JCP G. n° 19, 6 mai 2013, 539, Cass. com. 19 fév. 2013, n° 11-21763.

MARTIN R.

JCP G. 2004, p. 446, note Cass. 1ère civ. 8 juill. 2003, n° 99-21504.

JCP G. 1997, p. 528, note Cass. com. 14 oct. 1997, pourvoi n° 95-10245, Bull. civ. IV, 1997, n° 261, p. 227.

MARTIN-SERF A.

RTD com. 2017, p. 187, note Cass. com. 27 sept. 2016, n° 14-18282 et Cass. com. 2 nov. 2016, n° 15-12491.

Rev. proc. coll. mai 2015, p. 3, note Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-26475, inédit.

RTD com. 2013, p. 811, note Cass. com. 9 juill. 2013, n° 12-19949.

RTD com. 2013, p. 340, note Cass. com. 30 oct. 2012, n° 11-22836.
Rev. proc. coll. 2012, p. 74, note Cass. com. 27 mars 2012, n° 11-13536.
Rev. proc. coll. 2011, p. 48, note Cass. com. 11 mai 2011, n° 09-12906 et 09-13347.

MATHEY N.
Contrats, conc. consom. nov. 2016, comm. 233, note Cass. com. 6 sept. 2016, n° 14-25891.
RD banc. et fin. 2016, comm. 59, note Cass. 1ère civ. 11 fév. 2016, n° 14-22938, n° 14-28383, n° 14-27143 et n° 14-29539.
Contrats conc. consom. 2014, n° 8, p. 19, note Cass. com. 20 mai 2014, n° 12-26705, n° 12-26970 et n° 12-29281.
JCP E. 2013, p. 40, chron. Cass. com. 13 nov. 2012, n° 11-25.596.

MATHIEU B. et VERPEAUX M. JCP G. 1999, I, 141, n° 12, note Cons. constit. 29 juill. 1998, n° 98-403 DC.

MAZEAUD D.
« Clause limitative de responsabilité, la fin de la saga ? », D. 2010, p. 1832, obs. Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11841.
« Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite ! », D. 2007, p. 1051, note Cass. 3ème civ. 17 janv. 2007, n° 06-10442.
D. 2006, p. 761, note Cass. 3ème civ. 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166.
Defrénois, 1998, p. 741, obs. Cass. 1ère civ. 6 janv. 1998.
Defrénois, 1997, p. 333, obs. Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18632, Chronopost.
Defrénois, 15 sept. 1996, n° 17, p. 1007. Cass. 1ère civ. 11 juin 1996, n° 94-18250, Bull. 1996, n° 245, p. 173.

MAZEAUD D. et DELEBECQUE Ph. Defrénois, 2000, 1110, obs. Cass. 1ère civ. 3 mai 2000, arrêt Baldus.

MÉGRET G. AJ Contrats d'aff. conc. distrib. nov. 2014, p. 379, note Cass. 2ème civ. 4 sept. 2014, n° 13-11887.

MEKKI M.
Gaz. Pal. nov. 2013, n° 318, p. 16, obs. Cass. 3ème civ. 10 juill. 2013, n° 12-13851.
JCP N. 2013, n° 20, p. 18, 1132, note Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 08-14225.
JCP N. 2012, p. 31, note Cass. 3ème civ. 19 juin 2012, n° 11-17105.
Gaz. Pal. avril 2012, p. 11, note Cass. 2ème civ. 24 nov. 2011, n° 10-25635.

MERLE P. Rev. sociétés 1993, p. 401, note Cass. com. 15 juill. 1992, n° 90-17216, Bull. civ. IV, n° 279.

MESTRE J.
RDC 2005, n° 1, p. 99, note Cass. 3ème civ. 5 nov. 2003, n° 01-17530, Bull. civ. n°189, p. 168.
RTD civ. 1995, p. 114, obs. Cass. com. 11 janv. 1994, Bull. civ. 1994, IV, n° 22, p. 18, n° 92-10241.
RTD civ. 1994, p.584, obs. Cass. com. 26 janv. 1993, n° 91-12606.
« Du maintien de l'offre pendant un délai raisonnable », RTD civ. 1993, p. 345, obs. Cass. 3ème civ. 20 mai 1992, Bull. civ. III, n° 164, p. 100.

RTD civ. 1993. 345, obs. Cass. 3ème civ. 20 mai 1992, Bull. civ. III, n° 164.

RTD civ. 1988, p. 120, obs. Cass. 3ème civ. 8 avril 1987, Bull. civ. III, n° 88, p. 53. 375.

MESTRE J. et FAGES B.

RTD civ. 2007, n° 2, p. 335, note Cass. 3ème civ. 17 janv. 2007, n° 06-10442, Bull. civ. 2007, III, n° 5.

RTD civ. 2005, p. 779, note Cass. 3ème civ. 24 nov. 2004, no 03-15807, Bull. civ. III, no 208, p. 187.

RTD civ. 2005, p. 776, obs. Cass. 3ème civ. 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166.

« L'acceptation de l'offre dans un délai qui n'était pas déraisonnable », RTD civ. 2005, p. 772, obs. Cass. 3ème civ. 25 mai 2005, n° 03-19411.

RTD civ. 2005, p. 127, obs. Cass. com. 5 oct. 2004, n° 02-17338.

RTD civ. 2004, p. 727, note Cass. 3ème civ. 5 nov. 2003, n° 01-17530, Bull. civ. n°189.

RTD civ. 2002, p. 815, note Cass. 3ème civ. 31 oct. 2001, n° 99-13004.

RTD civ. 2000, 566, obs. Cass. 1ère civ. 3 mai 2000, arrêt Baldus.

MIGNOT M.

Gaz. Pal. oct. 2014, p. 10, note Cass. 2ème civ. 4 sept. 2014, n° 13-11887.

« Une hybridation contestable : le point de départ de la forclusion greffé sur la prescription », L'Essentiel Droit bancaire, 1er oct. 2014, n° 9, p. 1, comm. Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-15511.

MILLARD J.-B. et PEIGNOT B. Gaz. Pal. oct. 2013, chron. p. 18, note Cass. 3ème civ. 18 sept. 2013, n° 12-21293.

MOREIL S. Gaz. Pal. 22 juill. 2014, p. 25, note Cass. com. 18 mars 2014, n° 12-29583.

MOUIAL-BASSILANA E. « Le retour en grâce du créancier déclarant », EDED, 10 mars 20013, n° 3, p. 2, note Cass. com. 22 janv. 2013, n° 11-25310.

MOULY J. D. 1991, p. 507, note Cass. soc. 25 avr. 1990.

MOULY-GUILLEMAUD Cl. D. 2203, note Cass. com. 6 sept. 2016, n° 14-25891.

MOURY J. D. 1994, p. 69, note Cass. com. 26 janv. 1993, n° 91-12606.

NAVARRO J.-L. Journ. Sociétés, 1er oct. 2013, n° 112, p. 39, note Cass. com. 24 fév. 1998, n° 96-12638.

NESTOUR DRELON G. RLDC 2012, n° 93, p. 22, note Cass. 1ère civ. 22 mars 2012, n° 11-11237.

NIEL P.-L. et CARDILLO C. LPA 2 juill. 2014, p. 8, note Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 12-22567 et Cass. 1ère civ. 30 avril 2014, n° 13-16380.

PAILLARD J. et VERET D. Gaz. Pal. 23 janv. 2003, n° 23, p. 31, obs. CA Paris 22 juin 2001, n° 1999/17644.
PARANCE B. RLDC 2013, n° 108, p. 93, note Cass. 1ère civ. 10 juillet 2013, n° 12-13850.

PAULIN Chr.
« Action directe en paiement », Rev. dr. des transports, n° 2, avril 2014, comm. 20, note sous Cass. com ; 18 mars 2014, n° 12-29524.
JCP E. 6 oct. 2005, p. 1634, note Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, n° 03-14112, Chronopost.

PEIGNOT B. et MILLARD J.-B. Gaz. Pal. oct. 2013, chron. p. 18, note Cass. 3ème civ. 18 sept. 2013, n° 12-21293.

PELLET S. EDCO, 1er oct. 2013, n° 9, obs. Cass. 1ère civ. 10 juill. 2013, n° 12-13850.

PEMZEC A. EDUC 1er juin 2016, n° 6, p. 3, note Cass. com. 7 avril 2016, n° 15-14888 et Cass. com. 7 avril 2016, n° 15-11342.

PÉRIER M. RGDA, 1er juill. 2009, p. 800, note Cass. 3ème civ. 25 fév. 2009, n° 08-12782, inédit.

PÉRINET-MARQUET H.
JCP N. 2013, 1118, p. 23, note Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 11-21616.
JCP G. 2013, chron. p. 740, note Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 11-21616.

PERROT R.
Procédures 2011, n° 255, obs. Cass. 1ère civ. 9 juin 2011, n° 10-10348, JurisData n° 2011-010935.
RTD civ. 2006, p. 829, note Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-16800, Bull. mixte n°3, p. 11.

PERRUCHOT-TRIBOULET V.
RLDC juin 2013, p. 81, note Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 11-21616.
D. 2002, p. 3041, note Cass. 1ère civ. 28 mai 2002, n° 00-11049.

PÉTEL Ph.
JCP 2012, 1428, obs. Cass. com. 30 oct. 2012, n° 11-22836.
JCP E. 2012, p. 19, note Cass. com. 10 janv. 2012, n° 10-28501.

PETIT F. JCP E. 24 juin 2004, p. 1044, comm. Cass. com. 17 déc. 2003, n° 02-12891.

PICCA G. et SAURET A. LPA, 26 juin 2001, n° 126, note Cass. soc. 3 avril 2001, n° 99-42.188/189/190.

PICOD Y.
JCP E. 2003, p. 809, note Cass. 3ème civ. 18 déc. 2002, n° 01-12143.
D. 1999, p. 100, comm. Cass. com. 24 fév. 19998, n° 96-12638.
« Obligation de faciliter à son débiteur l'exécution de ses engagements et clause résolutoire », D. 1991, p. 515, obs. CA Paris, 19 juin 1990.
JCP G. 1988, I, 21037, note Cass. 3ème civ. 8 avril 1987.

PIEDELIÈVRE S.

Gaz. Pal. oct. 2015, p. 15, note Cass. 1ère civ. 3 juin 2015, n° 14-15655.

Defrénois, 15 janv. 2014, n° 1, chron. déc. 2012-nov. 2013, p. 7, note Cass. 3ème civ. 6 nov. 2013, n° 12-25698.

RD banc. et fin. nov. 2014, p. 44, note Cass. 2ème civ. 4 sept. 2014, n° 13-11887.

JCP N. 2014, n° 5, 1034, p. 32, note Cass. 1ère civ. 27 fév. 2013, n° 12-16891.

RD banc. et fin. 2007, n° 6, p. 57, comm. Cass. 1ère civ. 4 juin 2007, n° 05-20213.

PLANCKEEL Fr. AJDI 2013, n° 11, p. 755, note Cass. 3ème civ. 26 mars 2013, n° 12-14870.

POLLAUD-DULIAN F. RTD com. 2014, chron. p. 129, Cass. 1ère civ. 22 janv. 2014, n° 12-35264.

PRÉVAULT J. « L'utilisation d'une procédure irrégulière et trop lourde pour recouvrer une créance minime constitue un abus de droit », D. 1996, p. 203, note CA Paris 7 déc. 1995.

PRÉVOST S. Rev. sociétés, 2013, p. 683, note Cass. com. 1er oct. 2013, n° 12-23337, JurisData n° 2013-021425.

RABY S. L.P.A. 2005, nº 52, p. 13, obs. Cass. 3ème civ. 24 nov. 2004, nº 03-15087.

RASCHEL E. JCP G. 2014, p. 608, note Cass. 1ère civ. 22 janv. 2014, n° 12-35264.

RAYMOND G.

Contrats, conc. consom. 2015, comm. 268, note Cass. 1ère civ. 25 juin 2015, n° 14-18486 et n° 14-19786.

Contrats conc. consom. 2015, n° 1, p. 37, note Cass. 1ère civ. 10 sept. 2014, n° 12-28977.

Contrats, conc. consom. 2014, n° 11, p. 27, note Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-15511.

REBEYROL V. JCP G. 2011, 170, obs. Cass. 2ème civ. 24 nov. 2011, n° 10-25635.

REILLE F. Gaz. Pal. 2015, n° 293, p. 27, note Cass. com. 16 juin 2015, n° 14-10187.

REINHARD Y. RTD com. 1993, p. 112, obs Cass. com. 15 juill. 1992, n° 90-17216.

RESPAUD J.-L. et MAINGUY C. Lamy civil 2005/12, n° 478, note Cass. Com. 5 oct. 2004, n° 02-17338.

REVET T. RTD civ. 2003, p. 319, note Cass. 3ème civ. 18 déc. 2002, n° 01-12143.

REZGUI M. « Perte de chance : la causalité s'induit nécessairement du caractère fautif de l'omission constatée », Dalloz actu 18 avril 2012, note Cass. 1ère civ. 22 mars 2012, n° 11-10935.

ROSSELLO L. Droit et patr. mars 2013, p. 98, note Cass. 3ème civ. 19 juin 2012, n° 11-17105.

ROUQUET Y.

AJDI 2013, n° 5, p. 346, note Cass. 3ème civ. 19 déc. 2012, n° 11-21340.
D. 2011, Actu 1345, obs. Cass. 3ème civ. 4 mai 2011, n° 10-15473.
D. 2005, 12, obs. Cass. 3ème civ. 24 nov. 2004, no 03-15087.

ROUSSEL GALLE Ph.

Rev. sociétés, 2015, p. 545, note Cass. com. 16 juin 2015, n° 14-10187.
Rev. sociétés 2012, p. 732, note Cass. com. 30 oct. 2012, n° 11-22836.
Rev. sociétés, 2012, p. 195, note Cass. com. 10 janv. 2012, n° 10-28501.

ROUSSILLE M. Gaz. Pal. oct. 2014, p. 17, note Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-15511.

ROUTIER R.

Gaz. Pal. 15 oct. 2010, p. 34,obs. Cass. com. 11 mai 2011, n° 09-12906 et 09-13347.
Gaz. Pal. 2012, p. 216, note Cass. com. 27 mars 2012, n° 11-13536.

SABARD O. EDCO 30 nov. 2016, p. 5, obs. Cass. 3ème civ. 29 sept. 2016, n° 15-18238.

SABETE W. D. 1999, p. 269, note Cons. constit. 29 juill. 1998, n° 98-403 DC.

SALEH S. et SPINELLI J. Gaz. Pal. mars 2009, note Cass. 2ème civ. 22 janv. 2009, n° 07-20878, JurisData n° 2009-046634.

SALOMON R. Dr. Soc. 2013, p. 626, chron. Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

SAMIN T. et CRÉDOT F.-J.

RD banc. et fin. nov. 2015, p. 50, note Cass. 1ère civ. 3 juin 2015, n° 14-15655.
RD banc et fin mai 2015, p. 39, note Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-26475, inédit.
RD banc. et fin. 2014, p. 28, note Cass. com. 18 mars 2014, n° 12-29583.
RD banc. et fin. 2010, p. 86, note Cass. com. 11 mai 2011, n° 09-12906 et 09-13347.
RD banc. et fin. 1er juill. 2015, note Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-20088, inédit.
RD banc. fin. juill. 2007, p. 48, note Cass. com. 10 juin 2008, n° 06-19452.

SAURET A. et PICCA G. LPA, 26 juin 2001, n° 126, note Cass. soc. 3 avril 2001, n° 99-42188/189/190.

SÉNÉCHAL J. RTDI 2014, n° 4, p. 37, note Cass. 3ème civ. 9 juill. 2014, n° 13-21024.

SÉRIAUX A. D. 1997, Jur. p. 121, note Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18632, Chronopost.

SERINET Y.-M. RDC 1er oct. 2006, n° 4, p. 1197, note Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-16800.

SEUBE J.-B. RDC 1er mars 2017, n° 1, p. 69, note Cass. 3ème civ. 15 déc. 2016, n° 15-22844.

SIMLER Ph.

JCP G. 2016, p. 1391, note Cass. com. 27 sept. 2016, n° 14-18282.
JCP G. 2009, chron. p. 492, note Cass. 1ère civ. 25 juin 2009, n° 07-21506.
JCP G. 2007, I, p. 212, n° 8, obs. Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12196.
JCP G. 2006, I, 195, n° 7, obs. Cass. com. 3 mai 2006, n° 04-17.283 et n° 04-17396, JurisData n° 2006-033319.

SIMLER Ph. et DELEBECQUE Ph.

JCP N. 2013, p. 49, note Cass. com. 19 fév. 2013, n° 11-28423.

JCP E. 2012, p. 35, note Cass. 3ème civ. 9 nov. 2011, n° 10-20021.

JCP G. 2007, chron. p. 25, note Cass. 1ère civ. 21 nov. 2006, n° 05-11607.

SIRO J. D. 2013, p. 439, obs. Cass. soc. 6 fév. 2013, n° 11-23738.

SIZAIRE Chr. Constr.-urb. oct. 2014, p. 27, note Cass. 3ème civ. 9 juill. 2014, n° 13-21024.

SLIM H. JCP G. 2013, act. 98, obs. Sous Cass. 1ère civ. 16 janv. 2013, n° 12-14439.

SPINELLI J et SALEH S. Gaz. Pal. mars 2009, note Cass. 2ème civ. 22 janv. 2009, n° 07-20878, JurisData n° 2009-046634.

STEFANIA T. LPA, 9 janv. 2014, n° 7, obs. 25 sept. 2013, n° 11-25884.

STOFFEL-MUNCK Ph.

JCP G. 2013, doctr. 1291, n° 1, obs. sous Cass. 1ère civ. 16 janv. 2013, n° 12-14439.

JCP G. 2007, I, 185, obs. Cass. 1ère civ. 4 juin 2007, n° 05-20213.

« Abus de droit, agrément et rupture fautive », RDC, 1er avril 2005, n° 2, p. 288, obs. Cass. com. 5 oct. 2004, n° 02-17338.

STOFFEL-MUNCK Ph. et AYNÈS L. Droit et patr. fév. 2011, p. 69, note Cass. com. 29 juin 2010, n° 0911841.

STOFFEL-MUNCK et Ph. BLOCH C. et BACACHE M. JCP G. 2014, chron. p. 2334, note Cass. 1ère civ. 18 juin 2014, n° 13-14879 et Cass. 1ère civ. 10 juill. 2014, n° 13-20606.

STOUFFFLET J.

JCP E. 2016, p. 49, note Cass. 1ère civ. 3 juin 2015, n° 14-15655.

JCP E. 4 déc. 2008, p. 12, note Cass. com. 10 juin 2008, n° 06-19452.

SUDRE F. et DUGRIP O. JCP G. 1997, II, 22949, note CEDH 19 mars 1997, n° 18357/91, Horsnby c/ Grèce.

TABOUROT-HYEST C. Rev. sociétés, 2013, p. 294, note Cass. com. 10 juill. 2012, n° 11-23280.

TAORMINA et G. JULIEN P. D. 2005, p. 1603, note Cass. 1ère civ. 23 juin 2011, n° 10-18530.

THÉRON J.

« L'intérêt collectif des créanciers enfin défini ! », Gaz. Pal. 22 sept. 2015, p. 19, note Cass. com. 2 juin 2015, n° 13-24714.

« Créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou d'un contrat publié : précisions sur la date d'expiration du délai de forclusion », Lettre d'act. des Proc. coll. n° 20, déc. 2012, Repère 294, obs Cass. com. 30 oct. 2012, n° 11-22836.

THERY P. RTD civ. 2007, p. 805, obs. Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12196.

TOSI J.-P. D. 2005, p. 1161, obs. Cass. com. 15 mars 2005, n° 03-19295.

TOURNAFOND O.
RDI 2014, p. 568, obs. Cass. 3ème civ. 9 juill. 2014, n° 13-21024.
D. 2002, somm. 928, obs. Cass. 1ère civ. 3 mai 2000, arrêt Baldus.

USURIER L. RDC 2013, n° 2, p. 701, note Cass. 2ème civ. 24 nov. 2011, n° 10-25635.

VERET D. et PAILLARD J. Gaz. Pal. 23 janv. 2003, n° 23, p. 31, obs. CA Paris 22 juin 2001, n° 1999/17644.

VERNIÈRES Chr. AJ fam. 2012, p. 510, obs. Cass. 1ère civ. 4 juill. 2012, Bull. civ. I, n° 156.

VERPEAUX M. et MATHIEU B. JCP G. 1999, I, 141, n° 12, note Cons. constit. 29 juill. 1998, n° 98-403 DC.

VIAL-PEDROLETTI B.
« Sanction de l'absence de régularisation annuelle des charges : l'article 1134 alinéa 3 du Code civil au secours du locataire », Loyers et Copr. n° 6, juin 2012, comm. 163, note Cass. civ. 3ème, 21 mars 2012, n° 11-14174, JurisData n° 2012-004884.
Loyers et Copr. n° 10, oct. 2005, comm. 167 ; Cass. ass. plén. 10 juin 2005, n° 03-18922, Bull. ass. plén. 2005, n° 6.

VINET R. « Rupture unilatérale anticipée du contrat à durée déterminée vs tolérance extra-contractuelle », JCP G. n° 30-35, 27 juill. 2015, p. 875, zoom CA Montpellier, 2ème ch. 7 juill. 2015, n° 14/03085, JurisData n° 2015-017052.

VINEY G.
RDC 2015, n° 1, p. 24, note Cass. 2ème civ. 2 juill. 2014, n° 13-17599.
« Dispense de mise en demeure pour l'allocation de dommages et intérêts compensatoires », D. 2007, p. 2642, obs. sous Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13823.

VIRASSAMY G. D. 1993, jur. 493, note Cass. 3ème civ. 20 mai 1992.

WILLMANN Chr. « Obligation d'information et responsabilité civile de l'employeur », D. 2001, p. 507, note sous Cass. soc. 15 déc. 1999, n° 98-41549.

WINTGEN R. D. 2006, p. 1793, note Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-16800.

ZALEWSKI-SICARD V.
Gaz. Pal. 26 juill. 2016, n° 28, p. 52, note Cass. com. 7 avril 2016, n° 15-11342.
Gaz. Pal. sept. 2014, p. 35, note Cass. 3ème civ. 9 juill. 2014, n° 13-21024.

INDEX

Les numéros renvoient aux numéros des paragraphes

abstention,
conséquences, 46 et s.
définition, 3, 9, 29, 183, 216,
dimension temporelle, 29, 30, 48
longueur, 341
équivocité, 42, 131, 189, 218, 288, 364, 553
existence juridique, 20, 21
inconvénients ordinaires et extraordinaires, v. inconvénient
faute d' v. faute
intention, 22, 24, 128
preuve, 219
interprétation, 3, 4, 25, 34, 43, 87, 305 et s.
liberté, 129, 172, 175, 177, 196, 204, 221, 291, 325
limites, 156 et s.
limites temporelles, 221 et s.
motifs, 130 et s.
paradoxe, 44
risques, 7
sanction, 324 et s.
stratégie, 148, 311
abus, 1, 35, 70, 139,
abus de droit, 153 et s. 193, 346, 390, 439
acceptation, 25, 34, 42, 63, 69, 103, 189, 307 et s. 390, 423
action,
action déclaratoire, 558 et s.
action en garantie des vices cachés, 257
action en justice, *abstention d'* 82, 117, 177, 224, 255 et s. 546
action en réduction, 141
action estimatoire, 259
action interrogatoire, 203, 559
action rédhibitoire, 259
agent,
définition, 41
agent raisonnable, 606
définition, 434 et s.
application, 452, 462 et s.
manquement, 471, 475 et s.
responsabilité, v. responsabilité
altruisme,
définition, 133 et s.
motifs altruistes, 141 et s.
résultat de l'intention altruiste, 146, 151
antériorité, 183, 590, 598
apparences, 59, 97, 109, 249
appréciation *in abstracto*, v. juge
appréciation *in concreto*, v. juge
autrui, v. destinataire de l'abstention
bénéfice de subrogation, 70 et s. 299, 346
bon père de famille, suppression du vocable, 435
bonne foi, 45, 109, 111, 159, 199, 329, 341, 347 et s. 369, 384, 438, 491, 508 et s. 517 et s.
devoir de coopération, v. coopération
devoir de loyauté, v. loyauté
caducité, 290 et s. 319
cautionnement, 70, 165, 200
choix, 17 et s. 29, 34 et s. 66 et s. 120, 235, 256, 270, 279, 288, 317, 361, 404, 475
chronométrie, 390, 424
circonstances, 10, 59, 199, 211, 219, 312 et s. 344, 373, 398 et s. 408 et s. 430, 468, 477, 487
clause,
clause de constatation, 201
clause de minimisation du dommage, 457
clause de non-renonciation, v. waiver
clause de pouvoir, 200
clause de réclamation, 453
clauses d'intégralité, 194
clauses d'interprétation, 191
confiance, 82, 89, 92 et s. 519
coopération, *devoir de* 273, 329, 438, 492, 515 et s. 535 et s.
créance portable, 1, 5, 114, 502
créance quérable, 1, 5, 113, 503, 547
créancier, *abstention du*, 2 et s. 57, 70 et s. 76 et s. 88, 97, 115, 121, 143 et s. 171, 182, 271, 281, 492 et s. 547, 570, 592
bailleur, 37, 64, 99, 277, 309, 328, 343 et s. 356, 503, 591

banque, 50, 113, 157, 168, 243, 295, 316, 345, 493, 584
créancier cautionné, 70 et s. 157, 169, 299, 303, 478 et s.
crédirentier, 25, 39, 50, 341
croyance, 83 et s. 97 et s. 490, 507, 524
croyance légitime, 109 et s. 546
croyance illégitime, 111
débiteur, *abstention du*, 53, 457, 475, 547, 562, 576, 579
déchéance, 71, 289, 296 et s. 472, 480
déclaration de créance, 268 et s. 499
délai, 9, 222
délai de réflexion, 188 et s.
délai imparti, 2, 30, 35, 222, 373, 398, 427, 454, 606
réduction, 338 et s.
terme, v. terme
délai raisonnable, 35 et s. 40, 338 et s. 372 et s. 396 et s. 566, 606
définition, 375 et s. 425 et s.
terme, 391 et s. 406 et s.
délais de grâce, 7
destinataire de l'abstention,
attentes, v. croyance, 107 et s.
définition, 41
destinataire direct, 41
destinataire indirect, 41
lien de sujétion, 217
responsabilisation, 490 et s. 521 et s.
dol, 13
doute, v. incertitude
droit,
droit d'option, v. option
droit potestatif, 18, 198, 217, 566
définition, 197
égoïsme, 342, 378,
définition, 138 et s. 168,169
droit, 356
motifs égoïstes, 147 et s.
sanction, 152, 160, 161
équité, 343, 532,
équivocité, v. abstention
éthique, 113, 213, 312, 460, 498, 502
exception d'inexécution, 186 et s.
exception d'inexécution par anticipation**,** 186
exercice d'une prérogative,
avantages, 9, 19, 91, 128, 152
inconvénients, 158, 171
fait de la victime, 505
faute,
faute d'abstention, 12 et s. 151, 326
faute de l'agent, 477
faute du destinataire de l'abstention, 585
faute du service de la publicité foncière, 283
fin de non-recevoir, 235, 251, 588,
force obligatoire, 3, 113, 122, 500 et s. 601
forclusion, 251 et s. 294, 299, 319
clause de forclusion, 453
relevé de forclusion, 205 et s.
formalités,
définition, 19 et s.
abstention, 266 et s.
gestion d'affaires, 166
immédiateté, 9, 320, 365, 428
imprévisibilité, v. insécurité juridique
inaction, 2, 3, 21, 24, 493, 576
incertitude, 6, 80 et s. 540, 580
incombance, 300, 302 et s.
inconvénients ordinaires, 124, 478,
inconvénients extraordinaires, 478, 606
initiative, 8, 41, 77, 329
insécurité juridique, 24, 30, 34, 35, 44, 82, 123, 237, 334, 362, 485
intention,
de l'abstention, v. abstention
de nuire, 154
juge,
appréciation des motifs de l'abstention, 140 et s.
appréciation du comportement de l'agent, 465 et s.
appréciation *in abstracto*, 336, 433
appréciation *in concreto*, 433
équité, 151, 242, 329, 335, 362
laps de temps, v. délai
loyauté, *devoir de* 45, 159, 347, 359, 438, 510 et s.
manœuvres dilatoires et abusives, 587 et s.

mauvaise foi, 30, 110, 117, 582 et s. 592, 597
mesures conservatoires, 57 et s. 181, 554,
minimisation, du dommage, des pertes, 520 et s.
clause de minimisation, v. clause de minimisation
mise en demeure, 560 et s.
abstention, 53
du débiteur, 114, 456
du créancier, 563 et s.
de l'agent, 566 et s. 579
mitigation, v. minimisation
modalité d'exercice, 69, 210, 279, 425
mora creditoris, v. mise en demeure du créancier
négligence, 3, 13, 319, 355, 573
offres réelles, 570 et s.
omission, 24, 208, 283, 286
option, 18, 53, 203, 567
option successorale, 31, 62 et s. 190, 57
oubli, 3, 24, 34, 206, 219, 249, 486, 554
patience, 144, 149, 343, 354, 416, 442, 536
perte de chance, 74 et s.
portabilité, v. créance portable
prérogative,
définition, 17 et s.
prescription, 226 et s. 319, 320, 351, 588
abrégée, 451
interruption, 100, 223, 240, 247
suspension, 223, 240, 247
prévenance, 73, 446 et s. 456, 458
procédures collectives, 27, 54, 207, 265 et s.
quérabilité, v. créance quérable
raisonnable,
agent raisonnable, v. agent
définition, 376 et s. 381 et s.
délai raisonnable, v. délai raisonnable
fonctions, 379
refus, 63, 184, 310
refus temporaire, 14, 25, 30
relevé de forclusion, v. forclusion
remedy, 25
renonciation, 4, 25, 453
renonciation tacite 25,
responsabilisation, 367 et s. 498
de l'agent, 369 et s. 449
des destinataires de l'abstention, 490 et s. 593 et s.
responsabilité civile de l'agent 12, 333 et s. 473, 475 et s. 606
cause exonératoire, 489, 494
responsabilité contractuelle, 474
responsabilité extracontractuelle, 473, 475
rétention, 24, 181
droit de rétention, 179 et s. 184
réticence dolosive, 13
rupture brutale, 384, 446
sécurité juridique, 13, 37, 40, 247, 287, 317, 395, 448 et s. 464, 480 et s. 607
silence, 13, 25, 306 et s. 318
interprétation légale, 307 et s.
standard, 371,
de comportement, 433
définition, 430 et s.
de l'agent raisonnable, v. agent raisonnable
du délai raisonnable, v. délai raisonnable
terme du délai, 2, 21, 221, 245, 343
terme du délai raisonnable, 391 et s.
titulaire d'une prérogative,
créancier, v. créancier
héritier, 60 et s. 141, 189, 237, 347, 550, 567
indivisaire, 63, 568
propriétaire, 331, 549
propriétaire du fonds dominant, 68 et s.
tolérance, 447, 492,
clause, 192
devoir de tolérance, 399
waiver, 190 et s.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE **15**

INTRODUCTION **17**

I/ CONSIDÉRATIONS PRÉALABLES *18*
A. CONTEXTE 18
1) Hypothèse de départ, l'abstention du créancier d'une somme d'argent 18
2) Une hypothèse à étendre 23
B. LA PERCEPTION RÉDUCTRICE DU DROIT SUR L'ABSTENTION 26
II/ L'INTÉRÊT DU SUJET *32*
A. L'EXISTENCE JURIDIQUE DE L'ABSTENTION DU TITULAIRE D'UNE PRÉROGATIVE 32
B. CONFRONTATION DE L'ABSTENTION AVEC D'AUTRES NOTIONS 37
III/ PROBLÉMATIQUE ET PLAN *43*
A. L'ABSTENTION DÉLIMITÉE PAR LE TEMPS 43
B. LA PROBLÉMATIQUE D'IMPRÉVISIBILITÉ 46

PARTIE I : L'ABSTENTION, UN FAIT JURIDIQUE ÉQUIVOQUE **60**

TITRE I : LE PARADOXE DE L'ABSTENTION **62**

CHAPITRE I : DES CONSÉQUENCES PARFOIS NÉFASTES **63**

Section I / Les conséquences avérées *64*
§1) La diminution du crédit d'autrui 65
A. Effet sur le passif 65
1) L'augmentation du passif 66
2) La poursuite problématique du contrat 66
B. Effet sur l'actif 69
1) Mobilisation inutile de l'actif 70
2) Immobilisation de la fructification de l'actif 72
a) Immobilisation de la gestion des biens successoraux 72
b) Immobilisation du développement commercial de l'entreprise 75
§2) L'amenuisement des prérogatives d'autrui 76
A. Limitation et perte des prérogatives acquises 77
1) La forte limitation des prérogatives attachées à la propriété 77
2) La perte du bénéfice de subrogation 80
B. Perte de chance 84
Section II/ La conséquence d'incertitude *89*
§1) Une incertitude trompeuse 92
A. Des attentes générées par l'incertitude 92
1) Les croyances et espérances des destinataires de l'abstention 93
2) La confiance des destinataires de l'abstention dans leurs attentes 95
B. Des déceptions générées par la décision inopinée de l'agent 99
1) Abstention-action, la fin de l'incertitude 99
2) Action-abstention, une quiétude apparente 101
§2) Une incertitude justifiée 103
A. La légitimité relative des attentes 104
1) Les croyances légitimes d'autrui 106
2) Les croyances illégitimes d'autrui 107
B. Le caractère temporaire de l'incertitude d'autrui 112

CONCLUSION DU CHAPITRE I **115**

CHAPITRE II : UNE LÉGITIMITÉ TOUTEFOIS CERTAINE 119

Section I/ Une légitimité tirée de la reconnaissance juridique des motifs de l'agent 120

§1) Les motifs altruistes et égoïstes de l'agent 121

A. Une dichotomie juridique 122

B. Des motifs approuvés par les juges 127

1) L'approbation des motifs altruistes de l'agent 128

2) L'approbation des motifs égoïstes 132

§2) L'impact du traitement juridique de l'altruisme et de l'égoïsme sur la légitimité des motifs de l'agent 134

A. Des sanctions inadaptées à l'abstention 135

B. Des motifs légitimes 143

1) Une vigilance nécessaire 143

2) Une légitimité juridique 146

Section II/ Une légitimité tirée de l'existence de techniques juridiques 153

§1) Les techniques ayant pour objet une abstention 153

A. Des droits légalement consacrés 153

1) Le droit d'agir en justice 154

2) Le droit de rétention 155

B. Autres techniques juridiques 158

1) L'exception d'inexécution 158

2) Le délai de réflexion 160

3) La clause *waiver* ou de non-renonciation 161

§2) Les techniques juridiques ayant pour finalité la protection de l'abstention 163

A. Les techniques protégeant la liberté de choisir l'abstention 163

1) Les droits potestatifs 163

2) Les clauses protégeant le pouvoir de s'abstenir 165

B. Les techniques préservant l'agent 166

1) L'interdiction de principe des actions provocatoires et interrogatoires 166

2) Le relevé de forclusion 168

CONCLUSION DU CHAPITRE II 172

CONCLUSION DU TITRE I 174

TITRE II : LES CONTRADICTIONS DU TRAITEMENT DE L'ABSTENTION ... 178

CHAPITRE I : LES LIMITES TEMPORELLES GARANTES DE LA LIBERTÉ D'ABSTENTION 179

Section I/ Les limites temporelles procédurales réversibles, preuve de l'organisation juridique de l'abstention 181

§1) La prescription 182

A. L'abstention spécifiquement limitée par la prescription 182

1) La définition légale 183

2) L'effet de la prescription sur la prérogative de l'agent 183

B. La prescription représentative de la limite temporelle par excellence 187

1) La complexité de détermination des frontières du délai dans le temps 187

a) La complexité de détermination du *quantum* du délai de prescription 188

b) La complexité de détermination du point de départ du délai 191

2) Le rôle des limites temporelles au travers du rôle de la prescription 197

§2) La forclusion 200

A. Les abstentions limitées par la forclusion 202

1) Les abstentions d'intenter une action en justice 202

a) L'abstention d'action résultant des vices rédhibitoires par l'acquéreur 203

b) L'abstention d'une action devant le Conseil de prud'hommes suite à une omission sur le relevé des créances 205

2) Les abstentions de formalités diverses 208

a) L'abstention de déclarer sa créance 208
α) Définition 209
β) Cas du transporteur 214
b) L'abstention des locataires d'un même bailleur de répondre à une notification 215
B. L'absence d'unification des délais limités par la forclusion 217
1) L'abstention du créancier de saisir le juge-commissaire quant à la demande de revendication d'un bien… 218
2) L'abstention d'action en responsabilité de l'État pour faute commise par un service de publicité foncière.. 219
Section II/ Les limites temporelles strictes, preuve de la nécessité d'un terme à la liberté d'abstention ... 223
§1) La caducité et la déchéance 224
A. La caducité 224
B. La déchéance 228
§2) L'interprétation légale de certaines abstentions 234
A. L'interprétation du silence suite à une sollicitation d'autrui 235
B. L'interprétation du silence sans sollicitation d'autrui 239

CONCLUSION DU CHAPITRE I 243

CHAPITRE II : LES SANCTIONS CONTESTABLES 247

Section I/ L'extinction de la prérogative par la reconnaissance d'une obligation contraire 248
§1) Des qualifications légalement fondées 248
§2) Une solution inadéquate 252
Section II/ L'instrumentalisation des limites temporelles par les juges 256
§1) Sanction de la durée de l'abstention sur la base de la bonne foi 256
A. Les éléments retenus par les juges 257
1) La longueur de l'abstention 257
2) La nécessité de protéger les intérêts d'autrui 258
B. Les hésitations jurisprudentielles quant au fondement légal à retenir 262
§2) Sanction de l'abstention *contra legem* 265
A. Les inconvénients de l'utilisation du temps utile 266
B. Le difficile équilibre dans la sanction de l'abstention 269
1) Un équilibre délicat entre protection et sanction 269
2) Un équilibre délicat dans la proportion de temps utile à accorder 270

CONCLUSION DU CHAPITRE II 272

CONCLUSION DU TITRE II 274

CONCLUSION DE LA PARTIE I 275

PARTIE II : PROPOSITION D'UN ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'ABSTENTION 278

TITRE I : LA RESPONSABILISATION DE L'AUTEUR DE L'ABSTENTION 282

CHAPITRE I : LE POSITIONNEMENT DU TERME DU DÉLAI RAISONNABLE 285

Section I/ Définition du délai raisonnable 287
§1) Des acceptions diverses de « raisonnable » 287
A. De la raison aux fonctions du raisonnable en Droit 287
B. Éléments de définition 290
§2) Une définition unique nécessaire 294

Section II/ Détermination du terme du délai raisonnable *297*
§1) Méthode de détermination du terme du délai raisonnable. 299
A. Analyse du terme d'un délai 299
B. Analyse des différents points de vue 301
1) Déterminer le délai raisonnable à s'imposer 301
2) Déterminer le délai raisonnable à imposer à l'agent 303
a) Appréciation d'autrui 304
b) Appréciation du juge 305
§2) Prise en considération des circonstances 308
A. Les circonstances présentes 309
1) La spécificité de la manifestation de l'inquiétude d'autrui 309
2) Les circonstances caractéristiques de la détermination du terme du délai raisonnable 309
B. Les circonstances passées 311
1) Efforts fournis par le titulaire de la prérogative et autrui 312
2) Importance des circonstances temporelles 315

CONCLUSION DU CHAPITRE I 318

CHAPITRE II : LA PROPOSITION DU STANDARD DE L'AGENT RAISONNABLE 321

Section I/ Le standard de l'agent raisonnable *325*
§1) Caractéristiques de l'agent raisonnable 326
A. Caractéristiques tirées des règles générales de comportement 326
B. Caractéristiques propres à la raisonnabilité 329
§2) Organisation du respect du standard par l'agent 334
A. Insérer des clauses 334
B. Optimiser la prévenance 340
Section II/ L'application du standard *343*
§1) Forme d'application du standard à l'agent 344
A. L'outil juridique 344
B. L'appréciation du comportement de l'agent par le juge 346
§2) Sanction de l'agent déraisonnable 348
A. Le choix de la sanction 348
B. La mise en œuvre de la responsabilité civile de l'agent déraisonnable 351

CONCLUSION DU CHAPITRE II 356

CONCLUSION DU TITRE I 358

TITRE II : LA RESPONSABILISATION DES DESTINATAIRES DE L'ABSTENTION 362

CHAPITRE I : LES FONDEMENTS 367

Section I/ Les fondements internes *368*
§1) La force obligatoire du contrat 369
A. L'exécution de ses obligations, un principe prioritaire 370
B. Le fait de la victime et l'acceptation des risques 372
§2) La bonne foi 374
A. Le devoir de loyauté 376
B. Le devoir de coopération 379
Section II/ Les fondements d'origine étrangère *382*
§1) La minimisation des pertes 383
A. Définition 383
B. Pertinence du fondement 384

§2) La règle des mains propres 388
A. Définition 388
B. Pertinence du fondement 389

CONCLUSION DU CHAPITRE I 393

CHAPITRE II : LES OUTILS JURIDIQUES 395

Section I/ Des outils juridiques protecteurs 396
§1) Les outils juridiques de prévention 396
A. Se prémunir contre le risque d'abstention 396
1) En matière contractuelle 397
2) En dehors d'un cadre contractuel 398
B. Se prémunir une fois l'abstention née 401
§2) Les outils juridiques de réaction 403
A. Contraindre l'agent à se positionner 403
1) L'action déclaratoire 403
2) La mise en demeure 405
B. Agir soi-même 410
1) Des offres réelles 410
2) Des actions en justice 412
a) L'action oblique 413
b) L'action directe 414
Section II/ Des outils parfois instrumentalisés 416
§1) Qualifications juridiques de l'instrumentalisation des outils 416
A. La mauvaise foi 417
B. Les manœuvres dilatoires et abusives 421
§2) La prévention de l'instrumentalisation par la responsabilisation 424
A. Légitimité amoindrie de l'abstention d'autrui 424
B. Méthode de responsabilisation 426

CONCLUSION DU CHAPITRE II 430

CONCLUSION DU TITRE II 431

CONCLUSION DE LA PARTIE II 433

CONCLUSION GÉNÉRALE 437

BIBLIOGRAPHIE 445

INDEX 487

TABLE DES MATIÈRES 490

L'abstention du titulaire d'une prérogative en Droit privé
Ébauche d'une norme de comportement

Résumé

Le Droit traite l'abstention sous le seul angle de la faute d'abstention, voire sous celui de l'obligation d'abstention, mais a du mal à appréhender la liberté d'abstention. En effet, certaines décisions sanctionnent le créancier qui, intentionnellement inactif dans un premier temps, exerce plus tard, mais toujours dans les délais requis, une action en justice contre son débiteur défaillant, au motif que le fait d'attendre pour exercer sa prérogative est contraire à la bonne foi. À s'en tenir à ces décisions, celui qui n'exerce pas immédiatement sa prérogative serait donc plus fautif que celui qui n'exécute pas son obligation. Les solutions sont néanmoins diverses, la difficulté de distinguer la faute d'abstention et l'abstention du titulaire de la prérogative s'expliquant par l'absence de statut légalement défini de l'abstention.

Refus temporaire, et non exprimé, de jouir immédiatement des effets de sa prérogative pour les retenir jusqu'au moment le plus opportun, l'abstention crée une situation équivoque. L'équivocité de l'abstention empêche alors les intéressés d'anticiper avec certitude quelle sera la décision du titulaire de la prérogative et s'il en prendra vraiment une, ou s'il laissera la limite temporelle prévue se produire. L'abstention n'a pas, en effet, la clarté d'un exercice actif ou d'une renonciation. Elle génère au contraire une imprévisibilité et une insécurité juridique d'autant plus grandes que l'abstention est dénaturée par les interprétations erronées qu'elle suscite. De surcroît, l'abstention peut concerner toute prérogative et s'étendre dans le temps. Elle est alors, dans des hypothèses très diverses, à l'origine de conséquences parfois néfastes aux intérêts de celui qui la subit. Il est par conséquent impératif de se saisir de la problématique d'imprévisibilité de l'abstention du titulaire d'une prérogative. Cela suppose d'étudier l'abstention, ses circonstances, ses conséquences, pour comprendre que les réponses juridiques existantes ne résolvent pas le problème des atteintes des intérêts d'autrui, lesquelles ne sont réparées qu'*a posteriori* en dénaturant l'abstention, ou éludées par les limites temporelles du Droit, telle la prescription. Il importe alors de proposer un dispositif juridique pertinent au vu de l'imprévisibilité créée par l'abstention, mais dans le respect de celle-ci. Cette solution se situe dans l'encadrement du comportement du titulaire de la prérogative à compter de la fin d'un laps de temps préservant sa liberté, le « délai raisonnable ». Il conviendra donc de déterminer des critères du standard du délai raisonnable au terme duquel celui qui s'abstient devra respecter le standard de l'agent raisonnable. À défaut, sa responsabilité pourrait être engagée en présence de préjudices réparables, les inconvénients extraordinaires de l'abstention. En revanche, cette responsabilité n'exclut pas la responsabilisation de celui qui subit l'abstention puisqu'il est le plus à même d'anticiper et de protéger ses intérêts.

Mots clés : abstention - titulaire d'une prérogative – facultatif – destinataire direct de l'abstention – destinataire indirect de l'abstention - équivocité – interprétation – attentes raisonnables - limite temporelle - délai imparti - délai raisonnable - agent raisonnable – inconvénient ordinaire de l'abstention - inconvénient extraordinaire de l'abstention – préjudice indemnisable – responsabilité civile – cause d'exonération de responsabilité